

A releitura da privacidade: do “direito de ser deixado só” ao direito à autodeterminação informativa

Kalline Carvalho Gonçalves Eler, Universidade Federal de Juiz de Fora, Brasil

Resumo: No universo das sociedades tecnologicamente avançadas, o respeito à privacidade como direito fundamental apresenta-se como uma exigência cada vez mais urgente, visto que o direito à privacidade, no sistema atual de direitos fundamentais, revela-se essencial à própria dignidade humana. Urge, nesse contexto, a necessidade de se perquirir acerca da construção de um novo constitucionalismo do espaço eletrônico, no qual a proteção da privacidade venha a se constituir em um direito essencial na consolidação da identidade social, e, portanto, da dignidade social. A tecnologia, apesar de possibilitar a construção de uma esfera privada diversificada, paradoxalmente, a torna mais vulnerável a partir do momento em que sua exposição torna-se constante. Justifica-se, assim, a necessidade de um maior fortalecimento da proteção jurídica da privacidade a fim de que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana seja efetivamente concretizado. O objetivo precípua deste trabalho está em buscar uma nova valoração humana, social e jurídica das inovações científicas e tecnológicas utilizadas pelas instituições públicas e privadas, tendo-se por imperativo a igual dignidade social. Para persecução deste fim, foi adotada a metodologia do Direito Civil Constitucional, tomando-se por marco teórico a privacidade na sociedade de vigilância, tema objeto de profundos estudos do jurista italiano Stefano Rodotà.

Palavras chave: dignidade, privacidade, tecnologia

Abstract: In the universe of technologically advanced societies, the respect for privacy as a fundamental right presents an increasingly urgent requirement, whereas the right to privacy, in the current system of fundamental rights, it is essential to human dignity. It is urgent, in this context, to inquire about the construction of a new constitutionalism of the electronic space in which privacy protection will constitute an essential right in the consolidation of social identity, and therefore, social dignity. The technology, despite allowing the construction of a private sphere more diversified, paradoxically, becomes more vulnerable in the moment as its' exposure becomes constant. It justifies the growing need for a further strengthening of the legal protection of privacy so that the Principle of Human Dignity is effectively implemented. The primary objective of this research is to seek a new valuation of human, social and juristic scientific and technological innovations used by public and private institutions, having as imperative the equal social dignity. To attain this end, it will be adopted the Civil Constitutional Law's methodology, taking as theoretical framework privacy in surveillance society, an object theme of deep studies by the Italian jurist Stefano Rodotà.

Keywords: Dignity, Privacy, Technology

Introdução

A liberdade hoje é desafiada por muitas intenções e técnicas que se destinam à construção de uma sociedade de vigilância. Para afastar esse risco, são necessárias estratégias institucionais adequadas que venham assegurar a privacidade nessa sociedade cada vez mais tecnológica.

A privacidade, contudo, não pode continuar sendo encarada pelo conceito tradicional cunhado por Warren e Brandeis (1890) do “direito de ser deixado só”, antes, em consonância com a atual sociedade da informação, precisa ser vista como o direito à autodeterminação informativa.

A proteção de dados constitui, atualmente, um dos aspectos mais significativos da liberdade individual. Tendo isso em vista, objetiva a presente dissertação fornecer instrumentos valorativos para que o tratamento de dados pessoais considere o novo conceito integral de pessoa, que se manifesta pela sua identidade social e individual; pelo seu corpo físico e eletrônico.



A infraestrutura informativa é parte indispensável da organização da sociedade. Contudo, ao lado do acesso aos dados pelas mais variadas tecnologias, sem mitigar a liberdade, torna-se necessário permitir o controle por parte do cidadão, chegando-se, assim, ao equilíbrio desejável que privilegia a dignidade da pessoa humana.

Dignidade, privacidade e sociedade tecnológica

Na Europa, no início do século XX, instaurou-se o desenvolvimento gradativo de uma época marcada pela insegurança e incerteza, mas também por profunda transformação.

A incerteza trouxe benefícios, pois veio a conscientizar-nos, a partir dos fatos ocorridos no século XX, que o desenvolvimento tecnológico pode levar à completa destruição da espécie humana e do planeta.

A consciência da crise levou às necessárias transformações, em que se reconhece a tutela, pelo Direito, de valores existenciais, alterando-se a tábua axiológica vigente. É o início de uma nova consciência ética e moral.

Em razão dessa conjuntura histórica, a pessoa passa a ser o centro do ordenamento jurídico e se torna um cânone interpretativo havendo, restando positivado o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na maioria das Constituições¹ do pós 2ª Guerra Mundial.

Na nova ordem constitucional, a pessoa humana passa a centralizar os institutos jurídicos, na medida em que o ser é valorizado. Atribui-se prioridade às situações jurídicas não-patrimoniais.

De fato, a nova ordem constituída, caracterizada pela "constitucionalização" da pessoa, isto é, pela transposição, ao nível das liberdades constitucionais, dos direitos relacionados à pessoa humana, resultou em uma mudança significativa no conteúdo e estrutura do Direito Civil (Marini, 2005); uma verdadeira crise de paradigmas, pois, tornou-se imprescindível a sua reconstrução e revalorização, cedendo o modelo proprietário lugar a um outro modelo baseado no livre desenvolvimento da pessoa.

Apesar de ser possível a dedução de certa proteção da pessoa humana dos textos constitucionais mais antigos que tutelavam as liberdades fundamentais, estas se vinculavam à liberdade de contratar e de exercer as faculdades do direito de propriedade sem interferência do Estado. Não havia uma real proteção da pessoa e dos valores que lhe são indispensáveis.

A partir da Constituição Federal de 1988, a tutela que era oferecida, pelo Código Civil, ao indivíduo, passa a ser oferecida à dignidade da pessoa humana, sendo tal princípio elevado à condição de fundamento da República Federativa do Brasil.

Rompe-se com o direito civil cujo fundamento axiológico encontrava-se nos valores individualistas codificados, impondo-se uma nova compreensão da pessoa humana a partir da sua dignidade. Torna-se, assim, ultrapassada a doutrina tradicional que apenas identificava a pessoa com o sujeito de direito, construção abstrata do Direito, e como mero detentor de um patrimônio.

Neste sentido técnico-jurídico formal, a noção de pessoa não coincide com a noção de ser humano, resultando tal estrutura em verdadeiro desprestígio da pessoa humana, pois reduzida a simples elemento da relação jurídica (Meirelles, 1998).

Os valores pessoais e existenciais não encontram correspondência na abstração de uma figura que o sistema pretende como pessoa, como sujeito de direito que reproduz a lógica do mercado, tornando-se necessário repensar a personalidade humana para que seja reconhecido um conteúdo onto-axiológico inerente a esse conceito.

¹ O primeiro momento histórico em que a dignidade da pessoa humana foi recepcionada como princípio constitucional foi na Carta Constitucional da República Alemã de 1949. *Art. 1º. (proteção da dignidade da pessoa humana) A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de a respeitar e proteger.* Constata-se que a partir do marco histórico do texto constitucional alemão, a constitucionalização da dignidade da pessoa humana enquanto princípio arraigou-se a várias constituições contemporâneas. A história do constitucionalismo brasileiro, entretanto, não acompanhou de imediato essa transformação, pois, embora sejam encontradas algumas manifestações constitucionais destinadas a proteger a pessoa humana, tal proteção, antes de 1988, era restrita à defesa da liberdade individual, e, meramente formal. Convém trazer a título de exemplo a edição do Ato Institucional nº. 5, no ano de 1968, época da ditadura militar que, ao fundamentar a defesa do regime institucionalizado, dispôs ser o mesmo baseado na liberdade e no respeito à dignidade da pessoa humana.

A realidade ôntica da pessoa humana tem primazia sobre qualquer construção técnico-formal, precedência assegurada pela ordem constitucional pátria. A proteção constitucional é dirigida à dignidade da pessoa, considerada em todas as suas dimensões.

Portanto, atenta contra a Dignidade Humana tudo o que reduz a pessoa à condição de objeto. “As coisas tem preço; as pessoas, dignidade” (Moraes, 2010b, p.81), daí essa exigência de jamais instrumentalizar o homem para se alcançar quaisquer fins. Por conseguinte, as leis, que são fruto da razão prática, devem, necessariamente, se preocupar com a realização do valor da Dignidade Humana.

Algumas interferências estatais revelam-se excessivas e, não obstante o objetivo inicial de otimizar a proteção do ser humano através da criação de circunstâncias favoráveis à construção da identidade individual, restringem a liberdade e autonomia, sem que, nesse caso, a limitação se dê comprovadamente em favor de interesses solidaristas.

Há casos em que a restrição inaceitável não vem de uma lei propriamente, mas de uma iniciativa do poder público ainda dentro do contexto do Estado promocional. Seria o caso da instalação de câmeras de vídeo em vias públicas com fins de garantir a segurança. É certo que segurança é um dos pressupostos fáticos de exercício da autonomia, porém, a vigilância excessiva pode gerar uma restrição inaceitável em liberdades elementares, além de danos na identidade individual e coletiva.

Cita-se como exemplo o caso recente do brasileiro Jean Charles de Menezes que foi assassinado na estação de Stockwell, no metrô de Londres, em 22 de julho de 2005, pela polícia, depois de ser confundido com o terrorista etíope, um dos autores dos ataques fracassados no dia anterior na capital britânica.

Os indivíduos estão cada vez mais transparentes, o princípio da presunção de inocência dá lugar à política do “cidadão transparente” (Moraes, 2010a). Disso resulta situações como o aumento dos chamados “furto de identidade”, principalmente o furto de impressões digitais, cuja substituição se torna impossível, acarretando, não somente um dano individual, mas também um dano social ante a difusão massiva desse sistema e a solução que se impõe nesses casos, qual seja, a exclusão total de todos os sistemas baseados em impressões digitais.

Casos recentes como o furto de informações pessoais, incluindo nomes, endereços e dados do cartão de crédito, de milhões de usuários do PlayStation Network (serviço oferecido pela Sony) em 2011 e o furto de dados de países como Estados Unidos, China e Japão pelo grupo de hackers TeamGhostShell em 2012 demonstram que aos cidadão deve ser conferido o direito de exercer um controle direto sobre aqueles sujeitos cujas informações fornecidas permitem a expansão de uma nova forma de poder – o poder fundado na informação.

Diante dessa realidade, Rodotà (2008) adverte que a simples disponibilidade de uma tecnologia não legitima todas as suas formas de utilização, pelo contrário, elas devem ser avaliadas com base em valores diferentes daqueles fornecidos pela própria tecnologia. Em se tratando da liberdade pessoal, da integridade e da dignidade, não se pode aceitar que a necessidade de segurança ou o objetivo da eficiência se sobreponham acima de quaisquer outras considerações. A análise genérica de custos e benefícios não é suficiente, antes princípios como os já citados devem sobressair de modo a impedir que a necessidade de segurança prevaleça em todos os casos.

Mister, primeiramente, defender a pessoa em todas as suas dimensões, pois somente com esta preocupação é que será possível defender e manter os valores fundamentais dos sistemas democráticos, que não podem ser limitados ou sacrificados sem o risco de se aproximar de perigosas tentações de caráter totalitário (Rodotà, 2004). A constitucionalização da pessoa, da privacidade deve-se, então, ao fato de que tal núcleo constitui a base essencial para a construção de uma sociedade democrática e marca os limites que um Estado democrático não pode atravessar quando se trata de controlar e condicionar a existência de seus cidadãos (Marini, 2005).

Restrições a direitos privados, em virtude da proteção de interesses públicos, devem ser consideradas com cautela, visto que podem implicar em uma flexibilização de direitos essenciais à democracia. Por ser um direito fundamental, as limitações ao direito à privacidade somente podem ser consideradas legítimas nos casos de conflito com outros direitos da mesma categoria, logo, igualmente fundamentais.

As flexibilizações, conforme a ideia habermasiana de cooriginariedade, precisam estar voltadas a um ganho maior de autonomia. A partir do momento em que se compreende a existência de um único conceito de autonomia, que pode ter seu exercício concretizado por diferentes vias: a pública ou a privada, percebe-se que não há prevalência da autonomia pública sobre a autonomia privada ou vice-versa.

A ideia de cooriginariedade apresenta uma noção de autonomia intersubjetiva que permite uma nova compreensão acerca dos limites da liberdade. As limitações às possibilidades de ação de um indivíduo, ou seja, restrições a direitos privados, não podem ser consideradas como um obstáculo do agir autônomo, mas manifestações desse mesmo agir, em um contexto mais amplo que considera a existência do outro e de uma coletividade.

Urge, portanto, uma reflexão mais profunda acerca da necessidade de atenção e cautela no implemento de dispositivos de segurança que possam vir a agredir a privacidade do cidadão, especialmente no tocante à utilização massiva de câmeras de vigilância.

Observa-se uma identificação da ideia de segurança com o significado de vigilância de tal modo que os produtos destinados à vigilância tais como câmeras, sistemas de identificação e monitoramento via-satélite, são tidos como equipamentos de segurança.

Essa equiparação da vigilância com a segurança torna-se imprescindível para sua aceitação vez que a segurança se apresenta como um dos bens de consumo mais prezados na atualidade. Vive-se sob a égide do medo e da insegurança, a qual não se refere apenas à integridade física e moral dos indivíduos, mas, de forma geral, à própria configuração política e econômica do planeta. Esse clima de medo constante promove a aceitação do controle preventivo generalizado como nova normalidade da existência humana (Bauman, 1998).

Nas sociedades de vigilância, não há possibilidade de desenvolver, autonomamente, a personalidade e a consciência de si-mesmo, pois a plena autonomia só se verifica nas sociedades nas quais as escolhas da vida não são condicionadas por pressões públicas ou por qualquer outra fonte externa e distante do indivíduo.

Não é possível construir uma identidade sendo constantemente vigiado, pois o “olhar invisível” introjeta, progressivamente, naquele que é vigiado, um modo de ser alheio ao seu próprio eu. O poder disciplinar não destrói o indivíduo, ao contrário, ele o fabrica (Foucault, 2011).

A vigilância, ao se transferir do excepcional para o cotidiano, resulta na produção de “perfis” individuais. Todos são iguais, visto que todos são controlados e agrupados de acordo com o perfil identificado. Uma igualdade perante o Estado que fere a dignidade, nega a liberdade e mortifica a democracia.

A elaboração e a difusão desses perfis individuais podem gerar formas acentuadas de discriminação das pessoas que não correspondem ao modelo geral, provocando um aumento da estigmatização dos comportamentos desviantes e a penalização das minorias. A preferência pelos comportamentos “conformes” aos perfis historicamente predominantes cria um obstáculo ao pleno desenvolvimento da personalidade o que, conseqüentemente, paralisa ou torna mais difícil a criação de novas identidades coletivas, em evidente prejuízo para a dinâmica social e para organização democrática (Rodotà, 2008).

Percebe-se que as tecnologias de vigilância, cada vez mais presentes no cotidiano das pessoas, exibem-se de forma inquestionável pela grande vantagem de se obter segurança pública. Prima-se, atualmente, pela vigilância e pelo controle, buscando uma suposta segurança que nunca parece ser alcançada.

Há uma banalização da vigilância e uma aceitação da sua presença como algo bom e desejável o que se nota a partir das mensagens transmitidas pelos anúncios que se proliferam nas lojas, bancos e em vários espaços públicos e privados. A título exemplificativo, Moraes (2010a, p.143) destaca que o Conselho Nacional da Informática e das Liberdades (CNIL) da França informou que há mais de 30 mil câmeras espalhadas em Paris. Na Inglaterra, esse número é ainda mais ampliado. Estima-se que haja 4,2 milhões, um total de 14 câmeras por pessoa.

Nesse movimento, a sociedade, ao incorporar a normalidade da presença dos múltiplos dispositivos de vigilância, torna-se, progressivamente, enfraquecida, no que tange às percepções ligadas à perda da privacidade e do controle exclusivo do próprio corpo, limitando direitos fundamentais essenciais à identidade pessoal e social. Verifica-se, então, uma tendência perigosa à perda de direitos fundamentais,

como intimidade, privacidade, identidade, em suma, uma violação silenciosa à dignidade da pessoa humana, cujas consequências são danosas face às conquistas daqueles direitos.

Rodotà (2004) emprega o termo “mitridatismo social” para se referir a essa difusão dos “mecanismos de segurança” e do recurso à biometria para além das situações de estrita necessidade que ameaça tolher progressivamente aos cidadãos a sensibilidade necessária para dar-se conta dos riscos à sua liberdade pessoal.

Há um gradativo assujeitamento da sociedade e um esvaziamento das forças de atuação contrária às regras instituídas. Emerge, assim, uma armadilha perigosa para os próprios indivíduos, pois ao consentirem silenciosamente com os dispositivos de vigilância, não vislumbram que, por outro lado, essas invasões constantes em sua esfera de privacidade acabam por desapropriá-los de seu espaço de construção de identidade e, conseqüentemente, do valor dignidade que lhes é devido (Aieta, 1989).

Atrelado à perda de direitos, que requerem ser minimamente ponderados –dignidade, privacidade, segurança, tecnologia–, há que se atentar para o fato de prováveis alterações no comportamento das pessoas, diante de perda considerável de liberdade, bem como na falta de controle efetivo em face de danos na identidade social e na integridade psíquica de uma pessoa.

Em um contexto de vigilância contínua, o ser humano é compreendido como um mero consumidor, alguém cada vez mais fragilizado, destituído de seus direitos e necessidades, em suma de sua humanidade. Além disso, ao internalizar e reproduzir a vigilância, o indivíduo torna-se também vigilante, a ponto de se observar e de exercer a vigilância sobre e contra si mesmo (Foucault, 2011), ficando cada vez mais incapacitado para confiar e formar vínculos com o outro, resultando em uma clara violação, não somente à identidade individual, mas também à identidade social. Como consequência, encontramos um ser humano solitário, atomizado e, portanto, ainda mais frágil em relação ao poder que o vigia.

A exacerbada publicização dos espaços privados e a conseqüente exposição contínua a olhos desconhecidos e indesejados afetam os comportamentos individuais e coletivos. Uma vez consciente acerca do olhar observador da câmera, o indivíduo acaba por reduzir sua espontaneidade e sua liberdade de ação. Por outro lado, com a diminuição dos espaços livres de controle, cresce a tendência de se trancar em casa, e de defender sempre com maior ferocidade este último espaço privado, que, todavia, está cada vez menos protegido das técnicas de vigilância (Rodotà, 2008).

É neste quadro que se torna ainda mais essencial a garantia da construção da esfera privada, cujo núcleo componente é representado pelas raízes da pessoa dentro de uma rede complexa de relações e convenções sociais - necessária para o indivíduo garantir o controle sobre o seu próprio comportamento, opiniões, preferências e informações pessoais.

A tecnologia, apesar de possibilitar ao indivíduo assumir várias identidades ao mesmo tempo, como acontece no caso do ciberespaço, ou ficar anônimo; não conseguiu criar um espaço para a construção livre da identidade, vez que com a dispersão de dados constitutivos da pessoa, multiplicaram-se os fenômenos de discriminação, impedindo a completa realização da pessoa (Marini, 2005). Apesar de possibilitar a construção de uma esfera privada mais diversificada, a tecnologia, paradoxalmente, a torna mais vulnerável a partir do momento em que sua exposição passa a ser constante. Disso, emerge a necessidade crescente de um maior fortalecimento da proteção jurídica da privacidade a fim de que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana seja efetivamente concretizado.

Hoje, o avanço tecnológico está intimamente vinculado aos meios de aquisição de poder e carece de construções valorativas, ante aos custos que possa causar à manutenção de direitos aclamados como fundamentais, tais como o direito à privacidade. Os avanços tecnológicos tem assumido um papel de “vilão” na sociedade, representando para muitos, o perigo de um novo Leviatã (Aieta, 1989).

A tecnologia, todavia, não deve ser um problema, mas sua presença deve ser construída a partir do diálogo, da intersubjetividade, a fim de que a técnica que não venha representar uma perda na identidade. De igual forma, a privacidade não é um obstáculo, antes se apresenta como a via pela qual as inovações científicas e tecnológicas podem legitimamente entrar em nossa sociedade e em nossas vidas.

A exigência de segurança pública não pode ser aceita como justificativa para a redução da privacidade a formas incompatíveis com as características próprias de uma sociedade democrática. Neste contexto, pode-se indagar se não seria o caso de considerar o *habeas data*² como um verdadeiro *habeas corpus* na sociedade moderna tecnológica tendo em vista que a liberdade de locomoção pode ser violada na dimensão eletrônica, sendo, assim, imperioso tutelar o corpo eletrônico. Ressalta-se, contudo, que esse instrumento, da forma como previsto, apenas é passível de utilização no âmbito público, restando inadequado ao âmbito privado. Aponta-se, então, para a necessidade de discutir propostas idôneas que permitam um controle efetivo da circulação de dados pessoais fornecidos, principalmente, para transações econômicas cotidianas.

A reinvenção da privacidade: o direito à autodeterminação informativa

Tendo em vista a problemática acima apresentada, Rodotà questiona:

É somente um homem transparente, flexível, controlado, “mitridatizado”, aquele que encontramos no final provisório deste caminho? Ou então uma pessoa munida de novos poderes, cada vez mais consciente, um sujeito social reforçado pela presença de uma autoridade que está ao seu lado? (Rodotà, 2008, p.292)

O autor considera ser a proteção dos dados o mais expressivo direito fundamental da condição humana contemporânea. Para o autor, a proteção dos dados contribui para a constitucionalização da pessoa, e por isso urge atribuir-lhe uma nova compreensão a fim de que essa proteção seja tomada como um instrumento essencial para o desenvolvimento livre da personalidade.

No cenário de inovações tecnológicas, o *habeas corpus* deve ser tomado do corpo físico para o corpo eletrônico, visto que a liberdade de locomoção da pessoa é também violada em sua dimensão eletrônica, segundo a nova concepção conferida ao respeito ao corpo humano (corpo físico e corpo eletrônico).

O corpo eletrônico, o conjunto de nossos dados, é objeto de um controle cada vez mais agressivo que precisa ser repensado de acordo com valores ético-jurídicos a fim de que se possa tutelar aspectos essenciais da personalidade.

É nesse contexto que Rodotà (2008) reivindica a autonomia do indivíduo na sociedade de informação e propõe um novo conceito de privacidade: da definição histórica de Warren³ do “direito de ser deixado só” para o “direito à autodeterminação informativa”, conceito que engloba o direito de manter o controle sobre as próprias informações; o direito de escolher aquilo que será revelado; direito ao esquecimento, em resumo, o direito de determinar a maneira de construir a própria esfera particular.

O nascimento da privacidade está associado historicamente à desagregação da sociedade feudal, na qual os indivíduos eram todos ligados por uma complexa série de relações que se refletiam na própria organização de sua vida cotidiana. O isolamento era privilégio de poucos: místicos ou monges, pastores ou bandidos.

Esse privilégio, posteriormente, estendeu-se a todos os que tinham condições materiais, que lhes permitisse reproduzir, mesmo no ambiente urbano, condições para satisfazer a necessidade de intimidade. O surgimento do direito à intimidade, portanto, coincide com a consagração de um privilégio de classe social e não como a realização de uma exigência natural de todos os homens

² Instrumento específico do ordenamento brasileiro que encontra-se positivado art. 5º, LXXII, da Constituição Federal: “Conceder-se-á *habeas data*: a) 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; b) para a retificação de dados, quando não se preferir fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

³ Vânia Siciliano Aieta (1999, p.80-82) explica que a despeito da existência de alguns antecedentes europeus, a publicação do famoso ensaio “The Right to Privacy” significou um divisor de águas no tocante à consagração do direito à intimidade. Com o ensaio, a matéria passou a ser tratada com o status de teoria, propiciando as bases técnico-jurídicas da noção de *privacy* e configurando-a como um real “*right to be let alone*”. O êxito do referido ensaio se deve, além do mérito dos escritores, à conjuntura norte-americana daquele momento: Os Estados Unidos iniciavam um processo de gigantismo que lhes daria posteriormente a liderança política mundial. Acrescenta-se, assim, para o sucesso do ensaio o contexto de grandes concentrações urbanas, estreitamento geográfico das relações de vizinhança, crescimento de fluxos migratórios e novas técnicas de propaganda.

(Rodotà, 2008). Nesse contexto, a privacidade configurava-se como uma possibilidade da classe burguesa, que reclamava o direito à propriedade “solitária”.

Ao propor uma nova percepção da privacidade, relacionando-a com o direito à proteção de dados, Rodotà (2008), diferentemente das visões clássicas, afirma que esse direito tem a ver com a proteção da personalidade, não da propriedade. A reinvenção da privacidade, como direito à autodeterminação informativa, contribui para uma concepção integral da pessoa, visto que se apresenta como instrumento essencial contra discriminações, permitindo o livre desenvolvimento da personalidade.

A proteção da vida privada encontra sua razão primária na proteção da personalidade. Por essa razão, a garantia da privacidade, enquanto direito fundamental, presume a existência de um ordenamento jurídico cujos institutos sejam interpretados e funcionalizados em respeito à pessoa humana.

O indivíduo só consegue construir de forma livre sua personalidade quando tem consciência da garantia da sua privacidade, esta não mais entendida como o “direito de ser deixado só”, mas como o direito de manter o controle sobre as próprias informações.

Por essa ótica, o fortalecimento da tutela da privacidade implica também no reconhecimento ou consolidação de outros direitos da personalidade como o “right of publicity” e o direito à identidade pessoal, que se relacionam com o modo pelo qual o indivíduo é apresentado “aos olhos do público”, através do conjunto de informações a ele relacionadas.

A proteção dos dados pessoais torna-se, assim, um valor em si, sintetizando as prerrogativas da pessoa e contribuindo para a nova cidadania (função sociopolítica da privacidade). A privacidade é pré-condição e elemento constitutivo de uma nova forma de cidadania, pois a proteção de dados considerados sensíveis, tais como as opiniões políticas, evita discriminações e permite uma participação mais ampla e igualitária do cidadão na vida pública.

Como assevera Rodotà:

Sem uma forte tutela das suas informações, as pessoas estão cada vez mais ameaçadas de serem discriminadas pelas suas opiniões, crenças religiosas, condições de saúde: a privacy apresenta-se assim como um elemento fundamental da *sociedade da igualdade*. Sem uma forte tutela dos dados que se referem às suas relações com as instituições com a filiação a partidos políticos, sindicatos, associações, movimentos, os cidadãos são ameaçados de serem excluídos dos processos democráticos: dessa forma, a privacy torna-se uma condição essencial para a inclusão na *sociedade da participação*. Sem uma forte tutela do “corpo eletrônico”, do conjunto das informações colhidas a nosso respeito, a própria liberdade pessoal corre perigo e se reforçam as tendências de construção de uma *sociedade de vigilância*, da classificação, da seleção social: torna-se assim evidente que a privacy é um instrumento necessário para salvaguardar a *sociedade da liberdade*. Sem uma forte resistência continua às pequenas violações, aos controles contínuos, capilares, opressivos ou invisíveis que invadem a nossa própria vida cotidiana, encontramos-nos nus e enfraquecidos diante de poderes públicos e privados: a privacy especifica-se desta forma como um componente indispensável da *sociedade da dignidade*. (Rodotà, 2008, p.278, sem grifo no original).

A partir do novo olhar sobre a privacidade, a forma de sua proteção deve ser realizada de forma diversa. A proteção negativa (estática) que objetiva impedir interferências na vida privada e familiar precisa ter ao seu lado uma proteção mais dinâmica que visa estabelecer regras sobre os mecanismos de processamento de dados bem como estabelecer critérios de legitimidade para a tomada de medidas. Privilegia-se, desse modo, uma abordagem mais afirmativa em detrimento das abordagens tradicionais mais defensivas.

Sabe-se que a coleta de dados pelo poder Público justifica-se, primariamente, pela necessidade de embasamentos para a tomada de decisões. O cidadão, contudo, não pode ser considerado um simples fornecedor da informação, antes deve ser permitida também a sua intervenção com a finalidade de controlar a exatidão das informações coletadas e a correção de seu tratamento. Outra questão relacionada com a coleta de dados consiste em saber o destino das informações desatualizadas, para avaliar o tempo de utilização desses dados em confronto com o direito ao esquecimento⁴.

⁴ AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p.218. Por outro lado, ao se considerar que a manutenção dos dados deva ter um limite de tempo, a sua supressão, quando desatualizados, pode levar à impossibilidade de investigação histórica sobre pessoas e fatos. René Ariel Dotti, ao tratar da

É necessário conceder aos indivíduos um poder de controle direto e contínuo sobre os coletores de informações, independentemente da existência real de uma violação. Transmuta-se, assim, a técnica de proteção da privacidade e a atenção desloca-se da proteção negativa para o bom funcionamento das regras sobre circulação de informações.

As informações coletadas possibilitam o surgimento de novas formas de poder ou o fortalecimento de poderes já existentes. O cidadão, não raras às vezes, é incapaz de perceber o sentido que a coleta de determinadas informações pode assumir em organizações complexas, escapando a ele próprio o grau de periculosidade do uso destes dados por parte de tais organizações. Observa-se que nas situações mais rotineiras da vida, o indivíduo é forçado a expor seu próprio eu, sua própria persona, com consequências que ultrapassam a simples operação econômica e criam uma espécie de posse permanente da pessoa por parte de quem detém as informações a seu respeito (Rodotà, 2008).

Por essa razão, aos cidadãos precisa ser assegurado um meio dinâmico para salvaguardar o próprio patrimônio informativo; o direito de exercer o controle direto sobre aqueles sujeitos aos quais as informações fornecidas atribuirão um crescente plus-poder. A possibilidade de controlar se exhibe como um instrumento de equilíbrio na nova distribuição de poder que vai se delineando.

Apesar da previsão do *habeas data* como garantia constitucional que reconhece o direito de acesso aos bancos de dados públicos, esse não é o único modelo possível. Não obstante se constitua como instrumento que coloca a privacidade em uma posição central na consideração jurídica dos problemas da circulação de informações, o direito de acesso mantém o esquema privatístico tradicional ao obedecer ao critério tipicamente proprietário da troca – o cidadão fornece a informação e tem acesso ao banco de dados no qual está essa informação.

A circulação das informações pessoais não pode ser unicamente considerada em sua dimensão proprietária, como se as informações fossem de propriedade exclusiva do interessado, que pode livremente negociar sua cessão. Indispensável ponderar sobre a dimensão coletiva que está ligada tanto às consequências sociais quanto às consequências para o próprio interessado. A circulação de determinadas categorias de informações pessoais e de informações coletadas para finalidades específicas devem ser analisadas considerando-se valores e interesses diversos daqueles puramente proprietários.

Nesse sentido, a perspectiva de controle não deve ser tomada apenas no seu aspecto individual, resolvendo-se completamente na atribuição, a cidadãos isolados, do direito de acesso aos bancos de dados públicos e privados. Mister introduzir uma dimensão coletiva da proteção dos dados que venha a legitimar o poder fundado na informação, concretizando assim mais uma faceta da democracia (Rodotà, 2008).

Em superação ao tradicional quadro individualista da privacidade, a dimensão coletiva tem em vista que o indivíduo pertencente, necessariamente, a um determinado grupo social. A privacidade, então, projeta-se sobre a coletividade.

Faz-se essa afirmação ao se reconhecer que a identidade social da pessoa constitui-se no atributo essencial para a sua inserção, aceitação, reconhecimento, no meio em que se insere. E a privacidade, não mais entendida somente como o “direito de ser deixado só”, mas também o direito de sigilo, de autonomia sobre dados e manifestações, acaba por se constituir em direito essencial na consolidação da identidade social, e, portanto, da dignidade social.

Sendo assim, assume relevância especial a tutela das informações de todos aqueles que poderiam sofrer alguma perda de dignidade ou de autonomia, caso, por exemplo, seu consentimento, para coleta, tratamento e difusão das informações pessoais, fosse a condição para obter determinados serviços.

Essa dependência cada vez mais crescente entre fornecimento de informações e uso de serviço tem resultado em um progressivo obscurecimento da necessidade de privacidade, daí ser imprescindível determinar os standards mínimos para a proteção efetiva desse direito fundamental e,

matéria, sugere como solução mais apropriada a organização de uma “blocagem” de dados, que ficariam retidos em memória, fora do alcance geral. Isso possibilitaria uma conciliação entre sigilo pessoal e registro de valor histórico.

por conseguinte, para que o indivíduo esteja em condições de definir autonomamente o grau de proteção que pretende atribuir à própria esfera privada.

O consentimento individual deve ser visto por uma perspectiva realista que enxerga os seus limites ante a presença de fortes desníveis de poder nas relações de mercado. Não é possível aceitar como válido um consentimento que diminua os vínculos sociais em relação à própria pessoa.

Além disso, nem todos os dados são livremente negociáveis. As informações genéticas, nesse ponto, apresentam-se como um valor constitutivo da esfera privada bem mais forte do que qualquer outra categoria de informações. Isso se dá porque tais informações se relacionam com a própria estrutura da pessoa, constituindo, pois, a parte mais dura do “núcleo duro” da privacidade. O “núcleo duro” da privacidade também se constrói em torno dos dados relativos a opiniões políticas⁵, sindicais ou de qualquer outro gênero, fé religiosa, raça, saúde, hábitos sexuais.

A superproteção dessas informações componentes do núcleo duro não advém apenas da necessidade de sigilo, mas, principalmente, da necessidade de impedir discriminações entre cidadãos e a elaboração de perfis individuais que poderiam resultar em tratamentos desiguais, como salientado no capítulo anterior.

No tratamento dos dados pessoais, além do consentimento e do princípio do acesso individual, outros princípios⁶ devem ser levados em consideração, quais sejam: a) *princípio da correção*: a todo instante, deve ser garantido ao indivíduo a adequada correção dos seus dados; b) *princípio da exatidão das informações*; c) *princípio da finalidade*: toda utilização dos dados pessoais deve obedecer a finalidade comunicada ao interessado antes da sua coleta; d) *princípio da publicidade*: ao se admitir a máxima circulação das informações, como por exemplo no caso das informações de conteúdo econômico, deve-se, ao mesmo tempo, permitir aos interessados exercer um real poder de controle sobre a exatidão das informações; sujeitos que as operam e as modalidades de sua utilização; e) *princípio da segurança física e lógica da coletânea dos dados*: os dados pessoais devem ser protegidos contra os riscos de seu extravio, destruição, modificação, transmissão ou acesso não autorizado; f) *princípio da temporalidade*: os dados fornecidos não podem ser conservados além do tempo necessário a realização de seus fins. Acrescentam-se ainda os princípios da relevância e da proporcionalidade, segundo os quais a coleta de dados pessoais deve ser mínima. Em outras palavras, nenhum dado pessoal deve ser coletado se o propósito específico pode ser alcançado sem o processamento dos mesmos.

Esses princípios fornecem orientações práticas para o tratamento dos dados cuja proteção deve ser realizada tendo em vista tratar-se de um direito fundamental. O tratamento de cada dado deve ser considerado como referente ao corpo em seu conjunto, a uma pessoa que deve ser respeitada na sua integridade. Como ressalta Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p.121), “a tutela da pessoa humana (...) deve ser apresentada como um problema unitário, dado o seu fundamento, representado pela unidade do valor pessoa”.

Diante dos argumentos apresentados no presente trabalho, sinaliza-se a exigência uma tutela mais incisiva do corpo eletrônico, onde a proteção global de dados desempenhe um papel essencial para iniciar uma dimensão mais abrangente dos direitos fundamentais, em suma, da dignidade da pessoa humana.

A proteção constitucional é dirigida à dignidade da pessoa, considerada em todas as suas emanções. Enquanto valor essencial da pessoa humana, a dignidade é autorreferente e condição intrínseca da liberdade, pois não existe dignidade sem autonomia. Por essa razão, no centro do atual

⁵ Rodotà, Stefano. *A Vida na sociedade da vigilância*: A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.96. Verifica-se, aqui, um paradoxo da privacidade, pois apesar das informações relacionadas às opiniões políticas e sindicais caracterizarem a esfera pública nos estados democráticos, sua classificação, todavia, insere-se na categoria de dados sensíveis em razão da potencial inclinação para serem utilizados com finalidades discriminatórias. Para garantir plenitude à esfera pública, determinam-se rigorosas condições de circulação destas informações.

⁶ Alguns dos princípios citados encontram-se positivados na Convenção 108/1981, que entrou em vigor em 1985. Essa Convenção da União Europeia, embora sem força vinculativa aos Estados europeus, foi pioneira ao estabelecer princípios, conceitos e direitos sobre o tema da proteção dos dados pessoais. Disponível em <http://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/Convencao108.htm>.

sistema constitucional está o valor da dignidade da pessoa que deve poder agir autonomamente como componente de uma sociedade livre.

A autonomia é o elemento ético da dignidade, devendo, assim, ser assegurada, ao indivíduo, a possibilidade de autodeterminação, o que inclui a autodeterminação informativa, como pré-requisito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Os diplomas legais ainda são incipientes, não existindo, no Brasil, uma legislação específica sobre a temática ora desenvolvida. O remédio constitucional do habeas data, cujo procedimento é regulamentado pela Lei 9.507/97 (Brasil, 2013a), tem repercussão limitada, pois apenas permite o direito de acesso e de retificação, não dispendo acerca de outros pontos anteriormente levantados aqui como o direito de não perder jamais o poder de manter o controle sobre o próprio corpo eletrônico, o direito ao esquecimento e os problemas envolvendo a manipulação das informações pessoais e discriminações com base nos dados fornecidos.

A despeito da lentidão das inovações jurídicas nesse campo, ressalta-se a existência do Projeto de Lei 5.870/2005 (Brasil, 2013b), que pretende regulamentar a atividade de bancos de dados no Brasil. No entanto, a proteção se restringe ao crédito, o que denota uma concepção de privacidade ligada ainda à propriedade e não à personalidade.

A proteção dos dados, enquanto garantia fundamental, como se observa carece de institutos processuais mais modernos que venham a acompanhar a evolução tecnológica fornecendo mecanismos de contrapeso à formação de bancos de dados que atentem contra a privacidade das pessoas.

Conclusão

O progresso científico e o controle dos processos sociais por meio do estabelecimento de canais de discussão entre a sociedade e o Poder Público, a exemplo das audiências públicas, não caminham com a mesma velocidade, havendo uma enorme defasagem entre a rapidez do primeiro e a lentidão do segundo.

É notório, portanto, a necessidade, cada vez mais urgente, de respostas jurídicas para essa sociedade tecnologicamente avançada. As alterações constantes no plano tecnológico devem ser, inevitavelmente, acompanhadas por uma mudança no ambiente jurídico-institucional de modo que sejam eleitos valores diferentes dos fornecidos pelos dispositivos eletrônicos. Nesse contexto, a presença de valores como os da liberdade pessoal, integridade e dignidade torna-se imprescindível para uma correta ponderação que venha a considerar o ser humano em sua integralidade.

A unidade da pessoa remete tanto ao seu corpo físico quanto ao seu corpo eletrônico, conjunto dos seus dados. No entanto, em uma sociedade tecnológica, na qual o emprego da tecnologia não é questionado em razão dos seus supostos benefícios para a segurança pública, o corpo eletrônico passa a ser objeto constante de um controle cada vez mais agressivo, sem nenhuma consideração valorativa. Esse controle, ao desconsiderar a participação do indivíduo, fornecedor da informação, acaba por desapropriá-lo de sua autonomia visto que não mais detém o controle do seu patrimônio informativo, do seu corpo eletrônico que agora pode ser disseminado.

É à luz dessa problemática que Rodotà (2008) defende uma reinterpretação do conceito de privacidade, enriquecendo a definição tradicional como “direito de ficar só” com o direito à autodeterminação informativa. O autor explica que enquanto expressão da dignidade, a proteção dos dados contribui para a “constitucionalização da pessoa” que deve poder ter o controle integral dos seus dados para desenvolver livremente sua personalidade. Por essa razão, não se deve tolerar que um dado seja usado de modo a transformar um indivíduo em objeto sob vigilância constante, antes deve ser conferido um meio dinâmico para o indivíduo assegurar o seu patrimônio informativo e, em suma, sua liberdade e dignidade.

A coleta de dados pessoais deve ser mínima e estritamente necessária. Como propõe Rodotà (2008), nenhum dado pessoal deve ser coletado se o propósito específico puder ser alcançado sem o processamento de dados pessoais. Dessa forma, evita-se o surgimento de estigmas dos comportamentos considerados desviantes do padrão “normal” e, por conseguinte, a discriminação entre os cidadãos.

Ao Direito é ainda confiada a tarefa de formular uma estratégia abrangente de recomposição do sujeito constantemente ameaçado pela fragmentação da sua identidade por uma série de dados e pela sua dispersão ao longo do tempo .

Portanto, cabe ao Direito assegurar ao sujeito a possibilidade de controlar os seus dados e de escolher autonomamente a forma de tratamento a ser conferida, pois somente assim será possível iniciar uma dimensão mais abrangente e efetiva Dignidade da Pessoa Humana.

REFERÊNCIAS

- Aieta, V. S. (1999). *A garantia da intimidade como direito fundamental*. Rio de Janeiro, Brasil: Lumen Juris.
- Bauman, Z. (2004). *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro, Brasil: Jorge Zahar.
- Brandeis, L. e Warren, S. (1890). The right to privacy. *Harvard Law Review*, 4.
- Brasil, (1997). Lei 9.507 de 12 de novembro de 1997. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data. Brasília, DF, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9507.htm. Acesso em 06 mar. 2013a.
- (2005). Projeto de Lei 5870, 5 de setembro de 2005. Disciplina os bancos de dados de proteção ao crédito e de relações comerciais, bem como sua relação com os cadastrados, fontes de informações e consulentes. Brasília, DF, 2005. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2005/msg571-050901.htm. Acesso em 06 mar. 2013b.
- Foucault, M. (2011). *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro, Brasil: Edições Graal.
- Habermas, J. (1997). *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro, Brasil: Tempo Brasileiro.
- Marini, G. (2005). La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità. In: *Il diritto privato nella società moderna*. (pp. 375-419). Seminario in onore di S. Rodotà, a cura di Guido Alpa e Vincenzo Roppo. Napoli, Itália: Jovene Editore.
- Meirelles, J. (1998). O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: Luiz Edson Fachin. (Org.). *Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. (pp. 87-114). Rio de Janeiro, Brasil: Renovar.
- Moraes, M. C. B. de (2010a). Ampliando os direitos de personalidade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. (pp. 121-148). Rio de Janeiro, Brasil: Renovar.
- (2003). *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. (pp. 117-128). Rio de Janeiro, Brasil: Renovar.
- (2010b). O princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. (pp. 71-120). Rio de Janeiro, Brasil: Renovar.
- Rodotà, S. (2008). *A vida na sociedade da vigilância: A privacidade hoje*. Rio de Janeiro, Brasil: Renovar.
- (2004). Transformações do corpo. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, 19, 91-107.

SOBRE A AUTORA

Kalline Carvalho Gonçalves Eler: Graduada em Direito em 2012 pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestra em Direito e Inovação, linha de pesquisa Direitos Humanos e Inovações, pela Universidade Federal de Juiz de Fora em 2015. Estágio Docência em Bioética.