

DANIEL PIÑEIRO RODRIGUEZ

**O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS:
AS TRANSFORMAÇÕES DA PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DE VIGILÂNCIA
E A DECORRENTE NECESSIDADE DE REGULAÇÃO**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito final para obtenção do título de Mestre em Direito, no Programa de Pós- Graduação em Direito, realizado na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.

Orientadora: Regina Linden Ruaro

PORTO ALEGRE
2010

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

R696d Rodriguez, Daniel Piñeiro

O direito fundamental à proteção de dados pessoais: as transformações da privacidade na sociedade de vigilância e a decorrente necessidade de regulação / Daniel Piñeiro Rodriguez. – Porto Alegre, 2010.

153 f.

Diss. (Mestrado) – Faculdade Direito, Pós - Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Regina Linden Ruaro.

1. Direito à Privacidade. 2. Segurança de Dados Pessoais (Direito). 3. Habeas Data. 4. Proteção (Direito). I. Ruaro, Regina Linden. II. Título.

CDD 342.115

Bibliotecária Responsável

Ginamara Lima Jacques Pinto

CRB 10/1204

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar, em um primeiro momento, as transformações que a instauração de uma sociedade de vigilância acarretam às dimensões culturais e delimitações dogmáticas do direito à privacidade, o que, já na segunda metade do século XX, dá ensejo ao surgimento de um novo direito à proteção de dados pessoais. A partir de uma virada qualitativa, discute-se, em especial no contexto europeu, o seu desenvolvimento histórico e legislativo, tomando em conta, fundamentalmente, as recentes diretivas da União Européia, a jurisprudência internacional atinente ao tema e a decorrente abordagem constitucional que lhe é dada a partir da Carta Europeia de Direitos Fundamentais. A partir desta análise, passa-se à investigação dos principais modelos regulatórios possíveis e descritos pela literatura científica, no intuito de, ao final, identificar quais as lacunas mais relevantes que a instituição do Habeas Data, ao lado de outras disposições setoriais, ocasiona à tutela dos dados pessoais no cenário brasileiro.

Palavras-chave: Direito à privacidade – sociedade de vigilância – proteção de dados pessoais – regulação – Habeas Data

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 A SOCIEDADE DE VIGILÂNCIA E OS NOVOS CONTORNOS DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE.....	14
1.1 PANOPTISMO NO SÉCULO XXI.....	17
1.2 O QUE HÁ DE ERRADO COM UMA SOCIEDADE DE VIGILÂNCIA?.....	20
1.3 TRAÇOS DE VIGILÂNCIA: SOCIEDADE DE CLASSIFICAÇÃO E AVALIAÇÃO DE RISCOS.....	23
1.3.1 Discriminação digital.....	27
1.3.2 A transformação do consentimento.....	33
1.4 O DIREITO À PRIVACIDADE: DIMENSÕES CULTURAIS E CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA.....	36
1.4.1 A construção e evolução dogmática do direito à privacidade.....	41
1.4.2 Distinções entre Intimidade e Vida Privada: A Teoria das Esferas e o caso Elfes.....	45
1.4.3 Âmbito de proteção do direito à privacidade.....	50
1.5 O SURGIMENTO DE UM NOVO DIREITO – A VIRADA QUALITATIVA NA ABORDAGEM DA PRIVACIDADE.....	54
2 O SISTEMA EUROPEU DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS.....	56
2.1 O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA NO CONTEXTO ALEMÃO E A SENTENÇA DA LEI DO CENSO (VOLKSZÄHLUNGSURTEIL).....	58
2.1.1 Danos por má-utilização de dados pessoais na experiência legislativa alemã.....	62
2.1.1.1 Danos materiais.....	62
2.1.1.2 Danos imateriais.....	64
2.1.1.3 Prevenção e ganho de lucros como critérios de avaliação.....	66
2.2 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO SISTEMA EUROPEU.....	70

2.2.1 Nada a esconder? A Diretiva 2006/24/CE e o entrincheiramento da esfera privada.....	75
2.2.2 A tutela especial dos dados sensíveis.....	81
2.3 A TUTELA OFERECIDA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO ESPANHOL.....	84
2.4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO MATERIAL DA PROTEÇÃO DE DADOS.....	91
2.4.1 O direito na visão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (Estrasburgo).....	95
2.4.2 O direito na visão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Luxemburgo).....	99
2.5 FRONTEIRAS INEXISTENTES? OS DESAFIOS À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO TERRITÓRIO INFORMACIONAL.....	101
3 REGULAÇÃO E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: DESAFIOS E POSSIBILIDADES.....	103
3.1 CONVERGÊNCIA DE ATUAÇÃO POLÍTICA E PRINCÍPIOS BÁSICOS DE REGULAÇÃO.....	106
3.1.1 Limitação de coleta.....	108
3.1.2 Qualidade dos dados.....	109
3.1.3 Finalidade.....	110
3.1.4 Segurança.....	111
3.2 MODELOS REGULATÓRIOS E O PAPEL DAS AUTORIDADES REGULADORAS FRENTE À DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	114
3.2.1 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais.....	119
3.3 INSUFICIÊNCIAS DA REGULAÇÃO SETORIAL NO DIREITO BRASILEIRO.....	123
3.3.1 Abandonando a simbologia do Habeas Data e antigos paradigmas de consentimento.....	128

CONCLUSÃO.....138

REFERÊNCIAS.....141

INTRODUÇÃO

O estreitamento das margens que separam o espaço público da vida privada tem sido alvo de constantes debates, tanto no que diz com seus elementos predisponentes, como no que toca aos reflexos dele decorrentes. O crescente desenvolvimento tecnológico, as tensões existentes entre diferentes interesses econômicos e políticos, a constante necessidade de controle estatal sobre as relações particulares e, fundamentalmente, um gradual desapego à proteção da própria esfera privada são alguns dos fatores que constituem esta delicada cadeia que transforma a percepção social de determinadas garantias fundamentais em óbice à efetivação de outras de igual importância ou aos interesses de ordem comercial. O resultado é o surgimento de uma *comunidade de observadores* que tem a árdua tarefa de, contraditoriamente, *governar as divergências existentes entre o fortalecimento das tutelas institucionais e pretensões de não as levar em consideração*.¹

Para além da simples identificação de um fenômeno que se desenvolve em todos os campos da sociedade, faz-se necessário perceber as dimensões que toma uma ampla aceitação à vigilância desenvolvida em plena era da informação, em que átomos transformam-se em *bytes* e tecnologias móveis não podem ser percebidas pela maioria populacional. A expansão substancial desta nova dinâmica é o que estabelece hoje as fronteiras do habitável pelo ser humano, desafiando a ciência jurídica a delimitar sua real capacidade de interação com peças e matizes antes desconhecidos. A confluência desses fatores, atrelada à percepção das adversidades que encontra a proteção do espaço íntimo, deu azo a quatro décadas de desenvolvimento dogmático daquilo que se denomina direito à proteção de dados pessoais – que tem intentado, nos últimos anos e com relativo êxito, tocar as margens do continente latino-americano.

¹ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 243.

No entanto, e em virtude de seus desdobramentos históricos, o ordenamento jurídico brasileiro não foi capaz de firmar uma tradição no âmbito de proteção de dados. Apesar de ter sido a Constituição Federal de 1988 a primeira lei fundamental a dispor sobre a matéria na América Latina, criando o instrumento constitucional denominado Habeas Data, dele não surgiram resultados que ultrapassassem as peculiaridades da época em que foi instituído. Fruto do seu tempo, suas garantias partem de uma visão simplista dos conflitos existentes no contexto informacional, reduzindo sua área de atuação à possibilidade de acesso, correção e supressão de informações pessoais. Contudo, como se pretende demonstrar no decorrer do estudo, uma abordagem tal não é suficiente à tutela dos direitos fundamentais que, nesse campo, podem ser atingidos.

O objetivo do presente estudo consiste, pois, em analisar de que forma o desenvolvimento teórico do direito à proteção de dados pessoais, no contexto europeu, pode contribuir como paradigma à sua efetiva tutela no cenário brasileiro, identificando as possibilidades de estabelecer uma relação entre ela e as garantias fundamentais hoje existentes na Constituição Federal de 1988. Para tanto, faz-se necessária uma investigação acerca das transformações havidas no âmbito do direito à privacidade face aos novos contornos de uma assim denominada sociedade de vigilância, cujo marco teórico está assentado, fundamentalmente, nos apontamentos traçados por David Lyon, Stefano Rodotà e Peter Schaar. Posteriormente, parte-se à análise da evolução dogmática ocorrida no plano internacional, tendo por base autores como José Luis Piñar Mañas, Danilo Doneda e Benedikt Buchner, o que conduz, ao final, à percepção dos diferentes modelos de regulação, expostos principalmente por Colin J. Bennett, permitindo identificar os principais elementos que dão causa ao *déficit* de proteção em nosso quadro normativo.

O presente trabalho lança uso do método dedutivo, pois figura como premissa maior o sistema europeu que trata do tema, por ser ele o modelo

paradigma eleito ao estudo. Acessoriamente, utiliza-se na pesquisa o método dialético, uma vez que o objeto de investigação merece constante debate, tornando-se necessário o confronto de opiniões e correntes doutrinárias, bem como o manancial de decisões produzido pela jurisprudência nacional e estrangeira, tudo para que o tema seja amplamente analisado, em todos os seus aspectos.

Para atingir os objetivos a que se propõe, a dissertação ordena-se em três capítulos.

No primeiro deles, é feita uma análise do que vem a ser a sociedade de vigilância, quais seus elementos fundamentais e implicações sociais e jurídicas. A partir de uma visão transdisciplinar, é investigada sua relação com diversos fenômenos contemporâneos descritos pela doutrina e registrados em relatórios internacionais, tais como a importância da “avaliação de riscos”, a reconfiguração do consentimento na era da informação, a relação existente entre vigilância, exclusão social e discriminação, tudo sem descuidar dos contornos culturais e jurídicos que envolvem o direito à privacidade.

Em um segundo capítulo, estuda-se o surgimento da dogmática jurídico-constitucional no campo do direito à proteção de dados pessoais, analisando seu surgimento histórico-legislativo e a sua re-estruturação com os desenvolvimentos tecnológicos das últimas décadas. Paralelamente, lança-se mão de outras pesquisas de campo acerca do tema, com o escopo de melhor identificar o ambiente em que são desenvolvidas as premissas e diretrizes desta nova figura jurídica.

Por fim, em um último capítulo, propõe-se um estudo acerca das diferentes formas de regulação possíveis em matéria de proteção de dados, quais seus princípios norteadores e instrumentos comumente aventados, relacionando a figura das autoridades reguladoras à dimensão objetiva dos direitos fundamentais,

com o escopo de, por fim, transportar ao cenário brasileiro os principais aspectos positivos das experiências legislativas bem-sucedidas.

Buscando responder tais questionamentos, mas sem, contudo, pretender esgotar a matéria, é que se propõe travar um debate acerca da importância dos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade, bem como acerca da real necessidade de inserir em seu perímetro – ou, ao revés, extrapolá-lo – uma noção de dados pessoais.

CONCLUSÃO

Ao final da investigação proposta, algumas conclusões podem ser formuladas acerca dos novos contornos que o direito à privacidade toma na sociedade de vigilância, o que traz, por sua vez, substratos à análise da disciplina que o direito à proteção de dados pessoais abarca. Ditas conclusões objetivam dar continuidade ao debate que se trava no âmbito do presente tema, no esforço de abordar algumas das principais questões conexas à dinamicidade do contexto automatizado, vale dizer, desta nova territorialidade informacional. São elas:

1. Uma sociedade de vigilância – entendida como aquela em que o tratamento de dados pessoais possibilita o exercício de determinado controle ou poder – faz emergir um enfraquecimento da coesão social, permitindo, também, a implementação de sistemas informatizados de discriminação e classificação de massas. A alteração deste fenômeno só pode efetivar-se com o questionamento da lógica nele impressa, para então promover uma habitação democrática e anti-discriminatória do espaço virtual, contaminando-o com um cunho social de forma a projetar novas instituições de liberdade e igualdade, o que permitirá, também neste ambiente, a garantia dos direitos fundamentais.

2. A análise do direito fundamental à privacidade, cuja origem remonta ao século XIX e às transformações havidas no cenário norte-americano, não pode ocorrer de forma a ignorar suas dimensões culturais, sob pena de delimitá-lo erroneamente a determinadas tradições sociais, sem retirar-lhe, contudo, as vestes da universalidade. Desse modo, a identificação de seu conteúdo aparenta oscilar de acordo com as variadas concepções de interação, liberdade e intimidade que existem em determinadas sociedades, e, no contexto jurídico brasileiro, as diferentes contribuições teóricas fornecidas tanto pela Teoria das Esferas quanto pela Teoria do Mosaico auxiliaram a jurisprudência e a doutrina na sua construção dogmática. O Superior Tribunal de Justiça, à guisa de exemplo e

manifestando-se sobre o assunto no Resp. nº 595.600/SC , ressalta o papel do indivíduo, a partir do consentimento, na exata delimitação do seu espaço privado.

3. A evolução das novas tecnologias e a impossibilidade de renúncia a uma infra-estrutura social informativa, já na segunda metade do século XX, põem em dúvida a pertinência de reduzir a discussão jurídica às tradicionais fronteiras da privacidade, cuja predileção por instrumentos de tutela exclusivamente individuais ainda se fazia presente. Disso decorre o surgimento gradual de um direito à autodeterminação informativa ou à proteção de dados pessoais, definido como a capacidade dos indivíduos decidirem por si próprios quando e dentro de quais limites seus dados pessoais podem ser utilizados. Ao desenvolver-se pela Europa a partir de sua inserção em diversos documentos internacionais e Diretivas, o artigo 8º do Convênio Europeu para Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, pactuado em Roma, no ano de 1950, firma-se como um dos mais importantes elementos de tutela e, mais recentemente, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que reconheceu, no ano de 2000, a figura como direito fundamental.

4. Em que pese abordado de maneira aparentemente autônoma na Carta Europeia e nas Diretivas relativas ao tema, o direito à proteção de dados pessoais segue sendo associado, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, à privacidade, como se percebe da análise de seus precedentes. No entendimento da Corte, a informação deve ser considerada privada para inserir-se no âmbito de proteção do artigo 8º do Convênio. No mesmo sentido posiciona-se o Tribunal de Justiça da União Europeia, que, até o momento, não menciona o status constitucional do direito, mantendo, em última análise, um foco quase absoluto na sua vinculação estrita à vida privada.

5. O surgimento de um marco normativo regulatório no campo informacional conduz à adoção de um corpo principiológico relativamente uniforme, cuja presença se dá em praticamente todos os regimes que entendem

como necessária a tutela dos dados pessoais. Representando uma construção dogmática exitosa, são estabelecidos, dentre outros, os princípios de limitação da coleta, qualidade dos dados, finalidade e segurança. As normas que os incorporam convergem como políticas públicas no plano temporal, mas também divergem quanto à eleição de métodos e instrumentos reguladores.

6. A necessidade de uma autoridade reguladora independente, afirmada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e amplamente reconhecida em documentos internacionais, vincula-se à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o que permite cobrir as lacunas que o controle individual causa e firma-se com efetiva garantia institucional.

7. No Brasil, em que pese a inexistência de uma legislação específica sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal salienta que a convivência entre proteção de dados e a manutenção dos arquivos de consumo é fundamental frente à necessidade de garantir outros direitos de assento constitucional, como são exemplos os direitos de liberdade de expressão e de informação.

8. O Poder Constituinte brasileiro, ao instituir a figura do Habeas Data em seu ordenamento jurídico, erroneamente presumiu que os interesses envolvendo a tutela dos dados pessoais poderiam ser solucionados ao garantir o seu acesso e a possibilidade de retificação, o que não se coaduna com os problemas enfrentados após a superação do cenário político que dava margem a tais contornos. Dentre os principais problemas apresentados pelo remédio constitucional está o fato de mostrar-se como medida exclusivamente remedial, *post facto* e sem um efetivo cunho preventivo de danos aos direitos de personalidade do sujeito titular, pressupondo, ainda, uma utópica inclinação participativa dos indivíduos no controle de fluxos que, não raro, são invisíveis à maioria populacional.

9. 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 garantias fundamentais que se encontram na constelação jurídica-constitucional brasileira. Com efeito, merece também revisão a figura do consentimento, no sentido de torná-la condizente à realidade de uma sociedade de informação 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.