

O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA: A (DES)NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM NOVO DIREITO FUNDAMENTAL PARA A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL

Fernanda Graebin Mendonça¹

RESUMO: A sociedade da informação atual vê-se diante de um paradoxo: ao mesmo tempo em que o grande fluxo de informações pode ser acessado de forma democrática pelos usuários das novas tecnologias de informação e comunicação, essa facilitação do acesso também acaba por gerar uma maior exposição dos seus dados pessoais. Deste modo, o direito à privacidade, garantido pelas constituições de muitos países, tem sido constantemente violado através das plataformas tecnológicas, principalmente no que tange às informações pessoais dos indivíduos. A partir disso, o direito à autodeterminação informativa surge como um desmembramento do direito à privacidade, com o escopo de tutelar de forma mais efetiva o conjunto de dados considerados pessoais dos cidadãos, garantindo-lhes o controle eles. Portanto, pretende-se verificar se o direito à autodeterminação informativa, como um novo direito fundamental, se mostra útil para melhor proteger as informações pessoais. Para realizar a pesquisa, utilizou-se o método dialético de abordagem, bem como, para o procedimento, optou-se pelo método histórico e pelo comparativo. Ao final da pesquisa, concluiu-se que a alçada do direito à autodeterminação informativa ao *status* de direito fundamental no Brasil se mostra um passo necessário rumo à um tutela eficiente dos dados pessoais dos cidadãos, em comparação à amplitude e à ineficiência do direito à privacidade frente às novas violações que vem ocorrendo.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade da informação; Direito à privacidade; Autodeterminação informativa.

ABSTRACT: Today's informational society is facing a paradox: at the same time that the huge flow of information can be accessed in a democratic manner by users of the new information and communication technologies, this facilitating access also ends up causing a greater explosion of their personal data. Thus, the privacy rights, guaranteed by the constitutions of many countries, have been frequently violated through technologic platforms, specially in regard to the personal information of individuals. From this, the informational self-determination right arises as a dismemberment of the privacy rights, with the scope to protect more effectively the personal dataset of citizens, granting the control over it. Therefore, it's intended to verify if the right to informational self-determination, as a new fundamental right, proves to be useful to better protect personal information. To conduct the survey, it was used the dialectical method of approach, and for the procedure, it was opted for the historical method and the comparative one. At the end, it was concluded that the scope of the right of informational self-determination to the *status* of a fundamental right shows itself as a necessary step towards an efficient protection of citizen's personal data, compared to the breadth and inefficiency of privacy rights forward to the new violations that has occurred.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Advogada. E-mail: fernandagmendonca@gmail.com.

KEYWORDS: Informational society; Privacy rights; Informational self-determination.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade de hoje é resultado de uma revolução gerada pela informação, razão pela qual ela é comumente chamada “sociedade da informação”. O grande fluxo informacional que circula rapidamente de um lado a outro do planeta por meio das novas ferramentas de tecnologia e de comunicação mostra que a informação é um orientadora e permeadora das relações, fortalecendo-as (por um lado) e permitindo o surgimento de novas a partir da derrubada das barreiras físicas. Nos dias de hoje, é possível acompanhar fatos que acontecem em um país muito distante em tempo real através da televisão, manter conversas simultâneas com várias pessoas de vários lugares, trocando vídeos e fotos, através das redes sociais e descobrir qual a melhor rota para ir de um lugar a outro sem pegar trânsito por aplicativos de celular em apenas alguns segundos – e enquanto dirige, no breve tempo do sinal vermelho do semáforo.

Estes exemplos simples mostram que a informação virou riqueza, e quem a detém, detém poder. Em razão disso, as informações pessoais dos cidadãos são objetos de desejo por muita empresas, órgãos governamentais e até de indivíduos, uma vez que, ao se ter a posse destas informações seria possível conhecer e controlar um grande público – ou seja, ter um controle biopolítico – utilizando-as para atingi-lo da forma como mais convir ao empoderado destes dados.

Ocorre que, muitas vezes, os cidadãos, e especialmente os usuários das novas ferramentas tecnológicas como a Internet, têm sua privacidade e intimidade violadas por pessoas físicas ou jurídicas que buscam obter suas informações a todo o custo. Além disso, uma vez armazenada a informação, ela é repassada a terceiros sem o consentimento – ou pior, sem o conhecimento – dos titulares dos dados. Configura-se, daí, uma verdadeira violação ao direito à privacidade dos indivíduos, que ficam à mercê de quem detém o conhecimento técnico, sem poder ter controle sobre as informações sobre si mesmo, as quais são bem privados de cada um e merecem a devida proteção e respeito.

Neste contexto, a fim de garantir maior proteção às informações dos indivíduos, muitos países, em que pese já terem garantido como fundamental o

direito à privacidade, têm inserido em suas constituições um direito à autodeterminação informativa, no qual ressaltam expressamente o direito de cada cidadão ao controle, e assim, à proteção de seus dados pessoais e íntimos. No mesmo sentido, muitas legislações infraconstitucionais já foram editadas neste sentido para regulamentar o direito. O Brasil, porém, ainda não expressamente esta proteção, recorrendo juridicamente, em casos de violação de dados pessoais, ao amplo direito à privacidade garantida em sua Lei Maior.

O objetivo do trabalho, portanto, é, analisando os direitos à privacidade e o direito à autodeterminação informativa, se este último seria apenas um desdobre do primeiro – e, por isso, não precisaria ser elencado como um novo direito fundamental nem protegido por leis específicas – ou se haveria a necessidade de declará-lo como fundamental e tutelá-lo de forma especial.

O método de abordagem utilizado no trabalho foi o dialético, uma vez que ele tem como foco o (aparente) conflito entre o direito à privacidade, já garantido pelos países, e o novo direito à autodeterminação informativa, a fim de buscar uma solução mais efetiva para a tutela dos dados pessoais dos indivíduos. Como método de procedimento, fez-se uso do método histórico no início do trabalho, especialmente ao relatar a história da Internet, além do método comparativo, pondo em cotejo os dois direitos mencionados e suas características. O procedimento utilizado foi a revisão bibliográfica do tema.

Para uma melhor compreensão do tema e do trabalho, ele foi dividido em três partes: a primeira trata da revolução informacional e de como a sociedade de hoje chegou ao *status* de “informacional”, especialmente através da breve história da Internet. A segunda parte faz uma análise do direito à privacidade com foco no ordenamento jurídico brasileira, trazendo também as formas de violação que ocorrem e os desafios para tutelá-lo. Por fim, o capítulo último tem como foco a autodeterminação informativa, a sua garantia no cenário jurídico internacional e algumas reflexões doutrinárias sobre ela, até a conclusão do trabalho.

2 A REVOLUÇÃO INFORMACIONAL E O SURGIMENTO DA INTERNET

A sociedade pós-moderna do século XXI é fruto de uma revolução que teve início há poucas décadas proporcionada pelo surgimento, desenvolvimento e crescimento do uso de tecnologias que lidam com a gestão da informação. Essas

novas ferramentas, denominadas, entre outras, pela expressão “Tecnologias da Informação e Comunicação” (TIC), estão integrando, de forma cada vez mais rápida, o mundo todo em redes que vêm derrubando as distâncias e as barreiras físicas entre os países. Em escala global, estas tecnologias já mudaram para sempre a forma como as pessoas e as sociedades se relacionam e se comunicam.

Com relação à história da revolução trazida pela explosão da tecnologia da informação, o que se pode narrar, segundo Manuel Castells (1999, p. 76) é que foram seus primórdios as revoluções industriais e científicas com base nas descobertas na área da microeletrônica e da microengenharia ainda no início do século XX; apenas após o fim da Segunda Guerra Mundial, deram-se as principais descobertas tecnológicas na eletrônica, como o primeiro computador e o aparelho transistor, cerne desta revolução.

A partir do surgimento do primeiro computador, na década de 1940, a ciência eletrônica buscou aperfeiçoar esta tecnologia até chegar a computadores menores e processadores mais rápidos, uma vez que o primeiro daqueles, o ENIAC, ocupava o tamanho de um salão e realizava tarefas ainda de forma bastante lenta. É necessário lembrar que as pesquisas para o desenvolvimento da eletrônica eram feitas basicamente nos Estados Unidos, através de uma parceria entre o exército americano e as universidades de ponta do país. Percebe-se, portanto, que as descobertas se deram graças à união da área militar e científica, em um contexto de Guerra Fria, na qual as duas potências em conflito buscavam incessantemente firmar seu poderio nestas áreas, o que justifica o investimento em pesquisa por parte do governo estadunidense.

Não demorou muito tempo para que o talvez mais poderoso meio tecnológico desenvolvido neste período assim o fosse: a rede mundial de computadores, a conhecida “Internet”, surgiu e se desenvolveu nas últimas quatro décadas, sendo então bem diferente de como se mostra hoje. A sua configuração inicial se deu, da mesma forma que os primeiros computadores surgiram, em razão de pesquisas na área militar e científica nos Estados Unidos: foi resultado do trabalho da inovadora instituição de pesquisa ARPA – Agência de Projetos de Pesquisa Avançada, do Departamento de Defesa dos EUA.

A primeira rede de computadores surgiu em setembro de 1969, denominava-se ARPANET e possuía quatro primeiros nós em instituições americanas. Entretanto, ao longo do tempo, os cientistas que tinham acesso a esta rede

passaram a usá-la para suas comunicações pessoais, o que tornou difícil separar a pesquisa direcionada para a área militar e da para a área científica. Entre a sua criação e a sua divisão em redes menores, a ARPANET, em 1980, já havia sido rebatizada como INTERNET, nome utilizado até hoje (CASTELLS, 1999).

A INTERNET sucessora da ARPANET encerrou suas atividades em fevereiro de 1990 por se tornar obsoleta, deixando de ser a espinha dorsal de todas as demais redes surgidas a partir dela. Então, a NSFNET, subsidiada pela *National Science Foundation*, assumiu o seu lugar. Entretanto, o monopólio da rede por instituições governamentais não foi muito mais longa graças a pressões comerciais e o interesse de empresas privadas e redes cooperativas sem fins lucrativos, encerrando-se as atividades da NSFNET em abril de 1995, quando as redes ramificadas passaram a se organizar com as privadas para seus próprios fins, dando início à estrutura independente da Internet atual. Nas palavras de Manuel Castells:

Apesar da criação, em 1998, de um novo órgão regulador com sede nos EUA (IANA/ICANN), em 1999, não existia nenhuma autoridade clara e indiscutível sobre a Internet, tanto nos EUA quanto no resto do mundo – sinal das características anarquistas do novo meio de comunicação, tanto tecnológica quanto culturalmente. (1999, p. 83-84)

Desde o seu surgimento, a Internet vem experimentando um número cada vez maior de usuários e de informações disponíveis na rede, da maneira cada vez mais eficiente e veloz, democratizando o acesso a ela. Não se pode olvidar também que nas últimas décadas, a função da “rede das redes” também mudou muito: de uma rede voltada para objetivos militares estratégicos, ela é hoje parte da vida de milhões de pessoas em todo o mundo, que a utilizam quase que diariamente para os mais diversos fins.

Entretanto, em que pese a grandiosidade da Internet e de seu crescimento em todo o mundo, as tecnologia de comunicação e de informação trazidas por ela não ficaram restritas ao computador. A difusão das tecnologias em rede avançou mais ainda na área das telecomunicações e da computação com a invenção de dispositivos portáteis e cada vez menores com capacidade para suportar o acesso à Internet e a outras redes, e que se espalharam rapidamente – como *notebooks*, *netbooks*, celulares avançados com acesso à Internet (*smartphones*), *tablets* e outros que hoje são bastante conhecidos e utilizados por milhões de usuários.

No centro desta revolução informacional, conforme o próprio nome já aponta, está a informação, produto chave desta nova era e que, caracterizando a sociedade contemporânea com a sua onipresença, fez com que surgisse a denominação “sociedade da informação” ou “sociedade informacional”, expressão difundida por Manuel Castells (1999) e utilizada por muitos outros autores. Sobre esta sociedade e suas características, refere o sociólogo Scott Lash:

En contraste com otros análisis, por ejemplo, los de Bell (1973), Touraine (1974) y Castells (1996), creo que debemos entender la sociedad de la información concentrandonós en las cualidades primarias de la propia información. Esta debe interpretarse aquí en marcada distinción de otras categorías socioculturales anteriores, como la narrativa, el discurso, el monumento o la institución. Las cualidades primarias de la información son el flujo, el desarraigo, la compresión espacial y temporal e las relaciones en tiempo real. En este sentido, no excluyente, pero sí fundamental, vivimos en una era de la información. (2005, p. 22)

A informação e o modo de gerenciá-la transforma e vem transformando a sociedade. A quantidade de informações recebidas pelo sujeito diariamente através dos mais variados meios de comunicação, especialmente a comunicação virtual, e a rapidez para compartilhá-la com qualquer pessoa conectada ao redor do mundo são fatores que caracterizam o planeta como uma enorme rede que relativiza as barreiras e as fronteiras físicas dos Estados e une todas as pessoas por meio da comunicação virtual. E, graças à possibilidade de uso democrático, veloz e barato da Internet, a liberdade para comunicar tudo a todos alcança a todas as classes sociais.

Não se ignora, cabe esclarecer, que a Internet não gera exclusão social e que não divide a sociedade entre aqueles que têm acesso a ela e os que não possuem condições para tal; há disparidade entre os informados, os entretidos e os outros (CANCLINI, 2009), principalmente nos países subdesenvolvidos, onde o crescimento econômico é menor e a desigualdade social é enorme. Entretanto, não se pode negar que o alcance da Internet até para as populações de mais baixa renda tem crescido de modo rápido, fazendo com que até quem não tinha voz e era excluído por sua condição socioeconômica possa se inserir no ambiente virtual com as mesmas possibilidades para receber e repassar informação dos mais privilegiados.

Porém, as tecnologias da informação, especialmente a Internet, expandiram-se (e se expandem) tão rapidamente que é foi possível, na mesma velocidade, estudar e criar mecanismos que possam torna-la uma ferramenta segura e sob controle de qualquer ente, seja este governamental ou não. Isso fez com que, ao

mesmo tempo em que as TIC democratizaram o acesso à informação na sociedade atual, também trouxeram vários problemas a serem enfrentados, tanto técnicos quanto econômicos, políticos, sociais e também jurídicos.

Um dos mais debatidos é a cada vez maior violação do direito à privacidade – garantido pela Constituição Federal como direito fundamental do cidadão – ampliada no ambiente virtual. Isto porque a ferramenta se mostra como mais uma plataforma para o cometimento de crimes de difícil apuração dos autores, além de permitir a exposição dos usuários através dos mais diversos canais de interação, especialmente as chamadas “redes sociais”. No tópico seguinte, analisa-se, primeiramente, o conceito (ou a tentativa em fazê-lo) de privacidade para, em seguida, verificar como se dão estas violações e as conseqüentes tentativas de proteger o direito na plataforma virtual.

3 O DIREITO À PRIVACIDADE, SUAS VIOLAÇÕES E AS TENTATIVAS DE PROTEÇÃO NO ÂMBITO VIRTUAL

A fim de introduzir a questão da privacidade e sua proteção, Luís Roberto Barroso (2010, p. 61) afirma que todo indivíduo conserva uma *intimidade personalíssima*, que abrange os seus valores, sentimentos, desejos e frustrações, referindo que este é um espaço inacessível da vida das pessoas e, normalmente, será indiferente ao Direito. Ao mesmo tempo, o autor afirma que o homem conserva ainda um domínio reservado, o da sua *privacidade* ou vida privada, na qual se estabelecem as relações de família, afeto e amizade, protegidas do mundo exterior pelo lar, pela casa, pelo domicílio; completa explicando que, neste caso, o direito já interfere nessas relações, mas com o intuito de fortalecê-las e preservá-las, e que a intimidade e a vida privada formam o núcleo do espaço privado.

No que tange a formação da personalidade, importante destacar que não se trata de um único direito, mas de um conjunto de caracteres da pessoa. Logo, segundo Sônia Aguiar do Amaral Vieira (2002, p. 11), a personalidade deriva da própria condição humana, cabendo ao ordenamento jurídico sujeitar-se e tutela-lo de forma eficaz. A vida privada – e também a intimidade –, portanto, compõe alguns desses direitos que integram os direitos da personalidade.

O direito à privacidade no Brasil está constitucionalmente inserido no artigo 5º, inciso X, que diz que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a

imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Por este motivo, é tido como direito fundamental, mais especificamente, direito de primeira geração, por se constituir em um direito civil individual de todo cidadão. Interessante notar que o conteúdo trazido pelo dispositivo mencionado não traz o termo “privacidade”, mas sim “vida privada”, denunciado que não há clareza sobre seu significado e há uma falta de conceito unitário adequado sobre privacidade (LEONARDI, 2012, p. 46).

Ainda quanto à positivação destes direitos, a privacidade é declarada e assegurada por normas internacionais, como no artigo 12² da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) – adotado pela ONU em 1948 – e no artigo 17³ do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) – adotada pela mesma organização no ano de 1966, sendo, portanto, o direito à privacidade também reconhecido como um direito humano. Percebe-se, portanto, que à privacidade, como direito humano fundamental e humano que é, foi dispensada atenção especial pelo Estado Democrático de Direito brasileiro.

A estudiosa Helen Nissenbaum inicia a sua discussão em torno do problema da proteção da privacidade nos dias atuais, afirmando que muitos que se dedicam ao estudo deste tema o consideram bastante complexo, e não apenas em relação às perguntas e desacordos sobre o valor da privacidade, seus prejuízos e benefícios, mas também em razão da sua confusão conceitual (2011, p. 21-22). Da mesma forma, Marcel Leonardi (2012, p. 79) menciona que doutrina e jurisprudência já produziram diversos conceitos sobre privacidade, os quais podem ser enquadrados em quatro categorias, resumidas a seguir: a) o direito de ser deixado só; b) o resguardo contra interferências alheias; c) o segredo ou sigilo; e d) o controle sobre informações e dados pessoais. Entretanto, fazendo uma crítica pontual a cada um destes aspectos da privacidade, o autor conclui pela necessidade de haver um conceito plural de privacidade e afirma que parece haver um consenso doutrinário e jurisprudencial a respeito da necessidade de sua tutela do modo mais amplo possível, ante sua caracterização como direito fundamental e direito da personalidade

² Artigo 12 – “Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou a sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ataques.”

³ Artigo 17 – “Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques ilegais a sua honra e reputação. 2. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra essas ingerências ou esses ataques.”

Para não adentrar em discussões que se afastem do tema central do trabalho, evita-se discorrer mais acerca da definição da privacidade. O conceito é indeterminável, “flutuante” de acordo com o comportamento da pessoa e a influência de aspectos externos (PEREIRA, 2011, p. 117). Na verdade, é necessário se preocupar menos com o a definição de privacidade e se ater mais aos valores dados a este direito, a fim de descobrir por que requer especial proteção do ordenamento jurídico, de que forma a sua violação tem se dado de forma cada vez mais frequente na Internet e por que este fato tem gerado revolta e indignação por parte dos usuários da grande rede.

Mas como essa violação se dá no ambiente virtual? Sabe-se que o fenômeno da informática trouxe uma autêntica revolução nos métodos tradicionais de organização, registro e utilização das informações, fazendo com que a magnitude da dimensão quantitativa destas informações que podem ser armazenadas e transmitidas dê lugar ao aspecto qualitativo, o qual obriga considerar o problema das relações entre a privacidade e a informação sob um novo olhar (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 343). Este novo prisma permite que se note o problema da violação ao direito à privacidade, que tem ocorrido de forma cada vez mais frequente graças às novas tecnologias e que permitem um maior controle das informações pessoais, tanto por parte do governo quanto por parte do setor privado e de qualquer pessoa.

Em que pese serem muitas formas de violação através dos mais variados mecanismos tecnológicos hoje existentes, a análise será voltada apenas para a plataforma da Internet, a qual, acredita-se, seja a tecnologia que mais permite a exposição exagerada de seus usuários, e que acaba por facilitar imensamente a violação da privacidade.

A privacidade tem sido o grito de guerra contra o conjunto de tecnologias eletrônicas digitais com base em computadores, que tem incrementado de forma considerável o poder dos seres humanos sobre a informação. E, quanto a experiência *online*, salienta Helen Nissenbaum (2011, p. 42), citando o jurista Lawrence Lessig, ela se mostra um paradoxo, uma vez que oferece aos indivíduos a possibilidade de interagir com outros, com grupo e com organizações na intimidade da sua própria casa, ao mesmo tempo que os expõe a um monitoramento sem precedentes.

Sabe-se que, quando um usuário se conecta à Internet e por ela se locomove virtualmente, vai deixando “rastros” por onde clica (PEREIRA, p. 164), sejam eles

dados de caráter pessoal ou não. Muitos dos sites em que se navega – os quais, por óbvio, têm por trás deles empresas que visam o lucro – pegam estes rastros, os armazenam e os analisam, utilizando as informações recolhidas para os mais diversos fins, ou até mesmo utilizando-as como seu próprio negócio, a serviço de outras empresas, pessoas ou órgãos governamentais que nelas têm interesse.

A partir da ideia da restrição do direito à privacidade, e partindo para as questões mais técnicas do problema, pode-se elencar alguns exemplos de violação do direito à privacidade no ambiente virtual. São alguns deles⁴: a) compras online, através do rastreamento de *clicks* feitos pelos usuários, ou seja, do chamado “dados de sequência de *clicks*”; b) registros de endereço de IP (*Internet Protocol*), o qual pode vir a ser uma ameaça se utilizado de forma ilegal por quem saiba como manejar a informação recolhida por meio deste tipo de monitoramento; c) *cookies*, que são arquivos de textos simples que armazenam informações de preferência dos usuários, como senhas, número e senha de cartões de crédito; d) sites de busca, ao monitorar a atividade do usuário, sabendo exatamente o que se pesquisou e quando; e) empresas de recolhimento e distribuição de informações, que são criadas com o principal objetivo de agregar e transmitir informação, especialmente informações pessoais dos usuários, sem o conhecimento destes; f) redes sociais, *blogs* e *web 2.0* em geral, os quais têm permitido a excessiva exposição pelos usuários da rede, dando margem a uma considerável violação de direitos.

Além destes mecanismos e plataformas que seguidamente facilitam a violação de dados pessoais e informações dos usuários – seja através de uma maior participação deles (como no caso de publicações voluntárias nas redes sociais) ou sem a sua consciência, ressalta-se também o problema da disponibilidade de arquivos públicos sobre indivíduos para consulta *online*, que pode ser considerada como uma potencial violação à privacidade daqueles sobre os quais os dados estão sendo divulgados (NISSENBAUM, 2011, p. 67-71).

Diante de tantas possibilidades de violação da privacidade dos usuários por meio das novas tecnologias, pergunta-se: como fazer para combater o problema e tutelar de forma efetiva o direito de quem as utiliza? A solução para a questão não é

⁴ Grande parte dos mecanismos apontados como violação do direito à privacidade na Internet foi retirada das obras já citadas de Helen Nissenbaum e Sônia Aguiar, as quais trazem com detalhes mais técnicos sobre como se dão essas violações, mas que, por problemas de espaço e até de dificuldade de compreensão do assunto, resolveu-se por não incluir de forma completa no corpo do trabalho. Mais detalhes poderão ser encontradas nas obras das autoras mencionadas.

simples e tem gerado várias opiniões especialmente os juristas, que percebem que o direito à privacidade parece não mais possuir garantias legais eficientes para sua proteção diante das novas formas de relacionamento e comunicação propiciada pelas tecnologias, especialmente a Internet.

Inobstante pensarmos em soluções jurídicas para repressão da divulgação virtual de informações de situações que afetam o direito à privacidade, Marcel Leonardi (2012, p. 359-367) explana acerca de algumas propostas visando desestimular os autores de violações a informações privadas de outros. As propostas do autor resumem-se na regulamentação dos usos da informação e regulamentação da retenção de dados, mostrando-se adequado a responsabilização pessoal de quem veicula algo ilegal na Internet, e mecanismos eficientes para identificação do autor do ilícito já serve como desestímulo, e na interpretação gradual do direito à privacidade, isto é, em um mundo conectado e globalizado, o que mais importa é a natureza da exposição e o que é feito posteriormente com essa informação.

Porém, a partir do crescente número de violações do direito à privacidade no ambiente virtual, passou-se a questionar com frequência quais seriam as medidas mais eficazes para combater o problema, especialmente no ramo jurídico, uma vez que muitas das violações deste gênero vêm acabando nas mãos de juízes, os quais, muitas vezes por falta de informação sobre a novidade da arquitetura da Internet, acabam não sabendo dar a solução adequada ao conflito. Bernardo Lins ressalta para a importância da busca pela eficiente tutela do direito, inferindo que as violações da privacidade são “um problema social e jurídico de grande interesse, uma vez que é preciso determinar até que ponto e de que forma poderão ser exercidas, se é que o podem, sem constituir uma violação da privacidade pessoal.” (BRASIL, 2000, p. 4).

Inicialmente, sustentou-se que, mesmo diante das características peculiares da Internet, os institutos jurídicos que deveriam ser usados para interpretar e solucionar os conflitos gerados a partir da violação da privacidade na plataforma virtual seriam os mesmos já existentes no ordenamento jurídico. Assim, os crimes já previstos no Código Penal e outras leis para violações de privacidade poderiam ser utilizadas pelos juristas em um caso de violações no ambiente virtual. Os defensores desta ideia afirmavam – e ainda afirmam – que na, verdade, o atentado contra a privacidade do “mundo real” e no “mundo virtual” possuem os mesmos

elementos e teriam as mesmas consequências – a única mudança seria onde essa violação ocorre.

No entanto, atualmente, percebe-se que a utilização dos institutos já existentes não vem sendo eficiente, pois não amolda de forma plena as situações jurídicas que envolvem crimes ou atitudes ilegais praticados na Internet. Apenas a título de exemplo, no caso dos roubos de dados pessoais através da Internet, as chances de se descobrir o autor deste crime é infinitamente menor do que no caso de alguém de pratique um roubo no domicílio da vítima, pois a arquitetura da Internet facilita o anonimato. Deste modo, exige-se uma nova maneira de se interpretar o sistema jurídico frente a nova era, a fim de se obter soluções eficazes, e é neste contexto de preocupação com as informações pessoais que surgiu o ideia da “autodeterminação informativa”.

4 A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA: CONCEITOS, DISCUSSÕES E REFLEXÕES

A partir da reflexão sobre a tutela das informações pessoais no ambiente virtual, recentemente, uma nova expressão vem aparecendo nos estudos de pesquisadores desta temática: a “autodeterminação informativa”, que ora é colocado como um direito, ora como um princípio, mas sem perder a sua definição maior, que se constitui no poder do indivíduo determinar e controlar a utilização de seus dados pessoais. Sobre os fatores que deram origem a este instituto, assinala Ana Maria Neves de Paiva Navarro (2012, s/n):

A partir da computação, os bancos de dados conheceram grande incremento. Os softwares de cruzamento de dados passaram a permitir, com eficiência jamais cogitada, o mapeamento de perfis individuais de personalidade. Novos riscos desafiavam novos mecanismos de contenção, de forma que, em 1970, a atenta comunidade europeia deu o primeiro e mais importante passo rumo a uma regulamentação, pelos Estados-membros, dos bancos de dados pessoais - a Resolução nº 428 da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa. Fez a mencionada Resolução uma vedação ao acúmulo de informações sobre um determinado indivíduo que o pudesse tornar —exposto e transparentell, razão pela qual, nos seus termos, os governos deveriam armazenar apenas o mínimo necessário de informações pessoais para fins da prestação dos serviços públicos a que destinadas as captações, fossem estes serviços públicos de tributação, regimes de pensões, segurança social ou assuntos semelhantes (item —CII 5). A referida Resolução também tratou das sanções a serem previstas nas legislações dos países signatários por decorrência de violações a este direito (item —CII 6).

Percebe-se que a autora retoma alguns fatos jurídicos importantes ocorridos após a Segunda Guerra Mundial que fizeram com que, a nível internacional, as informações dos cidadãos e bancos de dados ganhassem maior proteção, tendo em vista a evolução tecnológica que permitia a acumulação e transmissão de dados pessoais dos indivíduos de forma fácil e rápida, deixando-os mais vulneráveis, já que, há algumas décadas, conforme já foi explanada, a informação é mercadoria valiosa.

A ideia da autodeterminação informativa surge, então, como um dos elementos da privacidade, mas que, em razão do crescente uso das TIC em todo o mundo e da acumulação de informações e dados pessoais dos usuários dessas tecnologias por parte do governo ou de empresas que tenham interesse, ganhou maior destaque nas últimas décadas. É exatamente por isso, pelo poder que a informação tem hoje como riqueza e moeda de pagamento, que a sua proteção merece especial atenção dentro da discussão da privacidade ameaçada pelos uso das novas tecnologias.

Neste feito, o direito à autodeterminação informativa defendido por muitos juristas pode ser compreendido com o direito dos indivíduos de controlar os seus dados pessoais. Catarina Sarmiento e Castro, ao citar Orlando de Carvalho, refere que já nos anos 70 o indivíduo estava ameaçado na intimidade de sua vida privada pelo *massmedia* – a imprensa, o cinema, a televisão – o qual é ferozmente cioso do destino do indivíduo, utilizando-se de técnicas, como os posto de escuta, as câmeras etc, para viola-lo a intimidade (2005, p. 24). Mais adiante, a autora explica o escopo deste direito:

Este direito de proteção, de sentido negativo, permite ao indivíduo negar informação pessoal ou opor-se à sua escolha e difusão, impondo-se face às agressões do Estado e de terceiros, os quais deverão abster-se de proceder a tratamentos dos seus dados pessoais. (2005, p.27)

Nesta monta, e em complemento ao que foi exposto por Catarina Sarmiento e Castro, Ricardo Ruiz Schreinert e Regina Linden Ruaro (2011, p. 386) afirmam que o direito à autodeterminação informativa possui dois elementos: um de caráter negativo – os princípios que regulam a qualidade de tratamento dos dados – e outro de caráter positivo, ou seja, o direito dos interessados que podem ser assegurados através instrumentos como o *habeas data*. Entretanto, questiona-se em que momento passou-se da concepção de direito à privacidade e intimidade dos

indivíduos (que já é declarado e garantido como fundamental e humano) à ideia relativamente nova de direito à autodeterminação informativa, do ponto de vista legal. Sobre este ponto, refere Catarina Castro:

Mais recentemente, foram sendo aprovadas normas internacionais, europeias e nacionais que tocam aspectos particulares da reserva da intimidade da vida privada, directamente respeitantes à protecção de dados ou informações pessoais. Não se trata já, todavia, do mesmo direito. Protege-se, neste caso, um direito à autodeterminação informativa (*Recht auf informationelle Selbstimmung*). Em muitos contextos, este direito aparece referido ao tratamento de informações mediante o uso da informática. (s/d, p.7)

Portanto, vê-se claramente, segunda as palavras da autora, que a autodeterminação informativa refere-se a um reforço da protecção da privacidade do indivíduo no que tange especificamente aos dados ou informações pessoais destes, como o próprio nome já adianta, enquanto a privacidade vai se referir a uma gama de informações mais abrangentes.

As primeiras definições da autodeterminação informativa nasceram na Europa com a preocupação com a regulamentação dos bancos de dados pessoais. O primeiro passo em direcção à protecção desses bancos de informações foi através da edição da Resolução nº 428 pela Assembleia Consultiva do Conselho da Europa, ainda em 1970 – ou seja, ainda muito antes da poderosa ferramenta da Internet ganhar popularidade. Esta resolução vedava o acúmulo de informações sobre o indivíduo que pudesse torna-lo “exposto e transparente”, devendo o Estado apenas armazenar informações pessoais mínimas para fins de prestação de serviços públicos a que fossem destinadas estas informações, seja qual fosse o tipo do serviço, além de prever sanções nos casos de violação a este direito (NAVARRO, 2012). Ainda, mostrou-se evidente que objetivo da União Europeia com a edição destas normas foi o de criar meios que impedissem que os cidadãos, em razão do acúmulo e tratamento dos dados pessoais pelos Estados, se transformassem em “um peixe num aquário de cristal” (NAVARRO, 2012).

Nesta evolução da tutela dos dados pessoais, na década de 1980, o Conselho da Europa aprovou a Convenção para a Protecção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal, que se tornaria um dos principais instrumentos para a protecção dos dados pessoais dos indivíduos. Já no ano 2000, foi proclamada a Carta de Direitos Fundamentais da

União Europeia, a qual também prevê em seu artigo 8^o⁵, o direito de todas as pessoas à proteção de dados de caráter pessoal, o fato de que estes dados devem ser objeto de um tratamento leal e para fins específicos, além do consentimento do titular das informações, e a fiscalização do cumprimento destas regras por uma autoridade independente.

Fica claro, pelo exposto, que a Europa é a comunidade pioneira na proteção de dados pessoais de seus cidadãos, buscando uma efetiva tutela dessas informações ainda na década de 1970. Segundo o relato de CASTRO (s/d, p. 8), o bloco possui três diretivas principais na questão da proteção dos dados pessoais, conhecidas pela denominação *privacy directives*, todas do Parlamento Europeu e do Conselho: a Diretiva 95/46/CE, de 1995, que trata sobre a proteção de dados singulares quanto ao tratamento e à livre circulação destes dados; a Diretiva 97/66/CE, de 1997, relativa ao tratamento dos dados pessoais e a proteção da privacidade no setor das telecomunicações; e a Diretiva 2002/53/CE, de 2000, que se referem ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade nas comunicações eletrônicas. Todas estas diretivas influenciaram os Estados membros da União Europeia e o tratamento dado à questão internamente, haja vista a obrigatoriedade de sua transposição.

Realmente, muitas constituições dos países que pertencem ao bloco trataram de tutelar os dados pessoais. A constituição da Grécia, já em 2001, consagrou em seu artigo 9^a o direito à proteção deste classe de informação. Da mesma forma, a lei maior dos Países Baixos também o faz em seu artigo 10^o, bem como o faz a constituição Suíça e da Espanha. Portugal, por sua vez, consagrou em seu artigo 35 a proteção das informações pessoais frente as ameaças provocadas pelo uso da informática e, de acordo com a autora portuguesa Catarina Castro, o direito consagrado no dispositivo mencionado “consagra um conjunto de direitos fundamentais que pretendem impedir que cada um de nós passe a ser encarado como um simples objeto de informações” (CASTRO, 2005, p. 33). Além das previsões inseridas nas constituições dos Estados, alguns também já adotaram leis que regulamentam esta proteção dos dados.

⁵ O artigo possui a seguinte redação: “1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.”

No que tange aos demais países, pode-se afirmar que nenhum outro possui uma proteção tão avançada quanto a dos países da comunidade europeia. Na América Latina, cabe destacar as legislações do Chile, que foi pioneiro na região e inaugurou a discussão da proteção de dados com a publicação de uma lei no ano de 1999. Em seguida, a Argentina também seguiu o exemplo em 2000, e após, o Uruguai, com uma lei editada em 2004.

No Brasil, a situação não se aproxima das expostas. O país não tem uma lei específica para a proteção de dados. O que há de mais considerável na proteção das informações é justamente, conforme se viu, o direito fundamental à privacidade e à intimidade, previsto no art. 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988, e o remédio constitucional do *habeas data*. Entretanto, tramita no Congresso Nacional o projeto de lei referente à temática, já denominada “Lei de Proteção de Dados”, que foi desenvolvido ainda em 2010 e apresentado ao público para que fossem dadas contribuições para a redação do projeto. Atualmente, ele se encontra parado no Senado Federal, aguardando a votação sobre o Marco Civil da Internet – aprovada no final de março pela Câmara dos Deputados.

Pela exposição, percebe-se que o direito à autodeterminação informativa vem ganhando espaço no ordenamento jurídico de muitos países através da inserção da proteção das informações pessoais dos cidadãos na constituição dos Estados, como um direito fundamental. No entanto, o Brasil ainda não inseriu em seu rol de direitos fundamentais, expressamente, o direito à proteção de dados pessoais, afirmando-se pode ser deduzida tal proteção a partir do já comentado direito à vida privada e à intimidade, previsto no art. 5º, inciso X da Constituição Federal.

Em que pese a não incorporação expressa, constitucional ou legal, da autodeterminação informativa, alguns autos defendem que isto seja feito no país. Marcelo Cardoso Pereira afirma com propriedade que, considerando a doutrina e a jurisprudência sobre o tema, não há como negar a existência de um novo direito fundamental para a proteção de dados pessoais frente ao uso inadequado dos meios informáticos, especialmente a Internet (2011, p. 155-156).

Da mesma forma, ainda que defenda a adoção da autodeterminação informativa como um direito fundamental em todos os Estados (e não especificamente no Brasil), Catarina Castro ressalta a importância dos reflexos deste direito quando alçado como fundamental ao dizer que o direito “assume-se como um direito de personalidade que defende outras das suas facetas, permitindo ao seu

titular o controle da utilização das informações que lhe respeitem” (2005, p. 28). Também neste sentido, Ricardo Schreinert e Regina Ruaro ressaltam a importância de um direito fundamental, e não apenas da interpretação do direito à privacidade, com base no fato da autodeterminação informativa – ou autonomia da vontade, como chamam os autores – já estar sendo adotada como direito fundamental em muitos países como um direito autônomo. Ao prosseguir em sua defesa no Brasil, eles expõem que

[...] a legislação brasileira vigente é insuficiente à devida proteção e regulação dos dados pessoais, portanto, a fim de encontrarmos diretrizes à proteção da livre circulação de dados pessoais, analisaremos o modelo Europeu de proteção de dados pessoais, mais especificamente o português. (2011, p. 392)

De maneira um pouco diferente se posiciona Ana Maria Navarro (2012): a autora afirma, com propriedade, que o direito à autodeterminação informativa poderia já ser considerado como fundamental no ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, poderia ser declarada pelos juízes e tribunais do país ou pelas instituições públicas brasileiras, em suas atividades deliberativas, por força de uma interpretação constitucional construtiva com base no art. 5º, parágrafo 2º da Constituição de 1988. Isto porque, segundo ela, a não declaração expressa de um direito fundamental não implica na sua não existência, e a própria Constituição Federal Brasileira consagra o seu art. 5º como uma *cláusula aberta*, podendo ser considerados como fundamentais todos aqueles direitos que se extraem das “penumbras” de outras garantias constitucionais expressas, interpretadas em conjunto. Assim, ainda que não defenda claramente a colocação expressa da autodeterminação informativa no rol de direitos fundamentais, a autora corrobora o entendimento dos autores já citados no que tange à importância indiscutível de considerá-la como fundamental, para, a partir de então, construir uma legislação infraconstitucional eficiente na tutela dos dados pessoais dos cidadãos.

Portanto, o que se vê são posições em favor da autodeterminação informativa como direito fundamental, uma vez que o direito à privacidade não se mostra eficiente para coibir atos de violação de dados pessoais na Internet. Obviamente, consoante se viu, o simples fato de ser elencado como fundamental não resolve o problema, mas certamente pode contribuir para decisões judiciais mais favoráveis à

tulela das informações pessoais e para incentivar a criação de uma legislação específica e eficiente na proteção dessas informações.

5 CONCLUSÃO

A partir do estudo realizado, constata-se que a autodeterminação informativa – ou mais especificamente o direito à autodeterminação informativa – é um instituto que surge a partir de uma maior preocupação com a proteção dos dados pessoais dos indivíduos, em razão do crescimento no uso das TIC. Isto porque essa democratização na gestão do grande fluxo de informação através da Internet, gera uma possibilidade de acumulação de informações como nunca antes se viu. E, entre os as informações compartilhadas, muitas vezes, as pessoas acabam tendo sua privacidade violada e suas informações pessoais descobertas, armazenadas e compartilhadas sem o seu consentimento ou até mesmo de forma ilegal.

Assim, com o escopo de proteger os seus cidadãos e lhes garantir o poder de controlar a utilização de seus dados pessoais, muitos países já preveem a autodeterminação informativa como direito fundamental nas suas constituições, ainda que não incluindo exatamente esta expressão na redação. Da mesma forma, legislações infraconstitucionais também foram editadas neste mesmo sentido. Todavia, o Brasil ainda engatinha neste campo, não tendo garantido nem na Constituição Federal e nem em legislação o direito específico de proteção de dados pessoais.

Não há propriamente um embate entre o direito à autodeterminação informativa e o direito à privacidade, argumentando-se sobre quem deveria prevalecer, até porque tal conflito não teria qualquer sentido, uma vez que a autodeterminação informativa nasceu de uma preocupação específica dentro da proteção do direito à privacidade e intimidade. O que há são opiniões que defendem o fortalecimento dos institutos de proteção do direito à privacidade para garanti-lo de forma efetiva, de um lado, e de outro as que advogam em favor de um novo direito fundamental da autodeterminação informativa, com previsão constitucional e uma legislação forte para a proteção das informações dos cidadãos.

Através da pesquisa feita, é imprescindível perceber que, diante do novo paradigma informacional da sociedade de hoje e dos crescentes casos de apropriação e utilização inadequada de informações pessoais, a proteção a este

gênero de informações deve desenvolvida de forma que ela não passe apenas a pertencer como mais um aspecto da privacidade. A grandeza do próprio objeto do estudo, que é o fluxo informacional no mundo moderno, faz com que a proteção dos dados pessoais mereça um estudo – e um direito – à parte. E, alçando-o ao patamar de direito fundamental, já um grande passo rumo ao objetivo maior que se pretende: uma tutela efetiva das informações pessoais dos cidadãos brasileiros.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Privacidade e Internet**. Estudo feito em março de 2000. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema4/pdf/001854.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

CANCLINI, Nestor Garcia. **Diferentes, desiguais e desconectados**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2009.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTRO, Catarina Sarmiento e. **Direito da Informática, privacidade e dados pessoais**. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. **O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de Setembro**. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/CatarinaCastro.pdf> . Acesso em: 20 abr. 2014.

LASH, Scott. **Crítica de la información**. Buenos Aires: Amorrortu, 2005.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. O direito fundamental à autodeterminação informativa. In: XXI Congresso Nacional do CONPEDI. **Direitos Fundamentais e Democracia II**. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 410-438. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>>. Acesso em: 20 abr.2014.

NISSENBAUM, Helen. **Privacidade Amenazada**. Buenos Aires: Oceano, 2011.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à Intimidade na Internet**. Curitiba: Juruá, 2011.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

SCHREINERT, Ricardo Ruiz; RUARO, Regina Linden. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade de vigilância: a necessidade de um marco regulatório como dever prestacional do estado democrático de direito. In: **Anais do Seminário Interno de Avaliação da Iniciação Científica**. Edição I, 22 a 25 de agosto de 2011. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/seminarioic/Ciencias_Sociais_Aplicadas/Direito/Direito_Publico/94554-RICARDO_RUIZ_SCHREINERT.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2014.

VIEIRA, Sonia Aguiar do Amaral. **Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.