

BANCO DE DADOS DE INFORMAÇÕES GENÉTICAS E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO CONCRETIZADORA DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E DA DIGNIDADE HUMANA¹

DATABASE OF GENETIC INFORMATION AND THE GOVERNMENT AS THE GUARDIAN OF PERSONAL DATA AND HUMAN DIGNITY

EL BANCO DE DATOS DE INFORMACIONES GENÉTICAS Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO MATERIALIZADORA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES Y DE LA DIGNIDAD HUMANA

Regina Linden Ruaro²

Têmis Limberger³

RESUMO

O presente artigo propõe um breve estudo acerca da proteção de dados pessoais relativos à pesquisa genética, à formação de bancos de dados e à autodeterminação informativa, tecendo um panorama do nível de tratamento da questão no ordenamento jurídico brasileiro e a insuficiência que a atual legislação esparsa e fragmentada tem apresentado em termos de garantias do direito à intimidade e à privacidade. Pretende-se provocar uma reflexão acerca da importância de uma regulação específica da matéria. O método de abordagem da pesquisa foi o dedutivo e o método de interpretação jurídica empregado foi o sistemático.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da personalidade. Intimidade genética. Dados pessoais.

ABSTRACT

This article presents a brief study about the personal data protection related to genetic studies, the formation of databases, and informative self-determination. It organizes the information at the level of the Brazilian legal system and the insufficiency of the sparse legislation in terms of guarantees of the right to intimacy and privacy. The intention is to stimulate reflection on the importance of a specific regulation of this subject. The deductive method was used in the research, and the systematic method was used for the legal interpretation.

KEYWORDS: Rights of personality. Genetic intimacy. Personal data.

- 1 Colaboraram para o artigo: Brunize Finger – bolsista BPA/PUCRS e Bruno Galileo– bolsista CNPq/ PIBIC.
- 2 Pós-Doutora em Direito pelo Centro de Estudos Universitários de San Pablo - Espanha. Doutora em Direito pela Universidad Complutense de Madrid - Espanha. Professora Titular da PUCRS, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. Fone: (51) 3320-3537 Correio eletrônico: ruaro@puhrs.br
- 3 Pós doutora pela Universidade de Sevilla – em andamento, sob a orientação do Prof. Antonio Enrique Pérez-Luño; Doutora em Direito pela Universidade Pompeu Fabra - Espanha. Procuradora de Justiça – MP/RS. Professora do PPG em Direito da UNISINOS, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil. Fone: (51) 3295-1900. Correio eletrônico: temis@via-rs.net

RESUMEN

El presente artículo propone un breve estudio acerca de la protección de datos personales relativos a la investigación genética, a la formación de bancos de datos y a la autodeterminación informativa, trazando un panorama sobre el nivel de tratamiento de la cuestión en el ordenamiento jurídico brasileño y la insuficiencia que la actual legislación dispersa y fragmentada ha presentado en términos de garantías del derecho a la intimidad y a la privacidad. Se pretende provocar una reflexión acerca de la importancia de una regulación específica de la materia. El método de abordaje de la investigación fue el deductivo y el método de interpretación jurídica empleado fue el sistemático.

PALABRAS CLAVE: Derechos de la personalidad. Intimidad genética. Datos personales.

INTRODUÇÃO

A sociedade, regida pela máxima de que o conhecimento e a informação são poderes, é a realidade que se vive nos dias de hoje. Quanto mais informações for possível obter, manter e disseminar, maiores os avanços em todas as áreas do saber. Neste contexto é que a pesquisa científica tem acumulado um sem fim de descobertas em benefício da humanidade, sendo capaz, até mesmo, de revelar o mapa genético do ser humano.

O acesso de um maior número de pessoas à informática e às novas tecnologias da informação representa um avanço para a comunicação, uma vez que o computador não é somente uma máquina, com seu aspecto tecnológico de última geração, mas também leva consigo a possibilidade de transmitir a informação de uma forma muito veloz. Hoje em dia, os computadores não estão mais isolados, mas sim interligados em redes, em conexão com outros computadores. Isso faz com que seus efeitos saiam de um âmbito restrito e sejam transmitidos globalmente e com uma velocidade ímpar, combinando os fatores de tempo e espaço.

A telemática, diferentemente da eletricidade, não transmite uma corrente inerte, mas veicula informação e, quando corretamente utilizada, significa poder⁴. Pode-se dizer que isso apresenta dois lados: primeiramente, uma vantagem propiciada pela informática, no sentido de armazenar o conhecimento e transmiti-lo de uma maneira veloz. Por outro lado, há o risco de que as liberdades sejam violadas, e tal possibilidade exige a intervenção do poder público, como forma de proteção dos indivíduos.

Uma das características do mundo contemporâneo, destaca Frosini⁵, é a produção, a circulação e o consumo de informação, que, por suas dimensões, não encontra precedentes em outras épocas. Esse autor assevera que a história da informação humana passa por quatro fases⁶. A primeira é caracterizada pela comunicação oral dos povos primitivos. A segunda surge com o alfabeto, que permite a transmissão do conhecimento para outras gerações. A terceira é marcada pela imprensa, que possibilita que a informação seja difundida mais rapidamente a um grande número de pessoas. Já a quarta ocorre com os meios de comunicação de massa, como o rádio, o cinema, a televisão e os computadores.

4 Conforme NORA, Simon; MINC, Alain. **Informe Nora-Minc** - La informatización de la sociedad. Madrid: [S.n.], 1982. p. 18. (Colección Popular).

5 FROSINI, Vittorio. Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **Banche dati telematica e diritti della persona**, QDC, Padova: Cedam, 1984. p. 30.

6 FROSINI, Vittorio. **Cibernética, Derecho y Sociedad**, Madrid: Tecnos, 1982. p. 173 *et seq.* Neste livro, ao tratar dos problemas jurídicos do desenvolvimento da informática e da informação, o autor aponta fases na história da comunicação. Uma primeira seria a palavra oral, a linguagem fonética, em caráter complementar aos gestos. Uma segunda surge com a palavra escrita. Em terceiro lugar, a linguagem matemática, que se complementa com a eletrônica, como um conjunto de sinais simbólicos de palavras e símbolos, por meio das máquinas, configurando-se uma linguagem artificial. A informática representa uma conquista que permite a multiplicação de conhecimento por meio do desenvolvimento científico e social. Tal conhecimento conduz a uma nova forma de poder. O fenômeno do desenvolvimento da informática é comparável com a civilização antes e depois da escrita.

Todos esses aparelhos modernos integram hoje a nossa vida cotidiana e caracterizam a denominada sociedade de massa, de onde surge o direito à informação, que apresenta um duplo aspecto: informar e ser informado.

O progresso tecnológico e o direito à informação vão trazer implicações no mundo jurídico em muitos aspectos, *in casu*, o uso das novas tecnologias vai propiciar uma maneira diferente de publicizar tantos os atos da administração, tornando-os mais acessíveis à população, como também por outro viés possibilitar que se adentre, muitas vezes, em aspectos da vida privada de cada um de nós.

Essa nova realidade gerou e proliferou a formação de bancos de dados que podem ser transferidos, manipulados, reinventados – por vezes, sem o conhecimento ou o prévio consentimento do interessado. Todo esse manancial de informações e de dados pessoais, se mal utilizado, poderá gerar discriminações de todo o tipo, pois adentra na esfera íntima da pessoa, desvelando-a e tornando-a exposta.

Evidentemente não há como negar os benefícios da pesquisa científica que provocou o avanço da biotecnologia aliada à engenharia genética, há de se reconhecer as vantagens do projeto genoma humano e, dentre outros, do estudo da origem das doenças e dos resultados promissores das alternativas de cura para as diversas enfermidades que afligem a humanidade.

A expansão substancial dessa nova realidade é o que estabelece hoje a quase ausência de fronteiras no universo habitável pelo ser humano. Em decorrência disso, impõe-se um desafio para a ciência jurídica, que, por meio do biodireito, pode apontar para uma delimitação da real capacidade de interação entre pesquisa científica e Direito com peças e matizes antes desconhecidos.

Todos esses fatores mencionados, conjuntamente atrelados à percepção das adversidades que encontra a proteção do espaço íntimo, ensejaram décadas de desenvolvimento dogmático daquilo que se denomina direito à proteção de dados pessoais – o qual tem intentado, nos últimos anos, sedimentar-se na ordem mundial. Nesse aspecto, compreender esta realidade como produto dos novos tempos ajuda a evitar a crença de que a informação extraída e armazenada nos bancos de dados se constitui em terreno maligno criado por forças conspiratórias.

O panorama atual possibilita um saber quase pleno, pois é possível armazenar e transmitir tudo instantaneamente. Desse modo, fica evidente a necessidade de criação de novas fronteiras que se adéquem à realidade digital⁷ sob vários prismas e concebendo como inevitável a análise do tema da proteção dos dados pessoais relativos ao direito à preservação da intimidade genética.

A PESQUISA CIENTÍFICA E O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS EM UMA PERSPECTIVA DA INTIMIDADE GENÉTICA

A origem da discussão acerca da privacidade/intimidade posta em termos de “um direito de ser deixado só” é atribuída a Samuel Warren e Louis Brandeis, publicado na *Harvard Law Review*, intitulado *The Right to Privacy*⁸ e cujo conteúdo nos remete ao antigo paradigma de *zero-relationship*⁹, matizado hoje, dentre outros fatores não menos importantes, pelo surgimento de um novo centro gravitacional que incorpora a pesquisa científica na área da genética e que deve levar em conta as contingências sociais e a possibilidade de cada indivíduo controlar o uso de informações que lhe dizem respeito.¹⁰

Falar de intimidade genética remete à reflexão das possíveis consequências que a infringência desse direito pode ocasionar. No entanto, para que se compreenda a sua extensão, faz-se necessário examinar preliminarmente quais os seus elementos.

Denise Hemmershimidt¹¹ aponta dois elementos:

7 DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 13.

8 BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. **The right to privacy**. Disponível em: <www.lawrence.edu/fast/boardmaw/privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 16 de julho de 2008.

9 DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. p. 408.

10 RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 24.

11 HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética & Direito da Personalidade**. Curitiba: Juruá,

Um objetivo e um subjetivo. O elemento objetivo do direito à intimidade genética se refere 'ao genoma humano em última instância e, por derivação, a qualquer tecido ou parte do corpo humano em que se encontre a informação genética'. Diante dessa afirmação se observa que o direito à intimidade genética supõe em certa medida a superação do conceito de intimidade corporal – de caráter limitado e circunscrito àquelas partes do corpo humano afetadas pelo recato ou pudor pessoal – pelo fato de incluir partes em relação às quais não se pode predicar normalmente uma reserva de pudor, mas que podem servir 'certamente para produzir uma agressão à intimidade genética, já que o material biológico em geral é susceptível de revelar características genéticas de um indivíduo e sua família'. Por sua vez, o elemento subjetivo do direito à intimidade genética se constitui na vontade do sujeito de terminar quem e em que condições pode acessar a informação sobre seu genoma. Refere-se à 'autodeterminação informativa'.

Desde outra perspectiva, mas diretamente relacionado ao tema, tem-se a tendência de que a classificação social do ser humano (*social sorting*) se expande a todo tipo de dado abstrato, incluindo-se aqui referências genéticas, biométricas armazenadas em arquivos administrativos computadorizados que podem de ser manipulados para produzir "categorias de risco" num sistema em rede. Corre-se o risco de provocar a "genetização da vida"¹² e com ela selar um futuro estigmatizante para os possíveis "doentes".

Nesse passo, o uso não regulamentado da informação genética pode determinar o surgimento de riscos e preconceitos diversos, tais como o reducionismo e o determinismo genético, o preconceito e a discriminação por condições genéticas, o acesso não autorizado às esferas de conhecimentos reservados.

Preocupar-se com a individualização de riscos fomenta um aumento da vigilância, sugerindo sua necessidade constante. Com este raciocínio, não há mais espaço institucional que não esteja hoje eivado pela categorização do ser humano. Neste contexto temos: informações genéticas secundárias que podem identificar se uma pessoa é portadora de alguma doença ou se poderá ser acometida de uma doença específica¹³ na qual todas passam a guardar importância a partir dos desenvolvimentos tecnológicos que conhecemos.¹⁴

Com efeito, isto envolve uma compilação e classificação de dados sem escalas que se expandem para as mais diversas áreas de interesses. Dados médicos e de consumo, quando avaliados em conjunto, podem ser fortes aliados à discriminação creditícia ou de planos de saúde, o que reaviva a preocupação acerca da lisura na obtenção de informações e sua exatidão no momento do armazenamento. Como resultado, tem-se a influência direta e indireta destes cadastros na rotina das pessoas e no surgimento ou na restrição de oportunidades. Dependendo de como são usadas as informações, chances podem ser retiradas devido à avaliação do risco de investimento, cuja lógica migra do setor organizacional para a própria população – e de acordo com sua localização geográfica –, agora responsável a arcar com os perigos que suas relações sociais ensejam.¹⁵

O problema de um ambiente globalizado e mergulhado em uma sede excessiva por avanços tecnológicos reside no fato de que, por vezes, algumas fronteiras jurídicas são esquecidas, como ilustra um exemplo recente trazido por cientistas canadenses. Em estudo genético da tribo aborígene *Oji-Cree*, situada em Sandy Lake, no Canadá¹⁶, sua população é definida como mais propensa a problemas de saúde como um todo, apresentando, ainda, uma elevada tendência a desenvolver diabetes tipo 2. A pesquisa certamente seria proveitosa a programas de assistência à saúde, possibilitando uma "estratégia gerencial" mais direcionada e criteriosa para a prevenção, não fosse o fato de seus resultados darem azo à discriminação de um segmento da população por características biológicas predeterminadas. Com base neste argumento, a socióloga Jennifer Poudrier¹⁷ apresenta

2008, p. 97.

12 ECHTERHOFF, Gisele. **Direito à privacidade dos dados genéticos**. Curitiba: Juruá, 2010, p.53.

13 HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade Genética e Direito de Personalidade**. 2008.

14 LYON, David. Surveillance as social sorting – Computer codes and mobile bodies. In: LYON, David (org.). **Surveillance as social sorting: privacy, risk and digital discrimination**. New York: Routledge, 2003. p. 14.

15 **Information Commissioner: A Report on the Surveillance Society**. September, 2006. Disponível em: <http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/data_protection/practical_application/surveillance_society_full_report_2006.pdf>. Acesso em: 18.05.2010.

16 Disponível em: <http://care.diabetesjournals.org/content/24/8/1498.2.full>. Acesso em: 19.05.2010.

17 POUDRIER, Jennifer. "Racial" categories and health risks> epidemiological surveillance among Canadian First Nations. In: LYON, David (Org.). **Surveillance as social sorting: privacy, risk and digital**

sua preocupação quanto aos potenciais erros, abusos e, principalmente, quanto ao fortalecimento de uma discriminação genética¹⁸ – condição pela qual indivíduos ou segmentos sociais são prejudicados em virtude de sua composição biológica.

O tema, que é constantemente debatido tanto no campo da política quanto na seara jurídica (com maior relevo ao ser contextualizado à realidade dos seguros de saúde), apresenta outro elemento que salienta a divergência, qual seja, a insistência da ciência genética na utilização das expressões “raça” e “etnia” como categorias especiais em pesquisas médicas e epidemiológicas. Sobre isto, Poudrier¹⁹ lembra que, fora o fato de as últimas duas décadas confirmarem, por seus geneticistas e biólogos, a convicção antropológica de tais conceitos, estes são mais frutos de construções culturais do que de predeterminações genéticas – como declarou, em janeiro de 2001, o Diretor do Projeto Genoma Humano²⁰. Realizar uma pesquisa científica não implica um esquecimento de valores, contextos ou, ainda, numa abordagem desinteressada e artificialmente asséptica.²¹ A utilização de novos métodos e avanços tecnológicos deve ocorrer com base na ponderação de valores concorrentes e não pelo simples fato de estarem disponíveis.

A Assembleia Geral da Organização Mundial da Saúde (ONU), na qual se tratou dos “Direitos do Homem e Progressos da Ciência e da Técnica”, já adotou uma Resolução²² com vistas a fomentar estudos voltados para a proteção de dados pessoais a fim de compatibilizá-los com progresso científico. Do texto pode-se destacar algumas diretivas como, por exemplo, a necessidade de proteção aos indivíduos que podem se sentir ameaçados pelo progresso das formas de registro e da comunicação de dados. Aponta, ainda, para a:

1. proteção, dos indivíduos e das nações frente ao progresso das técnicas de registros e comunicação de dados;
2. a interferência das utilizações eletrônicas, no exercício dos direitos fundamentais, numa sociedade democrática;
3. a busca do equilíbrio entre o progresso científico e técnico e o desenvolvimento social, cultural e moral da Humanidade.

O tratamento de informações genéticas põe tensão em diversos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição. São alguns deles: direito à liberdade de pesquisa; direito à liberdade e ao livre desenvolvimento da personalidade; o princípio da igualdade de oportunidades; direito à dignidade e à integridade das pessoas. Neste cenário, o cidadão mostra-se extremamente vulnerável à discriminação e, paradoxalmente, tem, muitas vezes, seu direito de acesso à correta informação

discrimination. 2003. p.111.

18 O tema abordado no presente trabalho interessa especificamente no tocante à coleta e tratamento de dados genéticos, cujo documento oficial de destaque é a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos da Unesco. Para uma análise mais detida sobre o assunto, cf. HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética & Direito da Personalidade**. 2008.

19 POU德里ER, Jennifer. “Racial” categories and health risks> epidemiological surveillance among Canadian First Nations. In: LYON, David (Org.). **Surveillance as social sorting: privacy, risk and digital discrimination**. 2003.

20 Francis Collins declarou que freqüentemente há mais variações genéticas entre pessoas classificadas como da mesma “raça” ou “etnia” do que membros de grupos “diversos” e assume que o fato de as pesquisas genéticas continuarem explorando estes dois campos provavelmente seguirá como um pesado fardo à ciência. (POUDRIER, Jennifer. “Racial” categories and health risks> epidemiological surveillance among Canadian First Nations. In: LYON, David (Org.). **Surveillance as social sorting: privacy, risk and digital discrimination**. 2003. p.127)

21 Em breve síntese, os questionamentos realizados pela autora, cujos argumentos se mesclam com teorias genéticas e estudo de relatórios oficiais, atacam a relação sustentada entre doenças genéticas, etnia e raça. Observa que, se estes dois critérios não configuram categorias biológicas e se o estudo da genética conta com a presunção de suas homogeneidades, não haveria respaldo suficiente para sustentar as conclusões propostas. Para ilustrar a vagueza dos resultados apresentados, cita que, além dos aborígenes, A Associação Americana de Diabetes apontou como grupos de “risco elevado”, em 1999, descendentes de latino-americanos, africanos, asiáticos, e hispânicos (POUDRIER, Jennifer. “Racial” categories and health risks> epidemiological surveillance among Canadian First Nations. In: LYON, David (Org.). **Surveillance as social sorting: privacy, risk and digital discrimination**. 2003. p.127).

22 Sessão 2.450, de 19.12.1968

tolhido em plena era digital, não podendo inclusive gozar de uma autodeterminação informativa. Nessa qualidade, tais dados se qualificam como sensíveis.

O ponto nodal da questão está, possivelmente, em estabelecer, a partir da bioética, a harmonia entre as várias ciências e promover da melhor forma possível aquilo que Joaquim Clotet, ao definir o termo, ensina: "a expressão crítica do nosso interesse em usar convenientemente os poderes da medicina para conseguir um atendimento eficaz aos problemas referentes à vida, saúde e morte do ser humano".²³ Esta ponderação entre os valores envolvidos se constitui em um desiderato para os juristas.

A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA COMO INERENTE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E CONDIÇÃO PRÉVIA À PESQUISA GENÉTICA

A concepção de um direito fundamental à proteção de dados da pessoa e de um "direito de estar sozinho" é o ponto inicial para o desenvolvimento gradual do pensamento de que ao indivíduo deveria ser garantida a decisão sobre a publicização, a destinação de informações relevantes sobre sua personalidade e sobre seus dados, inclusive genéticos. Teria aqui suas raízes²⁴ o que o Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1983, logrou definir como o *direito à autodeterminação informativa*. Na célebre sentença da Lei do Censo (*Volkzählungsurteil*), como ficou conhecida mundialmente, o Tribunal Alemão elucida a relação conceitual existente entre a privacidade e a tutela de dados pessoais sem deixar de ancorá-las aos valores fundamentais que assumem proteger.²⁵

Valendo-se de uma criação legislativa, o Estado alemão pretendia finalizar um censo geral em 1983, que tinha como objetivo principal, a partir de 160 perguntas, confrontar os dados fornecidos com os do registro civil. Muitos dos questionamentos eram de cunho pessoal, abrangendo desde aspirações profissionais do indivíduo até suas práticas religiosas e políticas. Outros pontos suscitaram controvérsia, como a possibilidade de transmissão dos dados colhidos a diferentes autoridades federais ou a diferentes Estados. Além disso, havia a previsão de multa àqueles que não respondessem ao censo, dispondo de mecanismos que favorecessem a denúncia destas pessoas.²⁶

A consequência da Lei do Censo foi o surgimento de um generalizado sentimento de insegurança, temendo-se a criação de um Estado superinformado. Várias Reclamações Constitucionais foram ajuizadas diretamente contra a lei, sob argumento de violação de alguns direitos fundamentais, tendo especial relevo o livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade da pessoa humana, protegidos pelos artigos 1º e 2º da Lei Fundamental da Alemanha.

Inicialmente, o Tribunal Constitucional Federal Alemão suspendeu provisoriamente o censo e, posteriormente, julgou a norma parcialmente inconstitucional, declarando nulos dispositivos que versavam sobre a troca de dados e competências para sua transmissão.²⁷ No precedente, a Corte enfatiza que no núcleo da ordem constitucional estão o valor e a dignidade da pessoa, de modo que à sua proteção serve o direito geral de personalidade. Caso os dados recolhidos fossem utilizados ao mesmo tempo para fins administrativos e estatísticos, estaria caracterizada a diversidade de finalidades, o que impediria o cidadão de conhecer o efetivo uso de suas informações, em verdadeiro desatendimento das normas fundamentais. Neste sentido, o Tribunal entendeu que o livre desenvolvimento da personalidade pressupõe, sob as modernas condições de processamento de dados, a proteção do indivíduo contra o levantamento, a armazenagem, o uso e a transmissão

23 CLOTET, Joaquim. **Bioética, uma aproximação**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 22.

24 No entanto, em que pese seja do ordenamento jurídico americano o mérito de iniciar tais debates, em termos de *privacy* como um direito geral de personalidade, há de se ressaltar a problemática opção do senado estadunidense em não adotar um sistema de proteção de dados independente, o que refletiu principalmente nas questões de âmbito privado. Tal *deficit* de tutela foi levado em consideração pela União Europeia, que tratou do assunto em diferentes convenções e diretivas, estabelecendo o dever de proteção dos dados pessoais em instituições públicas e também em organizações privadas (SCHAAR, Peter. **Das Ende der Privatsphäre: der Weg in die Überwachungsgesellschaft**. 2007, pp. 19-21).

25 ROUVROY, Antoinette; POULLET, Yves. The right to informational self-determination and the value of self-development: reassessing the importance of privacy and democracy. In: GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves et al. (Org.). **Reinventing data protection?** 2000, pp. 45-76, p. 46.

26 DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. p.192.

27 SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. 2005, p. 234.

irrestrita de seus dados pessoais.²⁸

Essa decisão é considerada como o marco oficial de surgimento do direito à autodeterminação informativa, que seria, segundo a sentença, *o direito dos indivíduos decidirem por si próprios quando e dentro de quais limites seus dados pessoais poderão ser utilizados.*²⁹ A partir desta ideia, o sujeito passa a poder decidir quando e sob que circunstâncias poderá dar-se conhecimento de seus dados pessoais. Não se pode descuidar da necessidade de que haja por parte dos indivíduos, que são participantes de pesquisa genética, o chamado "consentimento informado" - como forma de asseverar a autodeterminação informativa.³⁰

Casos de utilização ilícita dos dados pessoais são frequentemente de natureza imaterial, resultando em discriminação social do atingido, uso político, sensação de desconforto face aos bancos de dados, lesão ao direito de livre desenvolvimento da personalidade e até graves prejuízos de ordem psíquica - independentemente de o atingido ter sofrido dano material, o que leva a concluir que o ponto central da lesão concentra-se no plano abstrato e, conseqüentemente, sua pretensão pode ser compensada no âmbito imaterial.

Hoje, conta-se com dois modelos de proteção de dados pessoais. Neste sentido, Estados Unidos e Europa, apesar de adotarem regulação distinta, aproximam-se, porque os princípios que a fundamenta são semelhantes, girando em torno da autodeterminação ou *self-determination* no que concerne à informação pessoal.

No sistema americano tem-se a autorregulação nos códigos de conduta e nas boas práticas, enquanto que na Europa a regulação é heterogênea, sendo o direito à proteção de dados pessoais um direito fundamental por excelência.

Na obra *Regulating Privacy*, Colin Bennett analisa os fenômenos de *convergência* no campo de regulação da privacidade e de *divergência* na escolha de mecanismos utilizados em diferentes experiências normativas (Suécia, Estados Unidos, Alemanha e Inglaterra). Diversas teorias são abordadas pelo autor sobre este movimento, cujos argumentos variam desde um determinismo tecnológico até uma forçosa penetração de regimes específicos em diferentes Estados.³¹ Mas independentemente desta discussão, a percepção de um modelo de desenvolvimento ao longo do tempo, mais visto como processo do que condição, fez com que inúmeros países apresentassem pontos de contato no plano da regulação informacional, propiciando o surgimento de distintos instrumentos na persecução de seus fins.³²

Nesse momento a União Europeia discute a aprovação de um Regulamento Geral de Proteção de Dados aplicável a todos os países integrantes do bloco com transcendência nas relações estabelecidas com países fora daquele território no sentido de proteger a todas as pessoas, independentemente de seu local de residência.³³

Pérez Luño³⁴ ressalta que a cidadania eletrônica ou cibercidadania deve ser responsável e eticamente comprometida com a utilização das novas tecnologias e que trabalhe para a construção de uma sociedade mais solidária, justa e democrática.

Relativamente à autodeterminação informativa, no Brasil, a Resolução do Conselho Nacional de Saúde - 441/2011³⁵ complementando a Resolução anterior - 196/96, estabelece a necessidade de

28 SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** p. 238.

29 SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** p. 238.

30 O consentimento informado foi uma disposição normativa do Código de Nuremberg como consequência das atrocidades cometidas durante a Segunda guerra Mundial em matéria de pesquisas científicas com seres humanos

31 BENNETT, Colin J. **Regulating privacy: data protection and public policy in Europe and the United States.** New York: Cornell University Press, 1992. p. 7.

32 BENNETT, Colin J. **Regulating privacy: data protection and public policy in Europe and the United States.** p. 7.

33 DIRETIVA 95/46/CE. Reunião de Bruxelas em 25/01/2012.

34 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **?Cibercidadanía@ o ciudadanía.com?** Barcelona: Gedisa, 2004. p.101

35 Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_11.htm>. Acesso em: 14/03/2012.

consentimento dispendo em seu que o sujeito da pesquisa deve manifestar-se autorizando:

- 1 - o armazenamento de seu material;
- 2 - que a cada pesquisa deve haver novo consentimento;
- 3 - ter garantido o direito ao livre acesso aos resultados obtidos e às orientações quanto a suas implicações

Nos itens 6 e 7 da Resolução comentada consta adiscriminadamente quais os direitos do sujeito da pesquisa quanto a todo o material, conforme segue:

6. O consentimento livre e esclarecido referente à coleta, depósito, armazenamento, utilização e descarte de material biológico humano em Biorrepositório é formalizado por meio de TCLE específico para cada pesquisa, conforme preconizado nas resoluções do Conselho Nacional de Saúde (CNS).

7. A transferência do material biológico humano armazenado entre Biobancos ou Biorrepositórios, da própria ou de outra instituição, deve ser comunicada ao sujeito da pesquisa, sempre que possível ou, na impossibilidade, deve ser apresentada justificativa ao Sistema CEP/CONEP.

Importante, ainda, referir que a propriedade do material é do sujeito da pesquisa ficando a sua guarda e responsabilidade na Instituição que a realiza, conforme se vê:

8. O sujeito da pesquisa deve ser informado sobre a perda ou destruição de suas amostras biológicas, bem como sobre o encerramento do Biobanco ou do Biorrepositório, quando for o caso.

9. O material biológico humano armazenado em Biobanco ou Biorrepositório é do sujeito da pesquisa, permanecendo sua guarda sob a responsabilidade institucional.

I - O gerenciamento do material biológico humano armazenado em Biobanco cabe à instituição e no caso de Biorrepositório ao pesquisador responsável.

As novas tecnologias podem exercer um papel fundamental na democratização da pesquisa científica, não descurando da necessidade de proteção que o Estado está obrigado em matéria de dados pessoais.

Neste aspecto insta trabalhar com a ideia de um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como o é a dignidade da pessoa humana, implica antes salientar que na doutrina este princípio sofre algumas críticas, como, por exemplo, a de Alexy³⁶, para quem ele não é absoluto. No entanto, em que pese haver discussões doutrinárias, pelo foco do presente trabalho entende-se que é indiscutível o valor do princípio da dignidade da pessoa humana, posto que não admite questionamentos, portanto, absoluto.³⁷

A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da Constituição Brasileira (CF/88, art. 1º, III), sendo inerente ao próprio Estado Democrático de Direito, fazendo parte da sua estrutura.

Ao dispor sobre os princípios fundamentais na parte inaugural da Constituição Federal de 1988, o legislador Constituinte deixou de forma clara e inequívoca sua intenção de outorgar aos mesmos o caráter embaixador e informativo de toda a ordem constitucional, integrando o que pode se chamar de núcleo essencial da Constituição material³⁸. Não há um conceito preciso para a dignidade da pessoa humana, pois entre as diversas culturas e a cada momento histórico, esse princípio é compreendido e tratado de forma diferenciada.

Em sentido literal, princípio quer dizer a origem, o início, o começo de alguma coisa. É causa primária. Os princípios transmitem o núcleo do próprio ordenamento jurídico, dando unidade e coerência às normas jurídicas.

Ao estudar a questão J.J. Gomes Canotilho ensina que:

36 ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 105-109.

37 MENDES, Gilmar F. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 214-215.

38 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.113.

Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.³⁹ (grifou-se)

É perceptível e inegável a correspondência entre o princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais à vida, os direitos de liberdade (de pesquisa) e de igualdade, verificando-se assim uma vinculação entre os direitos e os princípios fundamentais⁴⁰. Porém não menos importante é a proteção dos dados dos pesquisados e o consentimento em sua utilização.

Seguindo na concepção e no alcance do princípio estudado, temos o que Ingo Sarlet propõe como conceituação jurídica para a dignidade da pessoa humana, ensinando que:

[...] por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁴¹

Ainda quanto à qualidade intrínseca do princípio da dignidade da pessoa humana o mesmo autor conclui que:

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite imposto pela dignidade da pessoa humana.⁴²

Emerge das ideias e das afirmações do autor que o princípio comentado é um elemento comum à matéria dos direitos fundamentais, de forma que todos eles o encontram como fonte primária, sendo vertentes do mesmo. No entanto o estudioso salienta que esse pressuposto deve ser encarado com certa ressalva, visto que há dúvidas a respeito da alegação que todas as posições jurídicas dos direitos fundamentais encontram embasamento no princípio da dignidade da pessoa humana, tendo a título explicativo os postulados dos incisos XVIII e XXI, XXV, XXVIII, XXIX, XXXI, XXXVIII do art. 5º, da mesma forma que os incisos XI, XXVI e XXIX do art. 7º, ambos da Constituição Federal.⁴³

No que toca à positivação do princípio da dignidade humana, tem-se que é relativamente recente, ressaltando-se uma ou outra exceção, somente após a Segunda Guerra Mundial que o valor fundamental da dignidade humana passou a ser expressamente reconhecido nas Constituições, de modo especial após ter sido consagrado pela Declaração Universal da ONU de 1948.

A dignidade da pessoa humana é fonte primária que apresenta as diretrizes do ordenamento jurídico dos Estados de Direito, representando vetor interpretativo e indicativo, e em se tratando do direito brasileiro, apresenta-se como um dos fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito, com o qual não há como dissociar-se a pesquisa em genética e a necessária proteção dos dados pessoais como valores intrínsecos àquele.

Nessa perspectiva é que se insere a necessidade de uma política de proteção de dados pessoais baseada no direito, na ética, na responsabilidade, com a proibição do excesso e com a vedação de que o Estado deixe de adotar medidas legais e normativas, a fim de assegurar a guarda dos bancos de dados e a autodeterminação informativa sob pena de responsabilidade civil extracontratual. Deve haver uma preocupação estatal no sentido de fazer germinar a percepção de que, como indivíduos e como sociedade – e principalmente diante das dimensões digitais agora existentes –, viver em um

39 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p.1165.

40 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p.110.

41 SARLET, Ingo Wolfgang. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62.

42 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 127.

43 SARLET, Ingo Wolfgang. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais**. p.112.

grupo social democraticamente organizado tomou outro sentido, e isto inclui, em primeira linha, ter a nítida noção do que efetivamente significa hoje divulgar informações.

Na mesma medida, é importante que haja uma proteção adequada dos dados pessoais em face de seus registros, distorções e manipulações. Esta é uma tarefa crucial na sociedade de informação, ainda que por demais negligenciada em alguns países, dentre eles o Brasil, por não contar com qualquer regulação específica na matéria.

A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA EM MATÉRIA DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

No campo do Direito, o que se extrai do sistema jurídico brasileiro, contrariamente à opção legislativa da Europa, por exemplo, é uma estrutura normativa complexa e não unitária de proteção aos dados pessoais⁴⁴, que apresenta diversos institutos esparsos inseridos tanto na Carta Política quanto em disposições setoriais. Saliente-se, ainda, que tal direito não consta como autônomo no rol dos direitos fundamentais constantes do artigo 5º da Constituição Federal, sendo por tal motivo uma decorrência dos direitos à intimidade e privacidade.

O dado positivo é que não se pode afirmar que ordenamento brasileiro esteja completamente à margem de todas estas nuances que a sociedade de informação e de massas invoca.

Promulgada em 1988, a Constituição Federal brasileira apresentou técnica apurada e inovou no cenário internacional, ao reconhecer diversos direitos e garantias fundamentais. Em seu corpo normativo, aborda tanto a proteção dos direitos referentes ao cidadão como aqueles concernentes ao próprio Estado. Assim, o seu artigo 1.º, III, ao reconhecer o princípio da dignidade humana, protege de imediato todos os direitos da personalidade, além de positivizar garantias como a do direito à liberdade de expressão (artigo 5º, inc. IX) e do direito à informação (artigo 5º, inc. XV), a inviolabilidade da vida privada e da intimidade (artigo 5º, inc. X), a proibição da invasão de domicílio (artigo 5º, inc. XI) e violação de correspondência (artigo 5º, inc. XII), dentre outros.⁴⁵

No plano infraconstitucional existem algumas disposições setoriais de natureza comercial e tributária, como o sigilo dos agentes do fisco (artigo 198 do CTN)⁴⁶, além das Leis 9.296/1996 e 10.217/2001, que tratam da interceptação telefônica e da gravação ambiental. Há, ainda, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), que talvez traga um dos mais diferenciados tratamentos da matéria de bancos de dados nas relações de consumo, bem como a LC 105/2001, que permite às autoridades administrativas a quebra do sigilo bancário.⁴⁷ O mais recente dispositivo está no Decreto nº 6523/08 que, ao fixar normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC), dispôs que os dados dos consumidores serão preservados, mantidos em sigilo e utilizados exclusivamente para os fins do atendimento.

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais ao longo de todo corpo normativo nacional se relaciona com o dever de regulação no que toca à proteção de dados pessoais e à própria instituição de autoridade administrativa independente. É fruto de uma atuação estatal dilatada⁴⁸ já presente no Brasil, somente que em outros setores, como, por exemplo, a Agência Nacional do Petróleo (ANP), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Em que pese a realidade brasileira na matéria não estar avançada em proteção de dados pessoais, há de se salientar que, relativamente à Internet e ao uso de novas tecnologias a discussão, tem se intensificado no sentido de garantir uma proteção da intimidade/privacidade, que se torna a cada dia mais vulnerável frente aos avanços da ciência e da tecnologia. Importante salientar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2126/2011, que tem como objetivo regulamentar o uso

44 DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. p. 323.

45 DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. p. 323.

46 "Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades."

47 LIMBERGER, Têmis. **Proteção dos dados pessoais e o comércio eletrônico: os desafios do século XXI**. RDC 67. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2008, p. 215-242.

48 DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. p. 397.

da Internet e dentre algumas previsões importantes consta do artigo 3º, inciso III, como um dos fundamentos da norma à proteção de dados pessoais "na forma da lei", pressupondo a existência de uma lei específica para esta matéria, razão pela qual aqueles só estarão efetivamente resguardados por ocasião do advento da legislação específica.

Ainda, referente à matéria, o Projeto de Lei nº 55 do Senado que tramita em conjunto com o da Câmara nº 85/2009 trata da proteção de dados pessoais relativa às relações de consumo, em cuja Ementa deste último consta expressamente a explicação:

Disciplina a atuação dos bancos de dados de proteção ao crédito e de relações comerciais - salvo os mantidos por pessoas jurídicas de direito público interno - bem como sua relação com os cadastrados, fontes de informações e consulentes, sem prejuízo do disposto no Código de Defesa do Consumidor. Regula a coleta, a inclusão e o compartilhamento de informações. Estabelece a forma de manutenção e uso de informações. Disciplina os direitos do cadastrado de acesso, de impugnação e de retificação das informações. Regula a análise de dados e informações pelo banco de dados e defesa da concorrência. Estabelece as responsabilidades e penalidades. Dispõe acerca da prescrição do direito de ação em cinco anos e do foro competente, sendo o do domicílio do cadastrado pessoa natural e o do endereço comercial da pessoa jurídica diretamente afetada ou o da sua sede principal. Estabelece que o uso de informação para finalidades não previstas na Lei sem autorização judicial configura crime de quebra de sigilo bancário, nos termos da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe que a Lei entra em vigor 60 dias após a data de sua publicação oficial.⁴⁹

De maior importância para a matéria tem-se neste momento a promulgação da Lei de Acesso à Informação de nº 12.527/11 com entrada em vigor no mês de maio de 2012. Esse texto normativo já demonstra um avanço no tema, pois trata do direito fundamental dos cidadão de obterem do Poder Público as informações que entenderem pertinentes.

Sem adentrar no comentário da nova legislação, já que este não é o foco do presente estudo, cabe salientar que a mesma se apresenta como um grande marco normativo na medida o preâmbulo prevê que a mesma: "Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências".

O âmbito de aplicação da lei se restringe à Administração Pública em todas as esferas de governo e seu teor passa pela definição de conceitos como "informações pessoais", bem como aborda a autodeterminação informativo.

Ainda, ao definir o grau de sigilo das informações, o artigo 23 prevê expressamente:

Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;

II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;

III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;

IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;

V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas;

VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;

VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou

VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

49 Disponível em: <[HTTP://senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=91221](http://senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=91221)>. Acesso em: 12/03/2012.

Desta previsão poder-se-ia inferir que a pesquisa genética se insere no âmbito de aplicação da nova norma.

Especificamente no campo da pesquisa genética, o Conselho Nacional de Ética e pesquisa (CONEPE) publicou a **RESOLUÇÃO Nº 340, DE 08 DE JULHO DE 2004**.

Denota-se que até bem pouco tempo, no Brasil, a preocupação central esteve voltada para as relações de consumo⁵⁰ ou ainda para a esfera penal⁵¹. Afortunadamente, seja por fatos reais que causaram constrangimento ao Poder Público⁵², seja por necessidade de regulamentar a Constituição Federal.

Em que pese o cenário nacional estar avançando na matéria, ainda permanece a necessidade urgente de uma lei geral que trate da proteção de dados pessoais, bancos de dados, dados sensíveis, etc., aplicável a todos os setores da sociedade, bem assim que se crie uma autoridade reguladora que possa ser a base para estruturação dos novos corpos normativos deve.

Não obstante a isto, a implementação de uma entidade reguladora em matéria de proteção de dados pessoais deve superar um inicial estranhamento à ideia de limitação à liberdade de expressão e da pesquisa científica, dado que merece detida consideração por parte do ordenamento jurídico pátrio, por se tratarem todos de direitos fundamentais. Mas independentemente do perfil que assumam⁵³, sua existência possibilitaria cobrir as lacunas que o controle individual apresenta, firmando-se com efetiva garantia institucional.⁵⁴

De nada adiantará, um resgate doutrinário e legislativo do qual não possam ser extraídos elementos que contribuam à necessidade brasileira de equilibrar interesses polarizados, mas que dialogam constantemente: de um lado, a proteção do indivíduo e de seus direitos fundamentais e, do outro, o estabelecimento de "um patamar de licitude para que os vários serviços que fazem uso de dados pessoais possam operar com maior eficácia"^{55 56}, já que muitos valores são merecedores de guarida em nosso ordenamento jurídico - com especial assento aos direitos à liberdade de expressão, de pesquisa e de informação.⁵⁷

50 Lei nº 12.414 – Cria o Cadastro Positivo.

51 Lei nº 9.296/96 – Lei da Telemática.

52 Trata-se do vazamento de dados pessoais do Banco de Dados relativos ao ENEM, ou episódios de quebra de sigilo fiscal de familiares de políticos.

53 "Das configurações possíveis para este órgão", afirma Danilo Doneda, "são identificadas a princípio algumas opções possíveis: uma é a de um órgão funcionalmente independente da estrutura estatal, de perfil que genericamente associamos a uma agência; outra, a atribuição destas responsabilidades ao próprio Ministério Público; outra ainda é uma estrutura diretamente ligada ao poder executivo". (DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. p. 401).

54 DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. p. 400.

55 DONEDA, Danilo. Risco e informação pessoais: o princípio da finalidade e a proteção de dados no ordenamento jurídico brasileiro. In: **Revista brasileira de risco e seguro**. v. 5, n. 10, p. 85-102, out/mar, 2010.

56 ADI 1790 MC / DF. Assim consta na ementa: "A convivência entre a proteção da privacidade e os chamados arquivos de consumo, mantidos pelo próprio fornecedor de crédito ou integrados em bancos de dados, tornou-se um imperativo da economia da sociedade de massas: de viabilizá-la cuidou o CDC, segundo o molde das legislações mais avançadas: ao sistema instituído pelo Código de Defesa do Consumidor para prevenir ou reprimir abusos dos arquivos de consumo, não de submeter-se as informações sobre os protestos lavrados, uma vez obtidas na forma prevista no edito impugnado e integradas aos bancos de dados das entidades credenciadas à certidão diária de que se cuida: é o bastante a tornar duvidosa a densidade jurídica do apelo da arguição à garantia da privacidade, que há de harmonizar-se à existência de bancos de dados pessoais, cuja realidade a própria Constituição reconhece (art. 5º, LXXII, in fine) e entre os quais os arquivos de consumo são um dado inextirpável da economia fundada nas relações massificadas de crédito." Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347269>. Acesso em: 08 de setembro de 2010.

57 No tocante a estas duas garantias, é cabível frisar que o constitucionalismo brasileiro, ao longo do seu desenvolvimento histórico-legislativo, procurou evitar a identificação da liberdade de expressão como forma derivada da liberdade de pensamento, esculpindo-o expressamente no artigo 5º, inc. IV e 220 de nossa Constituição Federal. O motivo de tal separação, na visão de José Afonso da Silva, tem origem no regime constitucional passado, já que o artigo 153, §8, da Constituição Federal de 1969, ao tratar da liberdade de pensamento, dispunha ser "vedada publicações e exteriorizações contra a moral e aos bons costumes". Assim, mesmo que a Constituição de 1988 tenha suprimido tal possibili-

Estas inovações, em que pese positivas, não constituem uma resposta suficiente para enfrentar problemas de proporções globais. Ainda assim, restam indagações pendentes, no plano dogmático, que precedem a todos estes apontamentos: já estariam os dados pessoais igualmente tutelados a partir do complexo normativo apresentado pelo legislador brasileiro? A mera derivação do direito à proteção de dados pessoais do direito à privacidade, e não como direito fundamental autonomamente reconhecido, não arriscaria simplificar os fundamentos de tutela deste novo direito, o que implicaria a diminuição do seu alcance de proteção?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do quadro sinteticamente descrito no presente artigo é que se afirma a necessidade de pensar em uma regulação para a sociedade marcada pela vigilância. E isto não implica apenas a adoção de dispositivos legais que protejam dados e informações, senão todo e qualquer instrumento ou técnica que apresente um *efeito* regulatório. Paradoxalmente, a adoção de medidas desta natureza implicará, por vezes, a convivência de algumas formas positivas de vigilância virtual, norteadas por garantias e princípios que digam respeito à tutela das informações transferidas no espaço material e imaterial da sociedade.⁵⁸

Frente a isto e ciente dos diversos valores com os quais um marco normativo acerca do tema invariavelmente dialoga – dignidade, autodeterminação, consentimento informado, segurança, inclusão social, discriminação, etc. –, duas conclusões iniciais já podem ser extraídas: a) a regulação informacional não deve adotar, exclusivamente, o direito à intimidade como peça irradiante de todo seu sistema protetivo, pois nele não se esgotam os conflitos que envolvem controle e acesso de informações e b) a construção de um corpo legislativo deve contar com apoio técnico acerca das tecnologias de informação e comunicação existentes, mas sem a elas restringir-se, sob pena de limitar sua aplicação a determinado momento de evolução tecnológica.

Para estudos que se assentam em temas como a bioética, a identificação dos problemas de má-regulação por parte do Estado resulta em danos decorrentes da falta de políticas públicas no plano da proteção de dados pessoais, no entanto são imperceptíveis em um primeiro momento, da mesma forma como ocorre na percepção tardia de efeitos colaterais advindos de algumas das novas tecnologias.

Naturalmente, e em face de todas as facilidades que a rápida transferência de informações propicia ao cenário social vigente, as desvantagens da implementação de uma normativa continuam situadas na periferia da consciência coletiva. Por esta invisibilidade é que o cientista político despande dobrado esforço na efetiva delimitação dos problemas atrelados ao campo da telemática, já que suas evidências não se manifestam em um grau de intensidade que dê a mesma legitimidade, por exemplo, à luta contra danos ambientais ou marginalização social.⁵⁹

A proteção de dados pessoais deve ser reconhecida como garantia de caráter instrumental, derivada da tutela da privacidade, mas sem nela limitar-se, fazendo referência a todo leque de

dade, uma abordagem dualista das duas figuras teria por objetivo evitar o resgate de restrições desta natureza à expressão artística e cultural. Justamente por isso o autor afirma que uma obra de arte nunca poderá ser obscena ou, ao contrário, o que é obsceno nunca será arte. Neste cenário, impõe-se perguntar, no entanto, a quem é atribuído este papel de decidir sobre uma eventual obscenidade na expressão cultural, o que nos remeteria, implicitamente, à discussão acerca da admissão ou não da censura no cenário brasileiro. Se por um lado está associada ao direito de informação acerca de fatos, dados e qualidades objetivamente apuradas – também garantido em nosso regime constitucional –, por outro a liberdade de expressão representa um verdadeiro dever de abstenção do Estado e particulares quanto à faculdade de emitir julgamento e criar artisticamente, cujo perímetro de proteção pode ser o mais amplo possível – como no caso das artes plásticas, musicais e literárias – ou sujeito à regulamentação, como ocorre com diversões e espetáculos públicos (SILVA, José Afonso. Liberdade de expressão cultural. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 163-175).

58 Information Commissioner: **A Report on the Surveillance Society**. September. Disponível em: <http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/data_protection/practical_application/surveillance_society_full_report_2006.pdf>. Acesso em: 18.05.2010.

59 BENNETT, Colin J. **Regulating privacy**: data protection and public policy in Europe and the United States. p. 13-23.

garantias fundamentais que se encontram na constelação jurídico-constitucional brasileira. Com efeito, merece também revisão a figura do consentimento, no sentido de torná-la condizente à realidade de uma sociedade informacional para que, ao final, seja possível implementar um sistema de regulação informacional que não apresente, de forma exclusiva, a tutela à vida privada como peça irradiante de todo seu sistema protetivo, pois nela não se esgotam os conflitos que envolvem controle e acesso de informações pessoais.

REFERÊNCIAS

BENNETT, Colin J. **Regulating privacy: data protection and public policy in Europe and the United States**. New York: Cornell University Press, 1992.

BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. **The right to privacy**. Disponível em: <www.lawrence.edu/fast/boardmaw/privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 16 de julho de 2008.

CLOTET, Joaquim. **Bioética, uma aproximação**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

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

_____. Risco e informação pessoais: o princípio da finalidade e a proteção de dados no ordenamento jurídico brasileiro. In: **Revista brasileira de risco e seguro**. v. 5, n. 10, out/mar, 2010.

_____; KANASHIRO, Marta. A transformação da identificação e a construção de bancos de dados: o caso do documento único no Brasil. In: BRUNO, Fernanda; KANASHIRO, Marta; FIRMINO, Rodrigo (Orgs.). **Vigilância e visibilidade: espaço, tecnologia e identificação**. Porto Alegre: Sulinas, 2010.

FROSINI, Vittorio. Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **Banche dati telematica e diritti della persona, QDC**. Padova: Cedam, 1984.

FROSINI, Vittorio. **Cibernética, Derecho y Sociedad**, Madrid: Tecnos, 1982.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética & Direito da Personalidade**. Curitiba: Juruá, 2008.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática: o desafio da proteção dos direitos pessoais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Proteção dos dados pessoais e o comércio eletrônico: os desafios do século XXI**. RDC 67. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2008.

LYON, David. Surveillance as social sorting – Computer codes and mobile bodies. In: LYON, David (org.). **Surveillance as social sorting: privacy, risk and digital discrimination**. New York: Routledge, 2003.

NORA, Simon; MINC, Alain. **Informe Nora-Minc - La informatización de la sociedad**. Madrid: [S.n.], 1982. p. 18. (Colección Popular).

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos: Estado de derecho y Constitución**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

_____. **? Cibercidadanía@ o ciudadanía.com?** Barcelona: Gedisa, 2004.

POUDRIER, Jennifer. "Racial" categories and health risks> epidemiological surveillance among Canadian First Nations. In: LYON, David (Org.). **Surveillance as social sorting: privacy, risk and digital discrimination**. New York: Routledge, 2003.

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

ROUVROY, Antoinette; POULLET, Yves. The right to informational self-determination and the value of self-development: reassessing the importance of privacy and democracy. In: GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves, et al. (Org.). **Reinventing data protection?** Bruxelas: Springer, 2009.

RUARO, Regina L. LIMBERGER, Temis. Administração Pública e Novas Tecnologias: o embate entre o público e o privado – análise da resolução 121 do CNJ. In: **REVISTA NOVOS ESTUDOS JURÍDICOS – UNIVALI**. Itajaí:2011. v. 16, n. 2 pág. 128-131.

RUARO, R. L.. Responsabilidade Civil do Estado por Dano Moral em caso de Má Utilização de Dados Pessoais. **Páginas de Direito**, v. abril, p. 7942, 2011.

RUARO, Regina L. RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. Nada a esconder? O direito à proteção de dados frente a medidas de segurança pública e intervenção estatal. In: **Revista Âmbito Jurídico. Virtual**. Porto Alegre: 2011 nº 05/2011.

RUARO, R. L. ; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro . O direito à proteção de dados pessoais: uma leitura do sistema europeu e a necessária tutela dos dados sensíveis como paradigma para. **Direitos fundamentais & justiça**, v. 4, p. 163-180, 2010.

RUARO, R. L.; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro . O Direito à proteção de Dados Pessoais na Sociedade da Informação. **Direito, Estado e Sociedade** (Impresso), v. 36, p. 178-199, 2010.

SCHAAR, Peter. **Das Ende der Privatsphäre: der Weg in die Überwachungsgesellschaft**. München: C. Bertelsmann, 2007.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005.

SILVA, José Afonso. Liberdade de expressão cultural. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.