

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARIA FERNANDA BATTAGLIN LOUREIRO

**O CORPO DECODIFICADO: A PROTEÇÃO DA PESSOA NA ERA DAS
TECNOLOGIAS BIOMÉTRICAS**

CURITIBA

2015

MARIA FERNANDA BATTAGLIN LOUREIRO

**O CORPO DECODIFICADO: A PROTEÇÃO DA PESSOA NA ERA DAS
TECNOLOGIAS BIOMÉTRICAS**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Professora Doutora Adriana Espíndola Corrêa

CURITIBA

2015

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIA FERNANDA BATTAGLIN LOUREIRO

O CORPO DECODIFICADO: A PROTEÇÃO DA PESSOA NA ERA DAS TECNOLOGIAS BIOMÉTRICAS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

ADRIANA ESPÍNDOLA CORRÊA
Orientador

Coorientador

JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL
Primeiro Membro

*ANGELA COUTO MACHADO FONSECA - Núcleo
de Prática Jurídica*
Segundo Membro

AGRADECIMENTOS

A Adriana Espíndola Corrêa, por ter aceito de forma tão gentil me orientar na elaboração desta monografia. Agradeço por todos os encontros de orientação, discussão de textos, correções detalhadas, empréstimo de livros e indicação de material. Com o fim do trabalho fica a minha enorme admiração por essa professora com quem diversas vezes me identifiquei e em tantas outras me inspirei.

Ao José Antônio Peres Gediel, por ter presenteado a minha turma e a mim com suas aulas de Direito Civil nos três primeiros anos da graduação. Professor que é, certamente, uma das minhas maiores referências acadêmicas e que mesmo sem saber me ofereceu muito conforto nos momentos de crise com o curso.

Aos membros do grupo de pesquisa Biotec, nas formações de 2012/2013 e de 2015, pelas fugas do direito e pelas discussões que muito influenciaram a presente pesquisa. Em especial, agradeço a Angela Couto Machado Fonseca que aceitou participar da banca de avaliação deste trabalho.

Ao grupo PET/Direito, nas formações de 2012, 2013, 2014 e 2015, meu profundo agradecimento por todas as discussões e pela companhia nas tardes de sexta-feira. Meus sinceros agradecimentos aos veteranos, contemporâneos e calouros, foi uma experiência incrível conviver com vocês; mas não poderia deixar de nomear os mais próximos: Estela Basso, Gabriela Portella, Gerson Lobo, Maria Clara Abboud Hanna, Milton Wagner da Silva e Sarah Cunha. Agradeço também ao tutor Luís Fernando Lopes Pereira e a tutora Eneida Desiree Salgado pelo apoio, dedicação e incentivo. Por fim, agradeço ao Ministério da Educação que me concedeu a bolsa do PET de fevereiro de 2013 a setembro de 2015.

Agradeço também as professoras e aos professores que fizeram toda a diferença nesses anos de graduação e cujas lições levarei para a vida toda: Vera Karam de Chueiri, Priscilla Placha Sá, Leandro Franklin Gorsdorf e Guilherme Roman Borges.

Aos colegas da turma de Direito Noturno 2011-2015. Em especial, a Gabriela Cardoso Portella, uma grande amiga e estudante brilhante, por dividir as angústias e partilhar de tantos sonhos semelhantes.

A Estela Basso e a Sarah Almeida Cunha, amigas para os assuntos da alma.

A minha mãe e ao meu pai, agradeço por tudo, desde o começo. Pelo apoio nos horas difíceis, pelas oportunidades que me deram e pela liberdade que tive ao fazer minhas escolhas. A minha irmã, que fez as malas para realizar seus sonhos e deixou uma saudade enorme, pela tranquilidade que me transmite, pelas nossas conversas e por acreditar tanto em mim.

As amigas e aos amigos, Arthur, Allan, Beatriz, Bruna, Elisa, Flávia, Giovana e Lygia, por trazerem tanta alegria para a minha vida.

Ao Murilo, agradeço pelo apoio, carinho, incentivo e paciência. Sinto-me feliz em pensar que toda a força que destinamos um ao outro nos leva a experimentar continuamente “a inteligência mais secreta de todas, o amor”.

Sumário

AGRADECIMENTOS	iv
RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUÇÃO	1
Capítulo I – Proteção de Dados Pessoais pela via do Direito à Privacidade	4
1.1. Direitos da personalidade e direito à privacidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	5
1.2. Dados pessoais, confidencialidade e privacidade.....	11
1.2.1. A proteção dos dados pessoais na legislação brasileira	20
Capítulo II – Dados biométricos, identificação e segurança – o corpo decodificado	25
2.1. Dados biométricos: busca pela verdade e segurança.....	25
2.2. Identificação biométrica, privacidade, liberdade e democracia	29
Capítulo III – Técnica, controle e dados biométricos nas sociedades contemporâneas	41
3.1. Da sociedade disciplinar à sociedade de controle.....	42
3.2. O desenvolvimento da técnica, o direito e a difusão dos dados biométricos nas sociedades de controle	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS	61

RESUMO

O presente trabalho visa a compreender de que modo a tutela da privacidade é um mecanismo adequado para proteção de dados pessoais, mais especificamente, os dados biométricos, cuja utilização tem se tornado bastante comum para fins de identificação de indivíduos em uma massa. Pretendeu-se problematizar o crescente interesse na coleta dos dados biométricos, como pontos de inflexão, foram apresentados dois exemplos de coleta compulsória do material biométrico ocorridas no Brasil; situações que demonstram o quanto esse tipo de informação é desejada tanto por setores públicos quanto privados, em que a recusa em conceder informações biométricas implicaria uma série de restrições de direitos. Um dos elementos que amplia o interesse nos dados biométricos é o fato de que a escolha desse modo de identificação traduz supostamente maiores controle e segurança, uma vez que tais técnicas seriam capazes de conferir maior precisão aos processos de identificação. Tendo em vista que o referido método de identificação tem como base a técnica de coleta de elementos constituintes do corpo, como as impressões digitais e o material genético, ele se articula com os dispositivos biopolíticos, que têm como matriz o esquadramento do corpo-espécie, de modo que amplia as possibilidades de controles individuais e em massa. A partir disso, para além da investigação a respeito dos recursos disponibilizados pela tutela da privacidade, procura-se confrontar o seu alcance com a complexidade da consolidação de uma “sociedade de controle”, contexto propício para a realização dos dispositivos biopolíticos, conforme conceitos apresentados por Gilles Deleuze e Michel Foucault.

Palavras-chave: biometria; biopolítica; privacidade; sociedade de controle.

ABSTRACT

This essay analyses the adequacy of privacy legal means to protect personal data, specifically biometric data which have known a wide use to identify individuals among a mass. We intend to question the growing interest to collect biometric data, this way, as an inflection point, we have described two examples of compulsory data collection set in Brazil. These examples are representative once they were engendered by public initiative, but there was also an interest from the private initiative and the denial to concede biometric information led individuals to suffer a restraint of their civil rights. It is argued that biometric techniques of identification improve the precision, the controlling range and the safety of the processes used to identify individuals, bringing an increasingly political and legal attention to that subject lately. Biometrical data identify someone based on physical elements, such as digital prints and genetic material; therefore, our hypothesis claims that these techniques imply biopolitical apparatuses that apply themselves to what Michel Foucault named the "species body", extending the possible controls of individuals and masses of people. This scenario demands not only researching the legal existent means to protect privacy, but comprehending the emergence of these techniques in the dynamic frames of what Gilles Deleuze, partially inspired by Foucault, called the societies of control.

Key-words: biometrics; biopolitic; privacy; society of control.

INTRODUÇÃO

“Se você não tem nada a esconder, não tem nada a temer” foi uma das respostas mais comuns recebidas pela Anistia Internacional, ao lançar uma campanha nas redes sociais contra a vigilância em massa por parte de governos de diferentes países.¹ Essa ideia demonstra que uma parte significativa das pessoas não percebe o quanto a infinidade de aparelhos tecnológicos conectados à rede de internet é capaz de controlar e vigiar seus atos, gostos e pensamentos divulgados nas redes sociais, tornando-se, inclusive, alvo do interesse dos governantes dos Estados contemporâneos.

Quando se pensa em avanço da tecnologia, geralmente, associa-se a facilidades, vantagens, velocidade. Todavia, tais mudanças trazem diversas implicações para as vidas das pessoas e desperta o interesse não apenas dos Estados, mas também do capital, que se amolda e se reinventa a partir dos elementos compartilhados na internet. Exemplo disso é a publicidade dirigida especificamente de acordo com o “gosto do consumidor” e a existência de corretoras de dados que promovem o comércio deles.

A partir disso, nota-se que com uma frequência cada vez maior, os aparelhos, já batizados de *smart*, exigem desde o primeiro funcionamento que o seu operador forneça uma série de dados pessoais. Além disso, para qualquer compra, seja física ou virtual, deve-se realizar um cadastro, ora mero requisito para efetuar-la, ora sinônimo de desconto. O fornecimento dos dados capazes de identificar uma pessoa tornou-se condição para a realização de uma série de atividades.

No que diz respeito à coleta de dados pessoais, a questão que toca mais intimamente a presente pesquisa é a relacionada à coleta do material biométrico. A abertura de “portas” pelo simples toque do dedo de uma das mãos, uma “facilidade” cada vez mais comum e utilizada para fins de identificação dos indivíduos. Um método que se pretende preciso e que vende a ideia da promoção da segurança no momento da identificação de alguém, uma vez que é baseado em elementos constituintes dos corpos individuais.

Por se tratar de dados que decorrem de elementos corporais, no primeiro

¹ 7 razões porque “Eu não tenho nada a esconder” é a resposta errada à vigilância em massa. Disponível em < <https://anistia.org.br/7-razoes-porque-eu-nao-tenho-nada-esconder-e-resposta->

capítulo, apresentam-se os primeiros passos no sentido de compreender quais são os instrumentos ofertados pelo Direito para a tutela desses dados, o que se dá pela análise dos direitos da personalidade. Com base nisso, prossegue-se ao exame do direito à privacidade, um dos direitos da personalidade, consagrado em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros como o principal fundamento para a proteção dos dados pessoais.

Aproximando-se da temática da proteção dos dados pessoais, são expostas algumas teorizações e definidas certas modificações pelas quais deveriam passar a lógica tradicional do direito à privacidade, estritamente individual, a fim de que obtivesse êxito na tutela dos dados pessoais, tendo em vista a complexidade que a questão trouxe para o Direito. A fim de compreender melhor como tem sido a instrumentalização de leis que visam à proteção dos dados pessoais, apresentam-se duas legislações diversas, a normativa 95/46/CE da União europeia e a Lei Mexicana de Proteção dos Dados Pessoais.

Como o Brasil ainda não possui legislação específica sobre o tema, são investigados quais documentos legais já existentes tocam a questão dos dados pessoais, como o *habeas data*, o Código de Defesa do Consumidor e o Marco Civil da Internet. Além desses, analisa-se também o mais recente Anteprojeto de Lei de Proteção dos Dados Pessoais.

Baseada na perspectiva da tutela jurídica, no segundo capítulo, a presente pesquisa centra-se no tema dos dados biométricos. Procura-se apresentar as suas principais características, bem como as diversas formas como podem ser extraídos e utilizados. A partir daí, são problematizadas algumas das consequências advindas da utilização dos dados biométricos, tais como a ameaça à liberdade e à privacidade, com especial destaque para o contexto de intensa circulação e difusão das informações.

Esse panorama permite ensaiar intuições acerca das dificuldades apresentadas pelo direito na tutela dos dados pessoais. No terceiro capítulo, as lições de Michel Foucault e de Gilles Deleuze trazem elementos extrajurídicos capazes de tornar compreensível o contexto político e social no qual o Direito se insere. Por essa razão são abordados e inter-relacionados os conceitos de sociedade disciplinar, sociedade biopolítica e sociedade de controle, sem deixar de assimilar os aspectos da identificação por meio da biometria e os reflexos jurídicos

dessas conformações sociais. Assim, pretende-se compreender em que medida a biometria se adapta e corresponde às estratégias da sociedade contemporânea e as dificuldades do Direito em proteger os dados pessoais.

Capítulo I – Proteção de Dados Pessoais pela via do Direito à Privacidade

O incessante desenvolvimento tecnocientífico tem provocado consideráveis mudanças no cotidiano das pessoas; vive-se um intenso momento de informatização de diversas áreas do saber e de automatização das informações pertencentes aos indivíduos. As progressivas modificações tecnológicas, embora apresentem uma série de facilidades e praticidades, implicam algumas consequências, especialmente no que diz respeito à interferência do poder público e dos setores privados na esfera íntima dos indivíduos.

Vislumbra-se um enorme crescimento da necessidade de os cidadãos fornecerem dados sobre si mesmos para terem acesso a meios físicos e virtuais a fim de consumirem, exercerem direitos, transitarem entre países, verificarem contas bancárias, assim por diante. É o aumento do interesse do poder público e do setor privado na aquisição de informações minuciosas sobre os cidadãos, que se torna sub-reptícia com o avanço da tecnologia, que leva à crescente necessidade de fornecer dados pessoais como condição obrigatória para ter acesso a determinados serviços, direitos ou locais, e suscita o questionamento sobre a legitimidade jurídica de tais ações.

Por se tratar de questão que envolve a tutela de informações decorrentes diretamente de indivíduos, considerados na sua esfera privada, evoca-se a análise dos direitos da personalidade que, no Brasil, pela Constituição da República de 1988, adquiriram *status* de direitos fundamentais. A partir do conceito de direitos da personalidade, procura-se investigar se e como a coleta compulsória de dados pessoais pode afetar o direito à privacidade; simultaneamente, procura-se compreender quais são as respostas que o Direito pode fornecer para tutelar os dados pessoais.

Tais aspectos demonstram a possibilidade de proteção jurídica dos dados pessoais de modo genérico; contudo, em outros países foram adotados instrumentos específicos de proteção dos dados pessoais que podem contribuir com a elaboração e consolidação da legislação brasileira sobre a matéria; por isso, apresentar-se-ão dois exemplos. O primeiro será o da Diretiva Europeia 95/46/CE, documento-base para a elaboração de leis de proteção dos dados pessoais em diversos países europeus. O segundo a ser apresentado é o da Lei de Proteção de Dados Pessoais do México, país que possui um sistema integrado de transparência

de informações públicas e de proteção dos dados privados.

A partir dessas noções da legislação estrangeira, tem-se como objetivo analisar o quadro brasileiro de forma crítica, apresentando quais são as possibilidades de tutela dos dados pessoais já existentes, dentre as quais o *habeas data*, o Código de Defesa do Consumidor e o Marco Civil da Internet, e também o mais recente Anteprojeto de Lei de Proteção dos Dados Pessoais. Por fim, ainda nessa perspectiva, procurar-se-á analisar as possibilidades e descrever os limites do paradigma da privacidade para promover adequada proteção dos dados pessoais.

1.1. Direitos da personalidade e direito à privacidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro

No seio da filosofia moderna, consolidou-se a dimensão humana ideal e racional, substituta da dimensão moral religiosa. Essa perspectiva foi igualmente adotada pelo Direito e permitiu a transformação do indivíduo, essencialmente moral, em sujeito de direito, titular de direitos e deveres e capaz de figurar numa relação jurídica, com atuação voltada para a realização de seu poder de vontade, prévia e imperativamente estabelecido em lei.² Tal poder de vontade, concedido pelo Estado e liberto de preceitos morais religiosos, seria exercido por meio de um direito subjetivo, complementar a um direito objetivo.³

De acordo com José Antônio Peres Gediel, os direitos da personalidade⁴ foram uma espécie de direito subjetivo nascidos no século XIX, a fim de tutelar juridicamente os crescentes conflitos a respeito da titularidade de manifestações intelectuais e que seriam, ainda, fundamentais para a “tutela jurídica integral da pessoa”.⁵ A princípio, decorreram da relação estabelecida entre um sujeito criador e o resultado concreto de sua criação, portanto, externo a ele (material), porém, no início do século XX a doutrina majoritária aceitou o desdobramento dessa categoria de direitos nos direitos personalíssimos, capazes de responder a demandas da

² GEDIEL, José Antônio Peres. *Os Transplantes de Órgãos e a Invenção Moderna do Corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 22.

³ *Ibidem*, p. 26.

⁴ Elimar Szaniawski compreende a personalidade como o conjunto de elementos que constituem o indivíduo e a interpreta como o primeiro bem pertencente à pessoa, a partir do qual seria possível proteger os demais bens. SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 70.

⁵ GEDIEL, José Antônio Peres. *Os Transplantes de Órgãos e a Invenção Moderna do Corpo...*, p. 33.

personalidade humana, concentrando-se na tutela dos chamados bens da personalidade.⁶

Na metade do século XX, momento em que os direitos da personalidade eram aceitos como decorrentes de direitos positivos, Adriano de Cupis os entendia como direitos destinados a conferir conteúdo para a personalidade, na forma de direito subjetivo, que carrega a função de constituir o mínimo essencial para a proteção da personalidade.⁷ A partir disso, procurou-se preservar a integridade física, psíquica e moral dos indivíduos.

A perspectiva positivista dos direitos da personalidade como direitos subjetivos e tipificados em lei, atribuídos ao sujeito de direito, não relativizáveis e oponíveis ao Estado, foi superada pela perspectiva personalista de proteção que ganhou notoriedade na doutrina civilista especialmente após a II Guerra Mundial.⁸

No Brasil, em meados do século XX, Pontes de Miranda definiu os direitos da personalidade a partir da compreensão de que o suporte fático do fato jurídico do qual decorrem esses direitos tem como elemento subjetivo o ser humano e não a pessoa, pois a personalidade jurídica requer a entrada do ser humano no mundo do direito. O autor defende que os direitos da personalidade “não são impostos por ordem sobrenatural (...) são efeitos de fatos jurídicos, que se produziram nos sistemas jurídicos, quando (...) a pressão política fez os sistemas jurídicos darem entrada a suportes fáticos que antes ficavam de fora”, com isso, entende que se trata de direitos ubíquos.⁹

Pontes de Miranda afirma que os direitos da personalidade são intransmissíveis, o que resulta da infungibilidade da pessoa e da irradiação de seus efeitos próprios; são irrenunciáveis, característica que se explica por “ter ligação íntima com a personalidade e ser eficácia irradiada por essa”.¹⁰ Assim, pode-se concluir que o autor não classifica os direitos da personalidade como inatos, mas, sim, como independentes da positivação, portanto, dispensa-se a exigência da tipificação.

⁶ José Antônio Peres Gediél definiu os bens da personalidade como aqueles que “compreendem as emanções físicas, intelectuais e morais, próprias a uma pessoa, e se referem tanto à sua expressão econômica quanto à sua significação social e política, contida na noção de liberdade pública, conforme já assinalado em relação aos direitos do autor.” GEDIÉL, José Antônio Peres. *Os Transplantes de Órgãos e a Invenção Moderna do Corpo...*, p. 42.

⁷ DE CUPIS, Adriano. *I diritti dela personalità*. Milano: Giuffrè Editore, 1973, p. 18.

⁸ GEDIÉL, José Antônio Peres. *Os Transplantes de Órgãos e a Invenção Moderna do Corpo...*, p. 45.

⁹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 7.

¹⁰ *Ibidem*, p. 7-8.

Já na década de 1980, destacaram-se as lições de José Lamartine Correia de Oliveira Lira e Francisco José Ferreira Muniz.¹¹ O que os autores propõem, em suma, baseia-se na possibilidade de fundamentar os direitos da personalidade nos direitos do homem, o que, em oposição à tipificação, permitiria o reconhecimento de outras facetas dos direitos da personalidade e ampliaria a sua esfera de atuação. Com isso, os autores apresentam dois exemplos de como se deu o desenvolvimento da proteção dos direitos da personalidade na Alemanha e na Itália.

O primeiro exemplo foi o do Código Civil Alemão, o *BGB*, do ano de 1900, marcado por forte caráter positivista, que ampliou a tipificação dos direitos da personalidade e procurou enfatizar a proteção dos homens em face do Estado.¹² Entretanto, com o passar do tempo, a sistemática de tipificação dessa categoria de direitos mostrou-se insuficiente, pois o legislador do século XIX não teria a capacidade de prever as mudanças sociais e tecnológicas que viriam a intervir na vida pessoal dos sujeitos. Identificada a limitação imposta pela tipificação dos direitos da personalidade, o Tribunal Federal da Alemanha Ocidental criou, em 1954, a doutrina do direito geral da personalidade.¹³

A ideia de um direito geral da personalidade nasceu a partir da interpretação feita pelo Tribunal Federal alemão dos artigos 1º e 2º da Constituição de *Bonn*, que traziam, em síntese, as noções de dignidade do ser humano, dos direitos do homem como inalienáveis e invioláveis, dos direitos fundamentais vinculados e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Na Alemanha Oriental, com o Código Civil de 1975, ainda que de modo mais modesto, foi reconhecido o direito geral da personalidade por meio de uma cláusula geral.

O *Codice Civile* italiano de 1942, por ter sido elaborado no contexto do fascismo, mostrou-se um instrumento jurídico bastante limitado no que diz respeito à tutela dos direitos da personalidade.¹⁴ Contudo, com a redemocratização da Itália e a Constituição de 1947, as perspectivas foram alteradas, especialmente com cláusulas gerais que previam como invioláveis os direitos que garantissem o livre desenvolvimento da personalidade.

¹¹ LIRA, José Lamartine Correia de Oliveira; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Estado de Direito e os Direitos da Personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 532, 1980.

¹² LIRA, José Lamartine Correia de Oliveira; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Estado de Direito e os Direitos da Personalidade...*, p. 224.

¹³ *Ibidem*, p. 225.

¹⁴ *Ibidem*, p. 226.

Nesse sentido, os autores destacam a importância de uma cláusula geral dos direitos da personalidade como um elemento jurídico capaz de permitir a superação da concepção tipificada desses direitos.¹⁵ A partir dos exemplos, os autores procuram demonstrar que proteger os direitos da personalidade de modo fragmentário é insuficiente, pois não comporta toda a sua complexidade e não exaure a realidade.

Porém, Lamartine e Muniz vão além e apostam que tal cláusula geral não deve se fechar no Direito Civil, devendo abarcar elementos da ordem jurídica que extrapolam a concepção de direito privado e individual e são, sobretudo, portadores da noção de dignidade inalienável e inviolável do ser humano.¹⁶ A necessidade de contemplar direitos fundamentais que possuem origem em outras áreas do ordenamento denota que, para uma visão mais ampla e mais próxima da realidade, é preciso tornar as fronteiras entre o direito privado e o público um pouco mais maleáveis; a visão exclusivamente privatística seria insuficiente sem a proteção das liberdades individuais.

Lamartine e Muniz também argumentam que somente a visão pré-normativa da pessoa (antes de ser “sujeito de direito”) permitiria compreender toda a sua complexidade e garantiria ampla aplicação da matéria jurídica. É no jusnaturalismo, prévio à ordem legislada, que os autores buscam a genealogia da dignidade humana¹⁷, da qual afirmam que provém a concepção do homem como substância de natureza racional.¹⁸ Com isso, combate-se principalmente a visão estritamente positivista da pessoa que acaba por reduzi-la a mero sujeito de direito.¹⁹

A noção da personalidade deveria nascer da perspectiva personalista do direito, juntamente com a visão pré-normativa de pessoa. Com isso, a

¹⁵ Gediel definiu a referida cláusula geral como um “direito único da personalidade, nucleado na dignidade humana”. GEDIEL, José Antônio Peres. *Os Transplantes de Órgãos e a Invenção Moderna do Corpo...*, p. 46.

¹⁶ LIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Estado de Direito e os Direitos da Personalidade...*, p. 228.

¹⁷ Cf. GEDIEL, José Antônio Peres. *Os Transplantes de Órgãos e a Invenção Moderna do Corpo...*, p. 46.

¹⁸ LIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Estado de Direito e os Direitos da Personalidade...*, p. 230.

¹⁹ Conforme explica Adriana Espíndola Corrêa “A ideia central consistia em buscar um fundamento ético para o Direito a fim de superar o positivismo jurídico, em razão da crise de legitimidade de um Direito calcado exclusivamente na legitimidade formal. Embora estivesse presente a necessidade de resgatar valores éticos que conferissem um fundamento material para o Direito, não se pretendia um retorno puro e simples ao jusnaturalismo racionalista”. CORRÊA, Adriana Espíndola. *Consentimento Livre e Esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas*. Florianópolis: Editora Conceito, 2010, p. 66.

personalidade, diferentemente da capacidade do sujeito de direito, não pode sofrer restrições ou gradações. Nesse sentido, cabe o alerta de que não se trata de uma visão meramente individualista, mas que compreende a pessoa inserida num contexto histórico e social, não isolada do Estado e nem em competição com as outras pessoas.

No Brasil, com a promulgação da Constituição da República de 1988, pela primeira vez, os direitos da personalidade adquiriram considerável destaque no ordenamento jurídico, ainda que não tenha sido prevista uma cláusula geral expressa com a finalidade de tutelar os direitos da personalidade. Não obstante, deve-se reconhecer a absorção do direito geral da personalidade, por meio da proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais. Com isso, Elimar Szaniawski sustenta que o princípio da dignidade humana seria uma “cláusula geral de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo”²⁰, essa cláusula foi prevista artigo 1º, inciso III. No artigo 5º, incisos X, XI e XII, foram previstos alguns direitos destinados a consolidar a proteção da personalidade, como o direito de proteção da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem, do domicílio e da correspondência.

O Código Civil de 2002, apesar de não ter avançado muito, exprime uma cláusula geral e reconhece os direitos da personalidade como irrenunciáveis e intransmissíveis, ou seja, são indisponíveis, independentemente da vontade do sujeito (artigo 11, CC). Além disso, do artigo 11 ao 21 anuncia algumas categorias de direitos da personalidade a serem tutelados.

De acordo com Paulo Lôbo, tem-se optado pela aplicação da tipicidade aberta dos direitos da personalidade previstos no Código Civil, pois na medida em que estes decorrem da cláusula geral da dignidade, são previstos de modo meramente enunciativo, de forma a não esgotar as modalidades de proteção. Portanto, deve-se compreender os direitos da personalidade enunciados pela lei como *numerus apertus*, passíveis de uma interpretação ampliadora, capaz de contemplar situações fáticas que eventualmente não estejam protegidas pela letra da lei.²¹

Dos direitos da personalidade elencados no ordenamento jurídico brasileiro decorre um direito especial, uma projeção da personalidade: o direito à

²⁰ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela...*, p. 136-137.

²¹ LÔBO, Paulo. *Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.146-147.

privacidade.²² De acordo com Lôbo, o direito à privacidade, previsto no artigo 21 do Código Civil, procura proteger a intimidade e a vida privada da pessoa contra interferências externas, seja do Estado, da sociedade ou até mesmo de outras pessoas.²³

O direito à privacidade, decorrente da doutrina do *right to privacy*²⁴, entendida como o direito a ser deixado só, foi consolidado no âmbito da sociedade burguesa norte-americana do final do século XIX.²⁵ Sua concepção original não decorreu de uma exigência natural do homem, mas de uma necessidade específica da burguesia.²⁶ Daí se depreende que o conteúdo do direito à privacidade fosse condicionado por uma forte carga individualista e pudesse considerar-se como o direito burguês por excelência, ao lado do direito à propriedade.

Entretanto, desde a elaboração teórica e jurisprudencial do direito à privacidade, assistiu-se a um expressivo avanço tecnológico, com o desenvolvimento de máquinas capazes de processar dados, aptas a interferirem de forma mais invasiva na vida dos indivíduos. A capacidade dos computadores de processar informações e realizar tarefas lógicas em volumes abundantes, em alta velocidade e acompanhadas do pressuposto da infalibilidade da ciência, desafiou os humanos – até então, os únicos hábeis a processar informações.²⁷

²² SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela...*, p. 289.

²³ A privacidade engloba as noções de intimidade e de vida privada, mas não se confunde com elas. Paulo Lôbo define a intimidade como aquilo que “diz respeito a fatos, situações e acontecimentos que a pessoa deseja ver sob seu domínio exclusivo, sem compartilhar com qualquer outra” e a vida privada “diz respeito ao ambiente familiar, e sua lesão resvala nos outros membros”. LOBO, Paulo. *Parte Geral...*, p. 154.

²⁴ Expressão consagrada no artigo de Samuel Warren e Louis Brandeis, publicado em 1890, na *Harvard Law Review*, na cidade de Boston, intitulado *The Right to Privacy*, em que os autores defendem que a proteção da pessoa, por meio do Direito, deve passar por transformações capazes de acompanhar as mudanças sociais, midiáticas e tecnológicas. Nesse sentido, afirmam que “Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right “to be let alone”. Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that “what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops”. Disponível em <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em 29 de junho de 2015.

²⁵ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 08.

²⁶ Destaca-se o entendimento de Pontes de Miranda que, muito embora fale apenas em “direito a velar a intimidade” e não em “direito à privacidade”, refere-se a um direito que resulta do exercício da liberdade, a qual o autor considera como um direito inato, descartando essa característica do direito a velar a intimidade. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 126.

²⁷ DONEDA, Danilo. *Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade*, p. 04. No prelo.

No contexto da II Guerra Mundial e no desenrolar da Guerra Fria o desenvolvimento dos computadores e de novos sistemas de telecomunicações foi impulsionado. Tais novidades despertaram, inclusive, certo temor na população a respeito do uso da tecnologia a favor de práticas autoritárias.²⁸

Tamánhas modificações sociais e tecnológicas passaram a exigir uma tutela que o direito à privacidade, em sua acepção tradicional, não estaria apto a fornecer. Assim, a proteção da privacidade, individualista e destinada a uma classe, teria de assumir uma nova faceta, a de direito hábil a assegurar o controle sobre as próprias informações e ter autonomia e liberdade ao constituir o próprio âmbito particular.²⁹

Dessa forma, tratar os direitos da personalidade a partir de uma cláusula geral permitiria a consolidação de uma interpretação ampliadora do direito à privacidade, com uma perspectiva mais vasta de proteção da dignidade pessoal, sobretudo num contexto em que as respostas jurídicas e sociais são muito mais lentas do que a velocidade das mudanças tecnológicas. Mesmo que a cláusula geral da personalidade e o direito à privacidade não sejam a mesma coisa, é inegável a influência que aquela exerce sobre este, especialmente pelo fato de o direito à privacidade ser uma projeção da personalidade.

Nessa perspectiva, Stefano Rodotà procura trabalhar no sentido de superar a acepção clássica da privacidade e propõe uma mudança qualitativa no seu entendimento. Essa mudança ampliaria o campo de atuação da proteção da privacidade, abrindo a possibilidade “de cada um controlar o uso das informações que lhe dizem respeito” e controlar “o exercício do poder baseado na disponibilização de informações”.³⁰ Com isso, consolida-se a defesa da autodeterminação informativa, por meio da qual é possível controlar as próprias informações.

1.2. Dados pessoais, confidencialidade e privacidade

²⁸DONEDA, Danilo. *Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade*, p. 04. No prelo.

²⁹ De acordo com Stefano Rodotà “(...) surge um aparente paradoxo: a forte proteção da esfera privada em última instância não resguarda a privacidade nem a mantém protegida do olhar indesejável; na verdade, permite que crenças e opiniões individuais sejam tornadas públicas livremente. Isto abriu o caminho para aproximar ainda mais a associação entre privacidade e liberdade”. RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15-16.

³⁰ *Ibidem*, p. 24.

A tutela da privacidade, nos moldes como foi concebida no final do século XIX, não é mais capaz de responder às demandas sociais pela preservação da intimidade e da vida privada, conforme se pretendeu expor acima. Para Stefano Rodotà, a tutela da privacidade deve ser exprimida em todas as suas potencialidades, de modo a utilizá-la conforme seus múltiplos significados e de acordo com o sistema político.³¹

O jurista italiano acredita que o incremento da coleta de informações pessoais, tanto por entes públicos quanto privados, possui dois objetivos primordiais: o armazenamento de dados úteis para preparar e gerir políticas de intervenção social e para desenvolver planos empresariais, juntamente com o controle de comportamento da população e de adequação de suas estratégias. A partir disso, pode-se compreender que a privacidade poderia ser um instrumento para reequilibrar a relação entre o sujeito obrigado a fornecer suas informações e os setores (público ou privado) responsáveis pela sua gestão. Com isso, abrir-se-ia a possibilidade de demandar pela privacidade numa dimensão coletiva, no contexto de uma sociedade baseada na coleta e na circulação de informações.³²

Danilo Doneda compreende que, superada a fase da exacerbação do direito meramente individualista, a privacidade assumiu novos ares, tendo se tornado um aspecto fundamental da realização e do desenvolvimento da personalidade. Proteger a privacidade tornou-se um mecanismo imprescindível na garantia da liberdade e da autonomia privada frente às intervenções do Estado e da própria sociedade.³³

Com a multiplicação das formas de acesso e de interferência na privacidade individual, com a facilitação do fornecimento de dados pessoais – que podem ser compreendidos como informações capazes de identificar alguém – que outrora era bastante restrito, foi necessária a ampliação da tutela da privacidade, que passou a disciplinar não apenas as formas de acesso a dados pessoais, mas também o modo como são utilizados e por quais canais circulam.³⁴

Portanto, ainda que o direito à privacidade não tenha deixado completamente

³¹ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje...*, p. 25.

³² *Ibidem*, p. 28.

³³ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais...*, p. 09.

³⁴ CORRÊA, Adriana Espíndola; GEDIEL, José Antônio Peres. *Proteção Jurídica de Dados Pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o Mercado*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, n. 47. Curitiba, 2008, p. 141 – 153, p. 143.

de lado o seu viés individual, assumiu um papel importante tanto no que diz respeito à manutenção de uma sociedade democrática, quanto na garantia de liberdades fundamentais. A relação entre a privacidade e a tutela dos dados pessoais vem se tornando cada vez mais próxima, pois a privacidade se apresenta como um instrumento jurídico, a princípio, apropriado para a sua tutela.³⁵ Assim, o desenvolvimento tecnológico, na medida em que facilita o fluxo e a propagação de informações pessoais e as torna cada vez mais importantes, inclusive com reflexos financeiros, constitui um elemento verdadeiramente desafiador para o direito à privacidade.³⁶

Rodotà afirma que proteger os dados pessoais não se restringe apenas à proteção da privacidade, mas também da liberdade, especialmente nas circunstâncias em que a utilização de tais dados tem assumido grande importância no que diz respeito a políticas de segurança interna e externa e também tem servido a interesses de mercado.³⁷ Com isso, Rodotà revela que, por vezes, tutelar o direito à privacidade pode representar um obstáculo para o desenvolvimento de tais políticas de segurança ou de tais interesses.

Contudo, à primeira vista, o que se percebe é que, longe de ser um obstáculo imediato, a questão da privacidade tem sido esquecida³⁸; nesse sentido, Catarina Sarmiento e Castro descreve o quanto a utilização dos dados pessoais é ordinária e presente no dia a dia das chamadas “pessoas electrónicas”: diuturnamente conectadas.³⁹ Desde o amanhecer, com o despertar do *smartphone*, até o retorno ao lar quando se liga a *smart TV*; passando pelas prestadoras de serviços (energia, água, gás), pelos produtos pagos com o cartão de crédito, ao acionar os dispositivos de segurança do carro por meio da identificação digital, pelo cartão do transporte

³⁵ Necessário esclarecer que quando se fala em proteção dos “dados pessoais” há uma imprecisão terminológica, uma vez que o que se pretende proteger é a pessoa a quem se referem os dados. DONEDA, Danilo. *Um código para a proteção de dados pessoais na Itália*. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC. Ano 4, vol. 16 out a dez 2003, p. 117-133, p. 118.

³⁶ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais...*, p. 12.

³⁷ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje...*, p. 13.

³⁸ Nesse sentido, chama atenção a pesquisa do *Washington Post-Pew Research Center* que revelou que a maioria dos estadunidenses permaneceu indiferente à forma indiscriminada como foram coletados os seus registros telefônicos pela NSA (*National Security Agency*), capitaneada pelo presidente Barack Obama e pela senadora democrata Dianne Feinstein, com a finalidade de ampliar políticas antiterroristas, no ano de 2013. Cf. Disponível em <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,vigilancia-ameaca-a-democracia-imp-1042222>>. Acesso em 05 de julho de 2015.

³⁹ CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da Informática, privacidade e dados pessoais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 19-21.

público etc. Além disso, em qualquer desses espaços, inclusive nas vias públicas, existe a possibilidade de a pessoa ter tido a imagem capturada por algum aparelho de videovigilância.⁴⁰

Todas essas atividades e tantas outras que fazem parte do cotidiano de grande parte da população mundial tornaram-se absolutamente naturais e possuem como ponto comum o fato de serem baseadas na utilização de dados pessoais, que podem ser transformados em preciosas informações. É inegável que todas elas oferecem alguma utilidade e grande praticidade no dia a dia atribulado e repleto de tarefas a serem cumpridas. Todavia, verifica-se que a utilização desses dados por terceiros tem sido feita em larga escala e, na maior parte dos casos, sem considerar a existência do consentimento individual e do direito à privacidade.⁴¹

Por isso, os desafios para proteger os dados pessoais são bastante grandes, especialmente em cenários em que são destinados para um fim específico, mas acabam sendo utilizados para outro. Também é problemática a relação, não raramente estabelecida, entre agências responsáveis por tratar esses dados que, por algum proveito eventual, compartilham informações que deveriam permanecer somente sob sua guarda.

Compreender a proteção dos dados pessoais como expressão da liberdade e da dignidade da pessoa, a fim de impedir que a sua utilização transforme os indivíduos em seres vigiados e controlados ininterruptamente, remete à preocupação sobre como essa proteção se dá no âmbito jurídico. Com isso, entende-se pertinente apresentar os aspectos gerais da legislação de países estrangeiros que tratam especificamente da proteção dos dados pessoais.

Na Europa, o debate a respeito do tema teve início, oficialmente, em 1967, ano em que o Conselho da Europa constituiu uma Comissão Consultiva para analisar as tecnologias da informação e seu potencial de agressividade aos direitos

⁴⁰ Em 2014, o Google Brasil foi condenado pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco a indenizar uma adolescente, por ter registrado, por meio do programa *Google Street View*, o momento em que ela trocava de roupa. O defensor da adolescente alegou que ocorreu dano a sua integridade psíquica e moral; já o Google sustentou que as imagens capturadas pelo programa eram de acesso público e que, de acordo com sua política de privacidade, havia a possibilidade de a adolescente pedir a remoção de sua imagem. O juiz Rogério Lins e Silva entendeu que a conduta do Google era por si só danosa e condenou a empresa ao pagamento de indenização, pela violação do direito à imagem, intimidade e privacidade. Disponível em <http://shankarcabus.jusbrasil.com.br/noticias/112360060/google-brasil-tera-que-indenizar-menor-por-expor-troca-de-roupa-no-street-view?ref=topic_feed> Acesso em 07 de junho de 2015.

⁴¹ CORRÊA, Adriana Espíndola; GEDIEL, José Antônio Peres. *Proteção Jurídica de Dados Pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o Mercado...*, p. 143.

da pessoa.⁴² Com isso, foi elaborada a Resolução 509 que tratou da relação entre os direitos humanos e as novas conquistas científicas e técnicas. A partir disso, alguns Estados como Portugal (Constituição de 1976), Espanha (Constituição 1978) e Alemanha, de modo direto ou indireto⁴³, incorporaram a proteção dos dados pessoais em suas constituições.

Entre as décadas de 1960 e 1980, surgiram três gerações de legislação de proteção dos dados pessoais.⁴⁴ A primeira geração trouxe leis baseadas na tutela da privacidade dos dados que circulassem em grandes centros, por meio do controle da autorização rígida e detalhada do funcionamento de bancos de dados, com o objetivo de inspecionar os procedimentos de coleta e manipulação dos dados, com fiscalização posterior por parte dos governos. Contudo, o desenvolvimento tecnológico não cessou e as máquinas de informática, na época bastante restritas, acabaram por se difundir, o que dificultaria o controle centralizado dos bancos de dados. Assim, em meados da década de 1970, surgiram as leis de segunda geração que, levando em conta a proliferação da “rede de computadores Internet”⁴⁵, acabaram por facilitar a criação de bancos de dados e previram definições mais precisas de seus institutos.

A terceira geração, já na década de 1980, é resultado, mais uma vez, das intensas modificações tecnológicas e da proliferação de máquinas capazes de processar dados de modo rápido e eficiente. Essa geração tem como característica a previsão de uma tutela mais flexível, distante do caráter rígido da regulamentação dos anos 1960, com a previsão de princípios que deveriam guiar o tratamento dos dados.

Não obstante, cabe especial destaque à Diretiva 95/46/CE do Conselho da

⁴² GARCÍA-GONZÁLEZ, Aristeo. *La Protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/120/art/art3.htm>>. Acesso em: 29 de junho de 2015.

⁴³ As Constituições de Portugal e Espanha fizeram expressa menção à proteção de dados pessoais em face do desenvolvimento da informática, já a Constituição alemã fez referência ao direito à autodeterminação informativa, com fundamento na dignidade humana e na liberdade, conferindo ao homem a possibilidade de influenciar sobre como, onde, quando e em qual contexto se apresentará ao ambiente social, por isso se falar em modo direto ou indireto. GARCÍA-GONZÁLEZ, Aristeo. *La Protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/120/art/art3.htm>>. Acesso em: 29 de junho de 2015.

⁴⁴ DONEDA, Danilo. *Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade*, p. 15-16. No prelo.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 16.

Europa, de outubro de 1995. Esse instrumento normativo serviu de base para a elaboração de legislações a respeito da proteção de dados pessoais nos países pertencentes à União Europeia e tinha como objetivo a uniformização das leis a fim de facilitar a circulação dos dados.⁴⁶ Segundo esse documento, os dados pessoais devem ser compreendidos como “qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável”. O documento ainda define o tratamento dos dados como “qualquer operação ou conjunto de operações efetuadas sobre os dados pessoais”.

A diretiva destina-se ao “tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como ao tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contidos num ficheiro ou a ele destinados” (artigo 3º, 1). Porém, a diretiva não se aplica ao tratamento feito por “uma pessoa singular no exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas”, particularmente, não se aplica “no exercício de atividades não sujeitas à aplicação do direito comunitário”, e não se aplica aos casos em que o tratamento dos dados tenha por finalidade a promoção da segurança pública, da defesa e da segurança do Estado, inclusive para garantir o bem-estar econômico e a tutela jurídico-penal (artigo 3º, 2).

Em seu artigo 8º, o Conselho Europeu procurou dar especial atenção aos chamados dados sensíveis, com potencial discriminatório, são aqueles que revelam traços étnicos, raciais, políticos, religiosos, filosóficos, sindicais, sexuais e genéticos.⁴⁷ As informações decorrentes desses dados somente poderão ser tratadas em casos excepcionais, em favor de medidas de segurança, com o consentimento individual ou em caso de previsão em lei.

A Diretiva Europeia traçou, ainda, alguns princípios que devem guiar todo o procedimento de tratamento dos dados pessoais. Esses princípios são o da transparência, que prevê que a pessoa que forneceu os dados deve ter acesso à forma, ao período e aos resultados do tratamento de seus dados; o da finalidade, que determina que a utilização dos dados pessoais deve seguir uma finalidade específica, legítima, de acordo com a lei e deve ser previamente apresentada aos fornecedores. Por fim, há os princípios relativos à qualidade dos dados, dos quais decorre a necessidade de que o objeto do tratamento dos dados seja leal e lícito,

⁴⁶ DONEDA, Danilo. *Um código para a proteção de dados pessoais na Itália...*, p. 121.

⁴⁷ CORRÊA, Adriana Espíndola; GEDIEL, José Antônio Peres. *Proteção Jurídica de Dados Pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o Mercado...*, p. 144.

bem como devem ser adequados e exatos à sua finalidade.

Na América Latina, toma-se como referência a legislação mexicana, que demorou para avançar no sentido da proteção dos dados pessoais, tendo surgido a primeira menção direta somente em 2002, com a promulgação da Lei Federal de Transparência e Acesso à Informação Pública. Ainda que definisse juridicamente os dados pessoais⁴⁸, a lei abordou-os de modo bastante limitado. Em 2010 foi promulgada a lei que regula especificamente a proteção dos dados pessoais no país. Por meio do Instituto Federal de Acesso à Informação e Proteção de Dados, o país trabalha, simultaneamente, com a ideia de garantir acesso à informação pública governamental e de proteger as informações pessoais.⁴⁹

A *Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares* tem como finalidade regular o tratamento legítimo, controlado e informado dos dados a fim de assegurar a privacidade e o direito de autodeterminação informativa individual. A lei é destinada a todos os particulares, sejam pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, que utilizem o tratamento de dados pessoais, exceto as Sociedades de Controle de Crédito, que possuem regulação específica, e aqueles que utilizam dados pessoais para uso exclusivamente pessoal, sem a finalidade de divulgação ou de comercialização.

Os dados pessoais, à semelhança da Diretiva Europeia, foram definidos como “*Cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable*” (Artigo 3º, V). A forma como se compreende o tratamento também é bastante parecida, uma vez que trata da “*obtención, uso, divulgación o almacenamiento de datos personales, por cualquier medio. El uso abarca cualquier acción de acceso, manejo, aprovechamiento, transferencia o disposición de datos personales*” (artigo 3º, XVIII).

Foram previstos também os *datos personales sensibles* (artigo 3º, VI), aqueles que podem dar origem a qualquer tipo de discriminação, como os que dizem

⁴⁸ “Artículo 3º Para los efectos de esta Ley se entenderá por II. Datos personales: La información concerniente a una persona física, identificada o identificable, entre otra, la relativa a su origen étnico o racial, o que esté referida a las características físicas, morales o emocionales, a su vida afectiva y familiar, domicilio, número telefónico, patrimonio, ideología y opiniones políticas, creencias o convicciones religiosas o filosóficas, los estados de salud físicos o mentales, las preferencias sexuales, u otras análogas que afecten su intimidad.” Cf. GARCÍA-GONZÁLEZ, Aristeo. *La Protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/120/art/art3.htm>>. Acesso em: 29 de junho de 2015.

⁴⁹ INSTITUTO FEDERAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS. Disponível em <ifai.org.mx> Acesso em 26 de abril de 2015.

respeito à origem étnica, racial, ao estado de saúde, aos que contêm informações genéticas, crenças religiosas, filosóficas e morais, posicionamento político, orientação sexual e filiação sindical. A manipulação desses dados deverá ser feita de modo especial, devendo o responsável ter o consentimento expresso e por escrito do titular, com autorização por meio de assinatura do titular dos dados; ainda, estabeleceu-se que a criação de base de dados sensíveis somente será possível se tiver finalidades legítimas, concretas e de acordo com os fins explicitamente perseguidos (artigo 9º).

Os princípios que devem reger o tratamento dos dados pessoais são os da licitude, que determina que os dados não podem ser captados por meios enganosos ou fraudulentos, respeitando-se as previsões legais; do consentimento, que dispõe sobre o tratamento dos dados somente mediante consentimento, mas com algumas exceções; da informação, que prevê a obrigação de informar o titular dos dados sobre os procedimentos a serem adotados no seu tratamento; da finalidade, segundo o qual o tratamento deve se restringir a finalidades previamente estabelecidas, devendo-se descartá-los após a sua utilização. Entretanto, a própria lei prevê alguns limites para esses princípios, que poderão ser excepcionados quando houver interesse da proteção da segurança nacional, da ordem, da segurança e da saúde pública (artigo 4º).

Outro ponto comum entre a Diretiva Europeia e a Lei Federal do México é a previsão da confidencialidade do tratamento dos dados pessoais. De acordo com a diretiva 96/45/CE, o tratamento dos dados pessoais deve respeitar a confidencialidade, segundo a qual, qualquer indivíduo que venha a manipular os dados, deverá atender a todas as instruções do responsável (pessoa singular ou coletiva) pelo tratamento (artigo 16). De forma análoga, a legislação mexicana refere-se ao dever de guardar a confidencialidade dos dados pessoais por parte do responsável ou de qualquer terceiro que venha a entrar em contato com eles e ressalta que essa obrigação subsistirá mesmo após o fim do tratamento dos dados.

Portanto, pode-se concluir que da relação entre a proteção da privacidade e dos dados pessoais decorre uma técnica de proteção, o dever de confidencialidade.⁵⁰ Esse dever pode ser traduzido como uma obrigação de sigilo, a qual determina que, uma vez conhecidos determinados dados, os responsáveis por

⁵⁰ CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da Informática, privacidade e dados pessoais...*, p. 271.

tratá-los devem, obrigatoriamente, mantê-los em sigilo, inclusive após o fim do tratamento.

Desse modo, nota-se que a Diretiva europeia não influenciou apenas a legislação dos países europeus, mas também de outros continentes, como o México, cuja legislação é-lhe bastante próxima. Nesse sentido, a análise de alguns aspectos de ambos os instrumentos levam a ressalvas, pois se vislumbra uma forte dificuldade de equilibrar interesses, tendo se constituído um paradoxo entre a proteção dos dados *versus* a imprescindibilidade de garantia dos interesses do Estado e econômicos de mercado.⁵¹

De um lado, evidentemente, há a preocupação e a ciência da importância em preservar a privacidade em relação à utilização dos dados pessoais. De outro, porém, está sempre prevista a exceção em favor de objetivos de controle do Estado e do mercado. Os possíveis paradoxos, em ambos os textos, foram previstos como formas de exceção de aplicação da lei. Da Diretiva europeia, vislumbram-se exceções à proteção dos dados pessoais sensíveis em caso de medidas de segurança, de consentimento do usuário e de previsão legal. Já a Lei do México prevê que para as Sociedades de Controle de Crédito aquela lei não se aplica, devendo ser regulada por lei própria; além disso, excepciona a aplicação dos princípios em favor da promoção da segurança nacional, da ordem, da segurança e da saúde pública.

Apesar das críticas preliminares à Diretiva europeia e à Lei Mexicana, não se pode negar o valor de tais documentos jurídicos, pois ainda que abram possibilidades indeterminadas de exceção, fornecem alguma garantia à proteção dos dados pessoais e deixam clara qual é a política em relação ao tema, ao passo que o Brasil ainda não possui legislação para a proteção de tais dados. Já foram apresentados diversos anteprojetos de lei com essa finalidade, entretanto, nenhum deles foi aprovado. Contudo, a temática já foi abordada quando da previsão constitucional do *habeas data*, no Código de Defesa do Consumidor e foi tratada recentemente pelo Marco Civil da Internet, além disso, tem em seu horizonte um novo anteprojeto de lei.

⁵¹ EDELMAN, Bernard. *L'homme numérique* : question d'image. In : L'individu face aux nouvelles Technologies : surveillance, identification et suivi. Université de Lausanne. Paris : Schulthess, 2005, p. 39 – 49, p. 41.

1.2.1. A proteção dos dados pessoais na legislação brasileira

O Brasil ainda não possui legislação específica a respeito da proteção dos dados pessoais, mas conta com o *habeas data*, o Código de Defesa do Consumidor e o Marco Civil da Internet, que são as principais ferramentas jurídicas de que o Direito Brasileiro dispõe sobre a matéria e que serão apresentados a seguir.

Na Constituição Brasileira de 1988, no artigo 5º, inciso LXXII, foi previsto o *habeas data*, regulamentado pela Lei 9.507/97, a partir do qual o impetrante pode acessar os registros ou os bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, a fim de ter conhecimento de suas informações ou de retificá-las. Porém, é pouco abrangente, pois se restringe aos bancos de dados públicos, exige a recusa da administração para fornecer a informação e não prevê a possibilidade de demandar pela exclusão de informações coletadas de forma indevida.⁵²

O Código de Defesa do Consumidor, de 1990, prevê uma seção sobre os Bancos de Dados e o Cadastro dos Consumidores. Apresenta no artigo 43 a garantia de que o consumidor poderá ter acesso e solicitar a retificação de informações pessoais registradas pelos fornecedores; além disso, prevê que o consumidor deverá ser informado a respeito da inclusão de seus dados em um cadastro, que será mantido pelo prazo máximo de 05 anos.⁵³ No § 4º, do artigo 43, foi definido que “Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público”, o que amplia o campo de aplicabilidade do *habeas data*; contudo, a proteção continua sendo bastante restrita, uma vez que protege os dados apenas dos indivíduos na condição de consumidores.

O Marco Civil da Internet, Lei n.º 12.965 de 23 de abril de 2014, estabelece os princípios, as garantias, os direitos e os deveres dos usuários da internet, mas ainda carece de regulamentação em alguns pontos. Durante o longo processo de sua elaboração, um dos eixos mais discutidos foi o de proteção à privacidade e dos dados pessoais, que acabou obtendo destaque após as revelações de Edward Snowden sobre práticas de vigilância em massa por meio da rede mundial de

⁵² DONEDA, Danilo. *Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade*, p. 18. No prelo.

⁵³ *Ibidem*, p. 17.

computadores.⁵⁴ De acordo com o artigo 2º, inciso II, os seus fundamentos são a proteção aos direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania dos meios digitais. Quanto aos princípios, conforme se depreende do artigo 3º, incisos II e III, tem como postulados a proteção da privacidade e dos dados pessoais.

A lei dispõe, também, sobre os direitos e garantias dos usuários, dentre os quais se encontram a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, a inviolabilidade e o sigilo do fluxo das comunicações pela internet, a inviolabilidade e sigilo das comunicações privadas armazenadas, o não fornecimento a terceiros dos dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações da internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado⁵⁵ ou nas hipóteses previstas em lei e informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais (artigo 7º, inciso I, II e III, VII, VIII).

Para além dessas disposições, a lei apresenta uma Seção sobre a Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas. Do artigo 10 ao 12, estabelece, em suma, que a guarda e a disponibilização dos dados pessoais e de comunicações privadas devem atender à preservação da intimidade e da vida privada, conforme a lei brasileira. Prevê que o provedor responsável pela guarda dos dados deverá disponibilizá-los caso haja necessidade de identificar o usuário ou o terminal, mediante autorização judicial. Dispõe sobre a concessão do conteúdo de comunicações privadas, com autorização judicial prévia, de acordo com as hipóteses previstas em lei. Permite o acesso aos dados cadastrais (qualificação pessoal, filiação, endereço) pelas autoridades administrativas competentes. Define que as medidas e procedimentos de segurança e de sigilo devem ser anunciadas de forma clara e devem respeitar o direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

Resolve que qualquer ato de coleta, armazenamento, guarda ou tratamento dos dados pessoais, das comunicações, das aplicações e dos registros que ocorram

⁵⁴ Regulamentação do Marco Civil da Internet. Considerações para o eixo “Privacidade e Liberdade de Expressão”, p. 04. Disponível em < <http://artigo19.org/wp-content/uploads/2015/03/mcprivacidade.pdf> > Acesso em 06 de julho de 2015.

⁵⁵ Adriana Espíndola Corrêa refere-se ao consentimento como a expressão da autonomia privada, entendida como “instrumento de tutela pessoal no âmbito dos direitos da personalidade relativos à dimensão corporal e à intimidade do sujeito”. CORRÊA, Adriana Espíndola. *O corpo digitalizado: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 216.

no Brasil, deverão atender a lei brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros. No artigo 12, foram previstas, ainda, algumas sanções em caso de infração ao disposto nos artigos 10 e 11, como medidas corretivas, multas, suspensão ou proibição das atividades que estejam relacionadas a atos previstos no artigo 11.

Em diversos pontos, a lei de 2014 atinge diretamente temas bastante relevantes no que diz respeito aos dados pessoais, em particular por apresentar garantias e princípios de sua proteção com fundamento na preservação da privacidade. Todavia, embora o texto seja bastante amplo e altamente relevante, face ao contexto atual de circulação em massa de informações pessoais via internet, a sua abrangência é limitada e não exclui a importância de uma lei geral sobre a proteção dos dados pessoais. Assim, revela-se imprescindível tratar a respeito do mais recente Anteprojeto de Lei de Proteção dos Dados Pessoais (ALPDP), o que não se pretende fazer de modo exaustivo.

A última proposta de texto legal resultou da parceria entre o Ministério da Justiça e o Observatório Brasileiro de Políticas Digitais do Comitê Gestor da Internet no Brasil. Durante 05 meses, entre 2010 e 2011, foi feita uma série de contribuições, analisadas pelo Poder Executivo e órgãos interessados para a consolidação do texto final do anteprojeto.

No início de 2015, o Ministério da Justiça lançou dois portais na internet para consultar a população, um sobre o ALPDP⁵⁶ e outro sobre a regulamentação do Marco Civil da Internet⁵⁷, que perduraram até a primeira semana de julho do mesmo ano. O lançamento dessas plataformas de consulta pública tem como objetivo a regulamentação do Marco da Internet e a elaboração do anteprojeto de modo colaborativo com a população, como ocorreu com o anteprojeto do Marco Civil da Internet.⁵⁸

O texto do ALPDP trata da regulação do tratamento destinado à proteção de dados pessoais, e tem como pressuposto a proteção da personalidade e da dignidade da pessoa natural. No artigo 1º apresentam-se os objetivos da lei, que visa a garantir os direitos fundamentais de liberdade, intimidade e privacidade da

⁵⁶ Endereço eletrônico: participacao.mj.gov.br/dadospessoais/

⁵⁷ Endereço eletrônico: participacao.mj.gov.br/marcocivil/

⁵⁸ Marco Civil da Internet e Proteção de Dados Pessoais vão a debate. Disponível em: < www.conjur.com.br/2015-jan-27/marco-civil-internet-protECAO-dados-pessoais-debate > Acesso em 07 de setembro de 2015.

pessoa natural.

A lei destina-se ao tratamento de dados feito por meio total ou parcialmente automatizado, seja por pessoa física ou pessoa jurídica, de direito público ou privado, desde que os dados tenham sido coletados no Brasil ou o tratamento seja realizado no país (artigo 2º). Outro ponto relevante é a vedação aos órgãos e entidades públicas de realizar a transferência ou a troca de sua base de dados com entidades privadas, “exceto em casos de execução terceirizada ou mediante concessão e permissão de atividade pública que o exija e exclusivamente para fim específico e determinado” (artigo 2º, §3º).

No artigo 4º foi prevista outra exceção à aplicação do ALPDP, da qual se depreende que o tratamento dos dados pessoais destinados à garantia da segurança pública, da defesa e da segurança do Estado ou de atividades de combate ao crime, será regido por lei específica, mas, os princípios gerais de proteção do titular dos dados desta lei deverão ser observados.⁵⁹

O ALPDP, em seu artigo 5º, apresenta algumas definições relevantes, entre elas se encontra o conceito de dado pessoal, “dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável” (art. 5º, I) e o de tratamento que, em síntese, consiste numa série de ações que podem ser efetuadas por meio da manipulação dos dados e das informações deles decorrentes (art. 5º, II).

Assim como a diretiva europeia e a lei mexicana, o anteprojeto brasileiro prevê a existência de dados sensíveis. Tais dados devem ter uma proteção diferenciada, pois são aqueles que revelam a origem étnica ou racial, as crenças religiosas, filosóficas ou morais, o posicionamento político, a relação com sindicatos ou entidades religiosas, filosóficas ou políticas e também os dados de saúde, os genéticos e sexuais (art. 5º, III).

O tratamento desse tipo de dado é defeso, mas no artigo 12 foram elencadas as exceções, que consistem na possibilidade de manipulá-los quando houver (i) consentimento do titular; (ii) ou quando, mesmo sem o consentimento do titular, os dados forem de acesso público irrestrito ou indispensáveis para o cumprimento de obrigações legais, por exemplo, em caso de realização de pesquisa histórica ou

⁵⁹ Destaca-se o comentário de Marta Kanashiro, autora da tese “Biometria no Brasil: novos rumos para a identidade e identificação”, a respeito do dispositivo: “esse artigo abre uma brecha descabida para abuso de poder e pode ter consequências muito problemáticas em termos de criminalização de movimentos sociais”. Disponível em < <http://participacao.mj.gov.br/dadospessoais/texto-em-debate/anteprojeto-de-lei-para-a-protecao-de-dados-pessoais/> > Acesso: 12 de setembro de 2015.

científica, ou para fins de exercício regular do direito, frente à administração pública ou para a tutela da saúde. Por fim, o § 2º deste artigo prevê a possibilidade de os dados biométricos serem considerados dados sensíveis.

Os princípios aplicáveis ao tratamento constam no artigo 6º e são: o da finalidade, que determina que os dados devem receber destinação legítima, específica, explícita e previamente conhecida pelo titular; da adequação, devendo haver adequação entre o tratamento e os objetivos a serem alcançados; da necessidade, que restringe a utilização dos dados por período razoável e até que sejam alcançadas as finalidades; do livre acesso aos dados por parte dos titulares; da qualidade dos dados, garantindo-se “a exatidão, a clareza e a atualização dos dados, de acordo com a periodicidade necessária para o cumprimento da finalidade de seu tratamento” (art. 6º, V); da transparência, garantindo-se informações claras a respeito dos dados para os titulares; da segurança, que assegura a utilização de técnica adequada para a proteção dos dados pessoais; da prevenção, evitando danos em razão do tratamento dos dados; e da não discriminação, o que impede que o tratamento dos dados pessoais seja feito com a finalidade de gerar discriminação.

Dessa breve análise, verifica-se que ampliar a aceção da privacidade é altamente relevante para conferir proteção jurídica aos dados pessoais, contudo, é arriscado permanecer indiferente ao fato de que apenas a dilatação da interpretação do direito à privacidade será suficiente para a sua proteção.

Compreende-se que há uma grande importância na elaboração de leis com o conteúdo de proteção dos dados pessoais, uma vez que conferem segurança jurídica para os titulares e para aqueles que os manipulam, seja de setores públicos ou privados. Por outro lado, abre-se uma série de exceções, seja em relação ao alcance das leis, à manipulação dos dados ou à abrangência dos princípios, mas que são destinadas, em regra, à promoção de interesses do Estado (econômicos, criminais, por exemplo) e à consolidação de um mercado sobre os dados pessoais.

Não se trata de propor que os direitos à privacidade e à proteção dos dados pessoais sejam considerados absolutos, mas de compreender o que está por trás da valorização e do crescente interesse em se ter acesso aos dados pessoais. Nesse sentido, pretende-se dedicar especial atenção aos dados biométricos, uma categoria de informação bastante emblemática que abre espaço para um amplo debate.

Capítulo II – Dados biométricos, identificação e segurança – o corpo decodificado

O fornecimento de dados pessoais como o nome, número de identificação, cadastro de pessoa física, e-mail, endereço, como já se sabe, é absolutamente comum no cotidiano de qualquer indivíduo que frequente mercados, lojas, estacionamentos, bibliotecas e tantos outros lugares. Com o crescimento da necessidade de apresentar, a todo momento, informações que dizem respeito a si mesmos, os indivíduos são intensamente bombardeados com propagandas voltadas para o consumo, mas também devem permanecer atentos aos chamados das empresas de controle de crédito e câmeras de vigilância que estão por todos os lados.

Com toda a fragilidade da preservação dos dados pessoais e diante de tantas possibilidades de exceção da proteção, a presente pesquisa procura aproximar-se dos dados biométricos, especialmente, por se tratar de informações coletadas a partir de características biológicas, anatômicas e comportamentais, provenientes do corpo dos indivíduos.⁶⁰ Assim, busca-se compreender o conceito, as utilidades e a forma como é colhido o material biométrico. A partir disso, visa-se a analisar quais são as principais razões e consequências do uso da biometria, sobretudo, após a difusão da rede de internet que possibilitou e ampliou a circulação dos dados.

2.1. Dados biométricos: busca pela verdade e segurança

A biometria é uma forma de identificação individual por meio das medidas extraídas do corpo, pela qual se procura identificar o indivíduo a partir de suas características biológicas únicas. Diversos elementos ligados ao corpo humano podem ser medidos e utilizados como dado biométrico, como o reconhecimento facial ou vocal, a impressão das digitais, da íris, da retina, a análise do comportamento ou do sistema venoso e do contorno da face, das mãos e da caminhada, os contornos da letra e da grafia.⁶¹

A sua utilização teve início na segunda metade do século XIX, na França. Foi

⁶⁰ CABAL, Christian. *La necessite de definir um cadre juridique adapte à la biométrie*. In : L'individu face aux nouvelles Technologies : surveillance, identification et suivi. Université de Lausanne. Paris : Schulthess, 2005, p. 23 – 30, p. 23.

⁶¹ Ibidem, p. 25.

pela necessidade de estabelecer uma espécie de retrato falado que o criminologista Alphonse Bertillon passou a utilizar a fotografia sinalética e os dados antropométricos, como revela Giorgio Agamben.⁶² Alguns anos depois, na Inglaterra, Francis Galton desenvolveu a técnica capaz de imprimir as digitais.

Ambos, Bertillon e Galton, tinham a preocupação de desenvolver elementos capazes de identificar e facilitar a perseguição de criminosos reincidentes. Portanto, verifica-se que a identificação pela utilização de técnicas biométricas surgiu com o intuito de controlar e perseguir criminosos reincidentes.⁶³ Atualmente, porém, a sua utilização se tornou muito mais ampla e não mais ligada ao controle de criminosos já condenados, mas, planeja-se o controle prévio de qualquer indivíduo.

A jurista portuguesa, Catarina Sarmiento e Castro, afirma que a forma mais conhecida e comum de auferir o dado biométrico é pela coleta da impressão digital, que passou por incrementos tecnológicos que a transformaram num instrumento automático e mais próximo da precisão. O principal argumento para a sua difusão é o de que a partir dela se torna possível o reconhecimento individual, fiel e livre de fraudes.⁶⁴

Entretanto, como assevera Christian Cabal, os dados biométricos vão muito além dos dados meramente anatômicos, pois, a “voz, o gesto, o odor, a temperatura” e as “fotografias digitalizadas”⁶⁵ são também utilizados como elementos capazes de identificar indivíduos. Com o aprimoramento da tecnologia e com a multiplicação das formas de coleta de medidas antropométricas, compreende-se que o emprego da biometria possibilita um sistema de reconhecimento automático e veloz, habilitado para reconhecer os indivíduos em massa, seja dentro de um pequeno quarteirão ou numa dimensão internacional, sem a necessidade de cartões ou senhas.⁶⁶

Segundo Astrid Albrecht⁶⁷, o objetivo do reconhecimento por meio da

⁶² AGAMBEN, Giorgio. *Como a obsessão por segurança muda a democracia*. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1568>>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2015.

⁶³ Nesse sentido, verificar-se-á que o controle pela biometria se transformou de instrumento utilizado para a repressão em instrumento de prevenção. Cf. CABAL, Christian. *La necessite de definir un cadre juridique adapte à la biométrie...*, p. 23.

⁶⁴ CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da Informática, privacidade e dados pessoais...*, p. 82.

⁶⁵ CABAL, Christian. *La necessite de definir un cadre juridique adapte à la biométrie...*, p. 23. Tradução livre de « *la voix, le geste, l'odeur, la chaleur (...) les photographies numérisées* ».

⁶⁶ Nessa perspectiva, o próprio indivíduo, fragmentado em informações, torna-se a sua própria senha. *Ibidem*, p. 24.

⁶⁷ ALBRECHT, Astrid. *Biometrics – Technical and Legal Aspects from the German Point of View*. In: *L'individu face aux nouvelles Technologies : surveillance, identification et suivi*. Université de

biometria serve para a identificação, pela qual se tem certeza da identidade do indivíduo, ou para a autenticação, pela qual é possível confirmar ou rejeitar a identidade reivindicada. De acordo com essa jurista alemã, em síntese, os sistemas biométricos são compostos pela inscrição do usuário no sistema, pela captura das características biométricas relevantes da pessoa, pela criação de um *template* (modelo) e pela comparação entre as características apresentadas e as armazenadas.⁶⁸

Castro apresenta duas formas distintas de se agrupar os dados biométricos: (i) há os dados anatômicos e biológicos, ligados a características físicas, como, por exemplo, a impressão digital e o DNA e (ii) há também aqueles associados a características comportamentais, sendo o exemplo mais comum a assinatura escrita. Por fim, existem os sistemas capazes de integrar as formas de dados biométricos, considerando simultaneamente os dados anatômicos, biológicos e comportamentais.⁶⁹

As principais vantagens do emprego dos dados biométricos para fins de identificação ou autenticação dos indivíduos residem no fato de eles serem: (i) individuais e personalíssimos, pois são únicos e não se repetem entre indivíduos; (ii) universais, o que quer dizer que são comuns a todos os indivíduos e qualquer um pode fornecê-los; (iii) estáveis, variam apenas de indivíduo para indivíduo, mas a mesma pessoa terá sempre os mesmos dados, em tese⁷⁰; (iv) armazenáveis e quantificáveis, o que facilita a administração e tratamento dentro dos bancos de dados.

Percebe-se que a identificação biométrica se pretende um método preciso e dinâmico, uma vez que permite a verificação automatizada de dados coletados a partir de características constituintes do corpo individual. Com isso, nota-se que a intensificação da busca por mecanismos de segurança, a incorporação de elementos biométricos para fins de identificação, seja pelos passaportes, carteiras de identidade, dados bancários ou carteiras de plano de saúde, cresceu em larga

Lausanne. Paris : Schulthess, 2005, p. 123-145, p. 125.

⁶⁸ Ibidem, p. 128.

⁶⁹ CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da Informática, privacidade e dados pessoais...*, p. 83.

⁷⁰ Bernard Edelman afirma que o método biométrico, apesar de ser aparentemente preciso, pode ser falível, pois do ponto de vista técnico, o momento da avaliação e a comparação dos dados biométricos, em alguma medida, são vulneráveis a erros, uma vez que os elementos sobre os quais estão baseados são sujeitos a mudanças - naturais ou artificiais - mesmo que sutis, sendo possível reproduzir apenas probabilidades, sem uma garantia de 100% de certeza. Cf. EDELMAN, Bernard. *L'homme numérique : question d'image...*, p. 44.

escala.

Por se tratar da identificação por meio de características intrínsecas aos indivíduos (*information of the person*), a biometria não pode ser facilmente reproduzida por outras pessoas, o que dificulta a sua utilização por mal-intencionados, sendo, portanto, instrumento muito útil contra possíveis fraudes. É exatamente na suposta exatidão proporcionada pela biometria em que se justifica a profusão de seu emprego.

Com a precisão proporcionada pela biometria, ela se tornou um método de elevada importância para a promoção da segurança, seja de prédios públicos e privados ou de países inteiros. A busca pela segurança, inclusive, é o grande motivo para a disseminação do uso da biometria. Em diversos países, acredita-se que ao exigir a identificação biométrica dos indivíduos, ter-se-ia nas mãos uma importante arma para lutar a “guerra contra ao terror”.⁷¹

Entretanto, embora a avançada tecnologia que envolve os sistemas biométricos seja facilmente ligada à ideia de infalibilidade, é imprescindível demonstrar que, por vezes, tais técnicas podem apresentar falhas e que pelo seu próprio conceito e propósito, podem ser bastante danosos.⁷² Em meio a questionamentos em relação à utilização da biometria quanto à qualidade técnica dos sistemas e à imparcialidade de quem armazena e administra os dados, Cabal afirma que há dois problemas bastante evidentes quanto à sua utilização.⁷³

Em primeiro lugar, a biometria, quando vista como técnica de vigilância, pode ser interpretada como uma séria ameaça à liberdade individual, servindo como instrumento para o controle da população, tanto em países democráticos quanto em países autoritários. Em segundo lugar, por se tratar de uma técnica que recolhe informações intrinsecamente ligadas às pessoas, há possível ameaça à privacidade.⁷⁴

Assim, ainda que a identificação e a autenticação biométrica sejam muito práticas e facilitem o acesso a meios físicos, virtuais, contas bancárias, plano de saúde, academias (...), e sejam uma forma de identificação mais precisa do que se costumava usar até pouco tempo atrás, questiona-se se é possível conciliar a sua

⁷¹ Guerra que se intensificou após o atentado terrorista de 11 de setembro de 2001. CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da Informática, privacidade e dados pessoais...*, p. p. 140.

⁷² Cf. nota de rodapé 70.

⁷³ CABAL, Christian. *La nécessité de définir un cadre juridique adapté à la biométrie...*, p. 28.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 29.

utilização com a observância do direito da privacidade, da proteção de dados pessoais, das liberdades individuais e do direito de ir e vir, em especial, por ser cada dia mais frequente a obrigatoriedade do seu fornecimento.

2.2. Identificação biométrica, privacidade, liberdade e democracia

A utilização da biometria demonstra uma opção pela certeza e pela suposta precisão técnica que o método promete. Justificar o seu emprego pela necessidade de promover a segurança pública e controlar a circulação das pessoas pode convencer desde líderes políticos mundiais até síndicos de prédios, mas a análise crítica dos efeitos e consequências que podem ser geradas a partir disso é imprescindível, especialmente no que diz respeito à salvaguarda dos direitos da personalidade.

Nessa perspectiva, Bernard Edelman questiona: quem é o homem na biometria?⁷⁵ É o que ele denomina de homem digitalizado⁷⁶ - *l'homme numérique* -, que não corresponde apenas ao homem em si, mas a uma constelação de homens, congregando os aspectos biológico, técnico e *economicus*. A partir disso, para Edelman, consolida-se certa incompatibilidade entre o homem digitalizado e o homem privado (aquele protegido pelo Código Civil), visto na sua singularidade e que, em tese, possui seus direitos resguardados.

Para o autor, haveria uma contradição entre a superproteção jurídica do homem privado e o que ele chama de nudez do homem digitalizado. Isso se traduz no conflito entre a proteção de si mesmo em paralelo ao seu abandono em nome da promoção da segurança. Os direitos da personalidade estão presentes no ordenamento jurídico, mas tem se mostrado capazes de tutelá-los apenas na esfera estritamente individual e, por isso, são colocados à prova quando contrapostos às novas necessidades de transparência em face da garantia da segurança.⁷⁷

Com isso, o jurista francês demonstra que, de certa forma, há um convencimento geral da população em relação à importância de fornecer os dados

⁷⁵ EDELMAN, Bernard. *L'homme numérique : question d'image...*, p. 40.

⁷⁶ O autor define o homem digitalizado como o homem detalhadamente identificado de modo a se tornar transparente, o que o impede de dissimular. A noção de homem digitalizado implica, inclusive, uma espécie de redução do indivíduo a uma pura e simples informação, decorrente de aspectos biológicos e utilizados, especialmente, para atender necessidades de mercado. *Ibidem*, p. 44 e 49.

⁷⁷ *Ibidem*..., p.41.

biométricos para favorecer políticas de controle, em particular, quando o indivíduo se sente diretamente confrontado pelo inimigo-mor dos países, principalmente da Europa Ocidental e dos Estados Unidos da América: o terrorista. É assim que se consolida mais um paradoxo, o de que se abdica da proteção de alguns direitos individuais, pelo medo de vê-los ameaçados.⁷⁸

Por isso se pergunta: a busca pela segurança deve transbordar a individualidade do homem digitalizado?⁷⁹

Ainda é cedo para apresentar respostas, mas o que se percebe é que para além de uma preocupação em relação ao combate ao terror (o que poderia ser traduzido no contexto brasileiro pelo combate ao crime organizado e ao tráfico de drogas), há uma abertura da vida para investigações. Nota-se um estado geral da civilização que demonstra uma vontade onipresente de se proteger, colocando em xeque o valor da privacidade.

Não raro se ouve falar no fim da privacidade, mas é exatamente por esse motivo que se procura compreender como seria possível recolocar em debate a sua proteção que, aparentemente, encontra-se deslocada, uma vez que se exalta a proteção da segurança a qualquer custo. O desafio reside no fato de que o homem digitalizado – completamente nu, transparente e aterrorizado – demanda pela sua transformação em mero objeto da técnica.⁸⁰

Por conseguinte, Giorgio Agamben aponta que se deverá enfrentar um problema que ultrapassa as fronteiras jurídico-formais.⁸¹ Segundo o filósofo italiano, o mecanismo da biometria é um dos elementos caracterizadores das políticas de segurança desenvolvidas em países democráticos, mas o que há de mais assustador nesta situação é que tais políticas tem se mostrado muito piores do que aquelas difundidas durante o período do fascismo italiano, um movimento político autoritário que tinha como objetivo governar a população, baseado na manutenção da ordem pública. A diferença é que, atualmente, é possível conhecer os indivíduos com mais precisão, pois o acesso à estrutura biológica e genética da população impede, ao menos virtualmente, qualquer forma de dissidência.

⁷⁸ EDELMAN, Bernard. *L'homme numérique : question d'image...*, p. 43.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 44.

⁸⁰ LYON, David. *Surveillance Society: monitoring everyday life*. Oxford, p. 2. Disponível em < http://www.sscqueens.org/sites/default/files/oxford_handbook.pdf > Acesso em 18 de julho de 2015.

⁸¹ Agamben: o pensamento é a coragem. Disponível em < <http://blogdaboitempo.com.br/2014/08/28/agamben-o-pensamento-e-a-coragem-do-desespero/> > Acesso em 02 de setembro de 2015.

O referido agravamento, em grande parte, deve-se à proliferação da Internet e da facilitação da circulação de dados na rede. Digitalizar ou informatizar os dados foi um enorme salto para a promoção da vigilância e do controle pela via dos computadores. Nesse sentido, Bernard Harcourt se refere ao *Google's E-mail* e outros prestadores de serviços como promotores de uma “operação de vigilância em massa que intercepta e analisa *terabytes* de informações que circulam diariamente pela internet e (...) utilizam os dados para construir e atualizar perfis psicológicos de centenas de milhões de pessoas do mundo todo”.⁸²

Assim, utilizar a rede se tornaria uma experiência mais pessoal e mais prazerosa, uma vez que boa parte de seu conteúdo é direcionado ao perfil construído por informações fornecidas, muitas vezes, pelos próprios usuários. Entretanto, conforme Harcourt, a utilidade dos dados não se restringe a ações de corporações com o objetivo de ampliar as vendas por meio do consumo, mas facilmente elas podem ser capturadas pelos governos e pelas polícias. Com isso, é vasto o acesso de entes públicos e privados às mais diversas informações, seja sobre o que as pessoas leem, gostam, vestem, com quem se comunicam, quais lugares frequentam ou como gastam seu dinheiro.⁸³

Harcourt alerta, ainda, que com o aumento da capacidade tecnológica para o processamento de dados, surgiu um forte mercado, marcado pela existência de diversas *data brokers* (corretoras de dados), que trabalham com a comercialização de informações privadas. De acordo com o autor, algumas dessas corretoras são grandes corporações de capital aberto, como a *Lexis-Nexis* e a *Experian*, mas há também as menores e menos conhecidas.⁸⁴

Trata-se de um mercado bastante rentável, em que o detalhamento dos dados é impressionante. Há situações até mesmo espantosas. O autor cita o caso de uma corretora de dados do estado de *Illinois*, nos EUA, chamada *Medbase200*, que ofertou para companhias farmacêuticas uma lista de vítimas de estupro, com os seus perfis, incluindo doenças relacionadas ao ato violento. Além dessa lista, a companhia possui em seu site diversas tabelas, divididas por ordem alfabética, com

⁸² Tradução livre de “Google’s Gmail and other services represent a massive surveillance operation that intercepts and analyzes terabytes of global Internet traffic every day, and then uses that data to build and update complex psychological profiles on hundreds of millions of people all over the world”. HARCOURT, Bernard E. *Governing, exchanging, securing: big data and the production of digital knowledge*. Columbia Law School, p. 07.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 22.

os bancos de dados que oferta ao mercado farmacêutico.⁸⁵

Esse mercado trabalha também com a lógica de que quanto mais íntima for a informação, maior será o seu valor e isso confere uma extraordinária cotação aos dados referentes à saúde, que costumam ser mais valiosos do que as informações voltadas exclusivamente para o consumo, uma vez que as informações sobre o estado de saúde de uma pessoa podem igualmente servir como um dado de consumo.⁸⁶

Os negócios ligados aos dados referentes às pessoas atingiram uma dimensão inimaginável, contudo, mais uma vez, faz-se necessário reforçar a ideia de que há um interesse difuso na manipulação dessas informações, tendo em vista que elas não são úteis apenas para os setores de mercado, mas também para o Estado, especialmente para órgãos de inteligência e de investigação. Com isso, é interessante reproduzir a referência que Harcourt faz ao PRISM, programa lançado pelo governo estadunidense em 2007, que permite que a NSA (*National Security Agency*) tenha acesso aos dados da Microsoft, Yahoo, Google, Facebook, PalTalk, YouTube, Skype, AOL, Apple, dentre outros. Outrossim, os documentos vazados por Snowden demonstram que a NSA teria acesso direto aos dados coletados pelos servidores, ou seja, não precisaria nem pedir acesso a eles e tampouco necessitaria de autorização judicial.⁸⁷

Consolida-se, assim, uma era em que as informações, ora concedidas de forma espontânea e gratuita, ora concedidas obrigatoriamente, possuem um valor econômico extraordinário e são absolutamente relevantes para os países promoverem a segurança pública e controlarem diversos aspectos da população, tornando-se verdadeiros instrumentos de governo. Desse modo, por trás de um mercado altamente próspero e que permite o monitoramento e a vigilância de aspectos minuciosos da vida, revela-se uma máquina espinhosa, com capacidade superior ao cérebro humano de interceptar comunicações, analisar, gravar e armazenar dados que dizem respeito às vidas das pessoas.⁸⁸

⁸⁵ HARCOURT, Bernard E. *Governing, exchanging, securing: big data and the production of digital knowledge...*, p. 22.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 27.

⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸ Nesse sentido, Harcourt afirma que: "This new and emerging political economy of data has been made possible not only by technological innovation but also by a new form of power that has taught us to willingly give our information when asked, to identify ourselves, to reveal our deepest secrets, to comply with requests – and ironically, on a world of private property, to never feel entitled to express

Com isso, é imprescindível compreender a proteção dos dados pessoais como expressão da liberdade e da dignidade da pessoa. Vive-se ameaçado por um arcabouço que ignora noções de privacidade e de liberdade do desenvolvimento da personalidade, esbarrando em valores democráticos resguardados pelo ordenamento jurídico. As informações coletadas são, portanto, elementos que incrementam o poder daqueles que as possuem; controlar e armazenar dados permite a ampliação da capacidade de vigiar.⁸⁹

Embora os autores citados não sejam brasileiros e não tratem especificamente da realidade do país, entende-se que boa parte do que foi expresso é também aplicável às relações que vem sendo constituídas quanto aos dados pessoais no Brasil, com a agravante de que o país não conta com uma legislação específica para a sua proteção. Além disso, a maioria das *data brokers* citadas estão presentes por aqui. Em relação aos dados biométricos, especificamente, não param de surgir exemplos de sua utilidade na realidade brasileira, podendo ser encontrados no sistema eleitoral, no sistema bancário, para fins de investigação criminal, para controlar a utilização dos planos de saúde.

Dentre esses exemplos, pretende-se abordar o emprego dos dados biométricos pelo Tribunal Superior Eleitoral e também para fins de identificação criminal.

O Recadastramento Biométrico do Sistema Eleitoral brasileiro teve início em 2008 e foi implantado em caráter experimental, por meio da Resolução nº. 22.688/2007 do TSE. O objetivo era a implantação de um novo sistema de identificação dos eleitores brasileiros, inicialmente, a partir da inclusão de dados biométricos e de fotografia, contando com a tecnologia de um leitor óptico capaz de captar as impressões digitais.⁹⁰

Desde o início, a política de recadastramento, que ocorreu a partir da coleta dos dados biométricos, deu-se de modo obrigatório aos eleitores. Em 2009, com a Resolução nº. 23.061 de 26 de maio, tal política perdeu o caráter provisório e se expandiu para diversos municípios brasileiros, mantendo a coleta dos dados

private property ownership over our own identity and all this personal information". Ibidem, p. 29.

⁸⁹ LYON, David. *Surveillance Society: monitoring everyday life*. Oxford, p. 7. Disponível em <http://www.sscqueens.org/sites/default/files/oxford_handbook.pdf> Acesso em 18 de julho de 2015.

⁹⁰ O recadastramento experimental foi destinado apenas a três municípios brasileiros, Fátima do Sul/MS, Colorado do Oeste/RO e São João Batista/SC. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/eleitor/recadastramento-biometrico/programa-de-identificacao-biometrica-do-eleitor>> Acesso em 12 de maio de 2015.

biométricos e da fotografia, obrigatoriamente, para aqueles que quisessem manter-se em dia com a Justiça Eleitoral e para que não perdessem seus direitos políticos. A Resolução nº. 23.335 de 22 de fevereiro de 2011 deu continuidade à iniciativa de recadastramento biométrico, estendendo a sua obrigatoriedade a todos os eleitores já cadastrados ao sistema eleitoral e aos futuros eleitores.

A despeito de o registro biométrico ainda não ter alcançado 100% dos eleitores, o atual presidente do TSE, o Ministro Dias Toffoli afirmou que o método está passando por um processo de ajuste e de aprimoramento, tendo em vista que servirá para fins que extrapolam os eleitorais. O cadastro promovido pelo TSE foi escolhido para dar início ao projeto de Registro de Identificação Civil que engloba a coleta da biometria de todos os cidadãos brasileiros, com o objetivo de assegurar com maior precisão quem é quem no país.⁹¹

A pretensão de coletar as informações biométricas de todos os eleitores, assim como se faz com a emissão dos passaportes eletrônicos e com a renovação da Carteira Nacional de Habilitação, já é bastante ambiciosa, porém, essa aspiração assume dimensões muito maiores e alarmantes quando se nota que o objetivo é obter esse tipo de informação de toda a população. Conceder compulsoriamente ao Estado informações que fazem parte do próprio corpo, sob pena de perder os direitos políticos, é uma situação que merece um olhar atencioso, contudo, deve-se estar ainda mais atento em relação à forma como esses dados serão manipulados.

A ausência de regulação quanto às finalidades da coleta do material biométrico e qual seria a responsabilidade daqueles encarregados pela guarda dos dados, poderiam gerar situações embaraçosas e de absoluta insegurança jurídica. Com isso, destaca-se o Acordo de Cooperação Técnica realizado entre o TSE e a *SERASA Experian*, no dia 23 de julho de 2013, com duração inicial de 05 anos⁹². O acordo número 07/2013 consistiu-se na celebração de uma parceria que tinha como objetivo principal estabelecer o intercâmbio de dados informacionais do TSE e da *SERASA/SA*. O Tribunal Superior Eleitoral havia assumido o compromisso de transmitir “informações contendo o nome do eleitor, número e situação da inscrição eleitoral, além de informações sobre eventuais óbitos e validação do nome da mãe e

⁹¹ TSE vai usar dados biométricos de cidadãos para fins além dos eleitorais. Disponível em <<http://www.tecmundo.com.br/eleicoes-2014/64109-tse-usar-dados-biometricos-cidadaos-fins-eleitorais.htm>> Acesso em 13 de julho de 2015

⁹² Site Câmara. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1113267.pdf>> Acesso em 12 de maio de 2015.

data de nascimento⁹³, a *Serasa*, em contrapartida, forneceria certificados digitais.

A *Serasa Experian* é uma empresa privada que está no mercado brasileiro há 45 anos, atua diretamente com o armazenamento de dados de consumidores e empresas.⁹⁴ É uma instituição responsável pela gestão de um banco de dados que contém informações “(...) relativas a consumidores e empresas, sobre dívidas vencidas e não pagas, cheques sem fundo e registros de protesto de títulos”.⁹⁵

Segundo os envolvidos, trata-se de acordo que não viola o direito à privacidade, uma vez que os dados fornecidos pela Justiça Eleitoral são de natureza pública, podendo ser visualizados por qualquer cidadão no próprio site do Tribunal Superior Eleitoral. Para consultá-los, basta informar o nome do eleitor, a data de nascimento e o nome da mãe. De acordo com a própria *Serasa Experian* o objetivo da parceria é facilitar o acesso ao crédito e impedir que ocorram fraudes que prejudiquem os consumidores do país.

A Ministra Cármen Lúcia, ao assumir como presidente do TSE, requereu a suspensão do acordo, por entender que a discussão do tema em plenário seria fundamental para que os dados pudessem realmente ser trocados.⁹⁶ Muito embora tenha reconhecido que os dados originários do cadastro eleitoral estejam sob a responsabilidade dos corregedores-gerais, a ministra, por considerar os dados “patrimônio do povo brasileiro”, entendeu por bem que a discussão passasse por plenário.

Além disso, Cármen Lúcia argumentou que os representantes do órgão deveriam informar o público sobre o que seria feito com os seus dados pessoais, instruindo todos como lidar e proteger dados sigilosos, tendo em vista que tal acordo poderia envolver a transferência dos dados de mais de 140 milhões de eleitores para uma empresa privada. Nesse sentido, a Ministra ponderou que a suspensão do acordo deveria ocorrer também com a finalidade de se certificar sobre sua

⁹³ Diário Oficial da União. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/56906271/dou-secao-3-23-07-2013-pg-148>> Acesso em 12 de maio de 2015.

⁹⁴ Serasa Experian, quem somos. Disponível em: <<http://www.serasaexperian.com.br/quem-somos/institucional/>> Acesso em 12/05/2015.

⁹⁵ TSE firma acordo para repassar dados de eleitores ao Serasa. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/08/tse-firma-acordo-para-repassar-dados-de-eleitores-serasa.html>> Acesso em 12 de maio de 2015.

⁹⁶ Presidenta do TSE quer suspender fornecimento de dados ao Serasa. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-08-07/presidenta-do-tse-quer-suspender-fornecimento-de-dados-ao-serasa>> Acesso em 12 de maio de 2015.

legalidade e verdadeira necessidade.⁹⁷

Embora não estivesse prevista a transferência de dados biométricos propriamente ditos e a parceria tenha sido suspensa e posteriormente anulada, a forma como foi inicialmente estabelecida demonstra como uma instituição que obriga os cidadãos a fornecerem dados pessoais trata de seu acervo; independente de consulta à população ou de qualquer restrição, confia as informações a uma empresa privada de controle de crédito.

A parceria entre a Justiça Eleitoral e a *Serasa Experian* torna incontestável que o interesse pela informação gerada pela coleta desses dados pessoais já ultrapassou as barreiras clássicas entre o domínio público e o privado. A celebração desse acordo torna patente que há uma imensa vulnerabilidade na proteção, no fornecimento e no controle da informação produzida por meio de dados pessoais personalíssimos e sensíveis (pois podem manifestar preferências políticas), e que são concedidos à Justiça Eleitoral compulsoriamente.

Do caso é possível extrair algumas conclusões: (i) o evidente interesse do Estado em possuir os dados biométricos dos cidadãos para fins de identificação; (ii) os dados pessoais em posse do Estado, de modo geral, não estão devidamente protegidos; (iii) a atualização dos modelos de identificação de acordo com do desenvolvimento tecnológico é feita para promover métodos de identificação supostamente mais seguros; (iv) há uma indústria de identificação por trás disso, desde o processo de coleta até o tratamento dos dados.

O outro exemplo cuja apreciação pode trazer alguns elementos interessantes é o da coleta de material genético, também classificado como biométrico e sensível (por revelar traços genéticos), com a finalidade de promover a identificação criminal.

A Lei n.º 12.654 de 2012 alterou alguns dispositivos das Leis n.º 12.037 de 2009 e n.º 7.210 de 1984. Uma das alterações mais significativas foi a previsão da coleta do material biológico para obtenção do perfil genético do investigado quando “a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa” (artigo 3º, IV, Lei n.º 12.037/2009).

⁹⁷ Carmen Lúcia quer a suspensão de acordo entre TSE e Serasa. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/08/1322888-carmen-lucia-quer-a-suspensao-de-acordo-entre-tse-e-serasa.shtml>> Acesso em 12 de maio de 2015.

A lei de 2012 também dispôs sobre a criação do Banco de Dados de Perfis Genéticos, para armazenar todo o conteúdo coletado (já previsto pelo Decreto Federal 7.950, de 12 de março de 2013, em que foram criados o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos), definiu que os dados deverão ser geridos por uma unidade de perícia criminal, estabeleceu uma série de restrições quanto ao tratamento dos dados, devotando atenção a normas constitucionais e presentes em tratados internacionais sobre direitos humanos, determinou que os dados possuem caráter sigiloso, devendo atender somente a finalidade prevista pela lei ou em decisão judicial (o que possibilita a discricionariedade), bem como, estipulou a exclusão dos dados no prazo estabelecido pela lei para a prescrição do delito.⁹⁸

Além da hipótese de identificação criminal exposta acima, está presente na lei a obrigatoriedade da coleta de material genético, pela extração do DNA, dos condenados pela prática de crime doloso com utilização de violência grave contra pessoa ou condenados pela prática de crime hediondo, a fim de armazená-los no Banco de Dados e Perfis Genéticos. Trata-se, portanto, de uma política estatal evidentemente suportada pelo desenvolvimento científico. Tem-se uma clara estatização do biológico, legitimada pelo procedimento da técnica.

A nova previsão legal causou certo embaraço entre os operadores do Direito, pois, à primeira vista, seu caráter atentatório aos direitos fundamentais, dentre os quais os direitos da personalidade, gerou suspeita de inconstitucionalidade pela OAB e resistência de alguns diretores de presídios em aplicá-la. Todavia, embora não tenha sido imediatamente aplicada, em novembro de 2014, a Polícia Federal coletou o material genético de mais de 60 presos condenados por crimes hediondos ou praticados com grave violência contra a pessoa, na Penitenciária de Catanduvas, no interior do Paraná.

A medida foi autorizada pelos juízes federais das varas criminais de Curitiba, responsáveis pela execução penal do Presídio Federal. O material foi colhido por procedimento indolor, que consiste na coleta de saliva com a utilização de hastes de algodão. Todas as informações serão armazenadas no Banco Nacional de Perfis Genéticos e poderão ser cruzadas com o material genético encontrado nas cenas

⁹⁸ Cf. HAMMERSCHMIDT, Denise. Identificación Genética, Discriminación y Criminalidad: un análisis de la situación jurídico penal em España y em Brasil actualizada por la Ley 12.654/2012. Curitiba: Juruá, 2012.

dos crimes, o que facilitaria a identificação do criminoso.

A principal justificativa para a coleta do perfil genético é a de que o potencial investigativo da polícia para a solução de crimes seria ampliado, reduzindo a impunidade e as possibilidades de erros judiciais.⁹⁹ Portanto, mais uma vez se justifica a utilização de uma técnica invasiva pela possibilidade de prevenir um mal para a sociedade. É justamente desse ponto de vista que Edelman sugere que para o direito penal, os direitos da personalidade e o direito à privacidade já foram esquecidos há tempos.¹⁰⁰

Assim, verifica-se a criação de mais um modelo de coleta compulsória de dados pessoais que foi estabelecido unilateralmente pelo Estado, sem qualquer discussão pública. No caso da coleta de material genético para fins de identificação e de investigação criminal, deve-se considerar, ainda, alguns aspectos específicos do Direito Processual Penal, tais como a presunção da inocência, a existência de um ônus probatório propositadamente desigual e mais pesado para a acusação e a prerrogativa de o indivíduo não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Com isso, é discutível a obrigatoriedade do fornecimento dessas informações pelos investigados ou pelos condenados, pois se exige deles uma conduta que poderá prejudicá-los futuramente.¹⁰¹

Deve-se acentuar, ainda, que por se tratar de dados que atendem a perquirição penal, já não seriam suscetíveis à aplicação do Anteprojeto de Lei de Proteção dos Dados Pessoais na redação atual, mas deveriam respeitar e atentar aos princípios previstos. A questão primordial desse exemplo é demonstrar a apropriação daquilo que é biológico, que constitui o homem, pelo Estado, a fim

⁹⁹ PF recolhe perfil genético de 62 condenados de Catanduvas. Disponível em < <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/pf-colhe-perfil-genetico-de-62-condenados-de-catanduvas/> > Acesso em: 03 de junho de 2015.

¹⁰⁰ Em setembro de 2015 foi divulgado pela mídia brasileira que a Justiça do país utilizou o banco de dados pela primeira vez em um julgamento. Trata-se de um julgamento em segundo grau, em que o réu, já condenado em primeira instância, foi acusado pela prática de um estupro. A pedido da defesa, foi requisitado o cruzamento do material genético do acusado com o encontrado em manchas de sangue no local do delito, o resultado foi pela incompatibilidade dos perfis genéticos. Após, cruzou-se o material encontrado na mancha de sangue com os dados presentes no banco, o que levou a identificação de um terceiro, justamente o homem que havia acusado o réu de ter cometido o crime. Apesar disso, o tribunal manteve a condenação, com base no reconhecimento do autor do delito pela vítima, o que coloca em questão o valor da prova com base no material genético. Justiça brasileira usa banco de DNA pela primeira vez em julgamento. Disponível em < <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/09/justica-brasileira-usa-banco-de-dna-pela-primeira-vez-em-julgamento.html> > Acesso em 21 de setembro de 2015.

¹⁰¹ Palestra discute constitucionalidade da identificação criminal por material genético. Disponível em < <http://www.oabdf.org.br/slide/palestra-discute-constitucionalidade-da-identificacao-criminal-por-material-genetico/#.VaUVH5O37tQ> >. Acesso em 14 de julho de 2015.

satisfazer seus anseios pela segurança.

Dessa situação, portanto, pode-se retirar algumas conclusões: (i) a coleta do material genético poderá ser feita tanto de investigados, quanto de pessoas já condenadas, sem especificar se se trata de condenação com trânsito em julgado; (ii) implicitamente se considera que aquele que já delinuiu uma vez, voltará a praticar crimes, pois prevê a coleta do material dos já condenados, com o objetivo de auxiliar em investigações futuras; (iii) tem como finalidade a de reduzir a impunidade e diminuir erros judiciários, ampliando a segurança de todos os cidadãos; (iv) trata-se de uma exceção em relação à proteção privilegiada que, via de regra, é prevista aos dados sensíveis nas leis de proteção de dados pessoais, inclusive no ALPDP.

Ambos os casos demonstram que a ausência de regulação sobre o tratamento dos dados pessoais gera uma série de incertezas sobre a necessidade de fornecê-los e as possibilidades de protegê-los. Entretanto, não se deve esquecer que as legislações sobre a proteção dos dados pessoais abrem diversas exceções, dentre as quais estão as da necessidade de promoção da segurança pública, inclusive em relação aos dados sensíveis, em que podem ser enquadrados os dados biométricos, com destaque aos que revelam preferências políticas e traços genéticos. Com isso, apura-se que a vulnerabilidade das informações pessoais concedidas é uma realidade e ao mesmo tempo um desafio para as sociedades contemporâneas.

O fato de serem dados biométricos torna todo esse panorama um pouco mais delicado, uma vez que se trata da transformação de elementos naturais, constituintes dos corpos dos indivíduos, em informações de interesse do Estado e do mercado. Neste ponto, é imprescindível relevar que os dados que outrora eram utilizados para identificação de criminosos reincidentes, atualmente, vêm sendo usados como instrumento de identificação *a priori* de qualquer cidadão, a qualquer momento, ocorrendo a antecipação da aplicação dessa técnica, o que Agamben denomina como “*sospetta generalizzata*”.¹⁰²

A identificação biométrica, sempre ligada à imagem da tecnologia como aliada da segurança, transparência e certeza, tornou-se passaporte para diversas atividades cotidianas, o que permite que todos sejam encarados como criminosos ou

¹⁰² AGAMBEN, Giorgio. *No alla biometria*. Disponível em < <http://www.egs.edu/faculty/giorgio-agamben/articles/no-alla-biometria/> > Acesso em 07 junho de 2015.

culpados de qualquer coisa, até que se prove o contrário.¹⁰³ Dos exemplos se confirma que a grande preocupação está na virtualidade de atos que podem vir a ser praticados. Se nem mesmo o Direito tem conseguido fugir da lógica de vigiar e controlar a virtualidade dos atos e não tem fornecido respostas adequadas para a tutela desses dados, é necessário compreender que sociedade é essa que abre tantos caminhos, dá tanto valor a esse tipo de dado e torna o que é biológico em essencialmente político.

¹⁰³ Agamben desenvolveu este ponto com maior clareza e precisão: “Le ragioni di sicurezza che sono invocate a favore di queste pratiche odiose non convincono, perché se possono contribuire ad impedire la recidività, non sicuramente inutili per prevenire un primo delitto o un atto di terrorismo. Invece sono estremamente efficaci nel controllo massiccio degli individui. Il giorno in cui il controllo biometrico sarà generalizzato ed in cui la sorveglianza video sarà stata imposta in tutte le strade, ogni critica ed ogni dissenso saranno divenuti impossibili”. Idem.

Capítulo III – Técnica, controle e dados biométricos nas sociedades contemporâneas

Apesar de as alternativas de tutela jurídica do direito à privacidade caminharem no sentido da ampliação e da valorização da proteção dos dados pessoais, nota-se que o desenvolvimento da tecnologia permite um avanço muito mais veloz e profundo das sociedades baseadas na utilização de dados e informações com o objetivo de vigiar e controlar os cidadãos. Como consequência disso, tem-se que as respostas apresentadas pela proteção pela via do direito à privacidade não conseguem atingir uma tutela efetiva da proteção dos dados pessoais.

Pensar o direito à privacidade em termos meramente individualistas e liberais é algo que deve ser definitivamente ultrapassado, porque essas novas formas de invasão e controle da privacidade atingem diretamente uma grande massa indiferenciada, não apenas os indivíduos separadamente. Portanto, há uma luta política e coletiva que deve passar pela transformação do direito à privacidade.

Assim, na medida em que o campo das garantias jurídico-formais é atravessado pela técnica e pelos interesses políticos e econômicos para os quais serve de veículo, compreende-se que não é estritamente no campo jurídico que se podem encontrar essas respostas. Por isso, torna-se plausível buscar pistas entre os teóricos que ofereçam ferramentas para a compreensão do contexto político no qual o direito se insere.¹⁰⁴

A partir disso, busca-se assimilar a biometria como um método de identificação que decorre da redução dos indivíduos aos seus dados biológicos, anatômicos e comportamentais, tornando-os úteis e de fácil acesso no contexto das sociedades de controle.¹⁰⁵ Para compreender a forma de constituição desse novo paradigma de exercício do poder em rede, cabe a referência a Rose e Rabinow, dois autores que defendem a atualidade e a utilidade de conceitos como biopoder e biopolítica, especialmente a partir das leituras de Michel Foucault e Gilles Deleuze.¹⁰⁶

¹⁰⁴ CORRÊA, Adriana Espíndola. *O corpo digitalizado: bancos de dados genéticos e sua Regulação Jurídica...*, p. 218.

¹⁰⁵ Relação já apontada por SIBILIA, Paula. *O homem pós-orgânico: a alquimia dos corpos e das almas à luz das tecnologias digitais*. São Paulo: Contraponto, 2015, p. 37.

¹⁰⁶ RABINOW, Paul; ROSE, Nikolas. *Bipower today*. Disponível em: <<http://www.palgrave-journals.com/biosoc/journal/v1/n2/abs/biosoc200618a.html>> Acesso em: 08 de março de 2015.

Entender conceitos como esses é fundamental para a análise contemporânea da forma como as autoridades públicas se utilizam de políticas estatais e também como a iniciativa privada e econômica age – pois não se trata do exercício de um poder centralizado, mas de micropoderes difundidos na sociedade – para regulamentar e controlar a vida e a saúde da população. Com isso, propõe-se apresentar as linhas gerais das características do que Foucault definiu como sociedade disciplinar e sociedade biopolítica. A partir delas, pretende-se expor as formulações de Deleuze sobre as sociedades de controle.

Ainda, serão pontuados os principais elementos da relação entre o desenvolvimento da técnica, a proteção dos dados pessoais, com foco nos dados biométricos, no contexto da sociedade de controle e de uma suposta nova crise no Direito.

3.1. Da sociedade disciplinar à sociedade de controle

Consoante Michel Foucault, a sociedade disciplinar surgiu como uma nova mecânica de poder, incompatível com o modelo soberano que prevaleceu até meados do século XVIII, caracterizada por uma série de “coerções materiais”.¹⁰⁷ Esse novo modelo de sociedade, que se diferenciava dos esquemas da soberania, consolidou-se entre o fim do século XVIII e início do XIX. Para o autor, a sociedade daquele momento (década de 1870) poderia ser reconhecida como uma sociedade disciplinar, particularmente por suas práticas penais e pelas suas formas de saber. Ele identifica o surgimento desse tipo de sociedade a deslocamentos práticos que se sucederam aos projetos de reforma dos sistemas judiciário e penal ocorridos entre os séculos XVIII e XIX em diversos países europeus, cada qual com suas peculiaridades.¹⁰⁸

Esse modelo de controle não se restringiu às prisões, mas se difundiu em diversas áreas e foi empregado em hospitais, escolas, asilos. Ressalta-se, portanto,

¹⁰⁷ O autor explica que “É um tipo de poder que pressupõe muito mais uma trama cerrada de coerções materiais do que a existência física de um soberano, e define uma nova economia de poder cujo princípio é o de que se deve ao mesmo tempo fazer que cresçam as forças sujeitadas e a força e a eficácia daquilo que as sujeita”. Ainda para diferenciar o poder soberano do poder disciplinar: “A teoria da soberania é vinculada a uma forma de poder que se exerce sobre a terra e os produtos da terra, muito mais do que sobre os corpos e sobre o que eles fazem”. FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42-43.

¹⁰⁸ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau: Editora, 2002, p. 79.

que a origem da sociedade disciplinar se encontra num momento histórico de “nova distribuição espacial e social da riqueza industrial e agrícola que tornou necessários novos controles sociais”.¹⁰⁹ Os sistemas de controle, embora nascidos fora da margem do poder do Estado, como práticas sociais extra-estatais, foram capturados e exercidos por ele de forma autoritária.¹¹⁰

Em síntese, para Foucault, as instituições disciplinares caracterizam-se por se encarregar do controle da dimensão temporal da vida dos indivíduos, de seus corpos (formados, reformados, corrigidos), da criação de um poder econômico, político, judiciário e epistemológico (poder-saber), sendo que cada um deles se desenvolve como forma de micropoderes dentro dessas instituições.¹¹¹ Portanto, no contexto da vigilância e do controle institucionais, com a operacionalização de um mecanismo de saber-poder, os próprios indivíduos, objetos de observação e análise, transformam-se em matéria a partir da qual se extrai o saber que eles mesmos formam. Esse saber formulado por meio da técnica e comportamento dos indivíduos são, em regra, reinterpretados como novas normas e novas formas de controle.

O poder disciplinar, uma invenção da classe burguesa e instrumento valioso para a consolidação do capitalismo industrial, tem como cerne o corpo-máquina, capaz de ser adestrado, ter suas aptidões aprimoradas, suas forças usurpadas, tornando-se ao mesmo tempo útil e dócil para se adaptar a um sistema de controle e de economia.¹¹² É o que Foucault denomina como “anátomo-política do corpo humano”.¹¹³

Essa ampla concepção de poder sobre a vida, todavia, apresenta algumas especificidades. Para Foucault, a disciplina é apenas uma forma desse poder, centrado no corpo-máquina; porém, há outro polo, com o qual ela se articula, centrado no corpo-espécie, com foco nos processos biológicos da população¹¹⁴, não

¹⁰⁹ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau: Editora, 2002,, p. 102.

¹¹⁰ Com isso, cabe destacar o sentido da sociedade disciplinar como colonizadora da lei. FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade...*, p. 46.

¹¹¹ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as formas jurídicas...*, p. 116.

¹¹² FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade...*, p. 43.

¹¹³ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber...*, p. 131.

¹¹⁴ Na obra “Em defesa da sociedade”, Michel Foucault define população como “um novo corpo: corpo múltiplo, corpo com inúmeras cabeças, se não infinito pelo menos necessariamente numerável”. FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade...*, 2002, p. 292. Já em “Segurança, território e população”, o autor explora um pouco mais essa noção e sugere que não se poderia confundir população simplesmente com uma massa de indivíduos. Foucault afirma que a população aparece como sujeito coletivo alheio ao pensamento jurídico e político dos séculos precedentes. Além disso, para o autor, a população é simultaneamente objeto de poder e sujeito, porque se forma a partir da inserção de cesuras em relação às quais as massas de indivíduos são apenas instrumentos para a

mais voltados exclusivamente para os indivíduos. É o que Foucault denomina de biopolítica.¹¹⁵ Ambos os regimes, afirma o autor, diferenciam-se do poder soberano porque não carregam mais a função de matar, mas se concentram nos processos vitais, investem sobre a vida.¹¹⁶

Trata-se da tomada do poder sobre o homem como ser vivo; por isso, a biopolítica se exerce em um nível e numa escala diferente daquela das sociedades da normalização, em que o poder se opera de forma individualizante, a fim de tornar os corpos dóceis e úteis. A biopolítica evidencia a dimensão política dada ao biológico e revela um forte interesse por processos peculiares da espécie humana, como o nascimento, a morte, as doenças e a morbidade.¹¹⁷

Uma tecnologia massificante, preocupada com o controle de eventos que podem ocorrer com toda uma população e realoca os corpos, não mais meramente individuais, mas múltiplos, como o local próprio para o desenvolvimento dos processos biológicos.¹¹⁸ Assim, nascem, por exemplo, preocupações sanitárias, com a higiene pública e políticas de medicalização em massa.¹¹⁹

Nessa perspectiva, vislumbra-se a possibilidade de transformar o biológico em político, as características da espécie humana tornam-se elementos

finalidade de constituir esse objeto de poder que é a população; ao mesmo tempo, a população aparecerá como sujeito, na medida em que é dela que se demandará a obediência a determinados comportamentos. FOUCAULT, Michel. *Segurança, território e população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 56-57.

¹¹⁵ Michel Foucault revela que "(...) esses dois conjuntos de mecanismos, um disciplinar e o outro regulamentador, não estão no mesmo nível. Isso lhes permite, precisamente, não se excluírem e poderem articular-se um com o outro. Pode-se mesmo dizer que, na maioria dos casos, os mecanismos disciplinares de poder e os mecanismos regulamentadores de poder, os mecanismos disciplinares do corpo e os mecanismos regulamentadores da população, são articulados um com o outro. (...) Portanto, estamos num poder que se incumbiu tanto do corpo quanto da vida, ou que se incumbiu, se vocês preferirem, da vida em geral, com o pólo do corpo e o pólo da população". FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade...*, p. 299-302. O autor apresenta, ainda, dois exemplos em que se pode notar a articulação entre o poder disciplinar e o poder regulamentador, no contexto das cidades (em que simultaneamente vislumbra-se as instituições e políticas de higienização) e a sexualidade (reflete-se num controle do comportamento corporal e ao mesmo tempo se entende a sexualidade a partir de seus processos biológicos).

¹¹⁶ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber...*, p. 131.

¹¹⁷ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade...*, p. 289.

¹¹⁸ Nesse ponto, ressalta-se que o indivíduo não deixa de existir, mas não é mais visto como mero sujeito de direito, passa a ser interpretado como o *homo oeconomicus*, aquele que é inscrito na biopolítica em razão de sua autonomia e seu poder de escolha. O *homo oeconomicus*, categoria apresentada por Michel Foucault em O Nascimento da Biopolítica, é compreendido por Adriana Corrêa como aquele que "tem seu comportamento pautado pela lógica econômica, destinado a manter o vigor do capitalismo, não é exigido apenas de alguns indivíduos empreendedores, mas também é algo que se espera de toda a população. É por aí que passam o controle e gestão da vida dos indivíduos e da população". CORRÊA, Adriana Espíndola. *O corpo digitalizado: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica...*, p. 251.

¹¹⁹ Ibidem, p. 291.

imprescindíveis para o controle da população. Esse amplo poder sobre a vida, o biopoder, ocupa-se dela e isso abre todos os caminhos para que se aproprie do corpo e dos fenômenos característicos da vida.¹²⁰ Com a estatização do biológico, a biopolítica e o biopoder correspondem a uma nova espécie de normatividade que se manifesta na figura dos dispositivos de segurança.¹²¹ A noção de biopolítica permite compreender a tomada da vida como um importante elemento de atenção política.

A partir do desenvolvimento dos conceitos de biopoder e de biopolítica por Foucault, Gilles Deleuze apresenta o paradigma das sociedades de controle como aquela que substitui a sociedade disciplinar, a qual agoniza pela crise dos meios de confinamento – como a prisão, a fábrica, a escola, a família – e a ultrapassa, possibilitando formas eficientes de controle ao ar livre.¹²² Para Deleuze, as sociedades de controle possuem em seu horizonte duas características principais, o controle contínuo e a comunicação instantânea e é capaz de constituir novas formas de sanção, educação e tratamento.¹²³

Deleuze, ao fazer uma comparação entre a sociedade disciplinar e a sociedade de controle, esclarece que naquela os indivíduos são reconhecidos por uma assinatura e possuem uma espécie de matrícula que os localiza num conjunto de indivíduos; nesta, a identificação se dá especialmente por meio de linguagem numérica, constituída por cifras capazes de determinar o acesso ou a rejeição à determinada informação.¹²⁴

Ainda nesse sentido, Deleuze reforça a noção de que os indivíduos passam a ser divisíveis, ou individuais, e se configuram como uma massa que se transforma em mera amostra, dado, mercado ou banco.¹²⁵ Assim, constitui-se um tipo de controle “de curto prazo e de rotação rápida, mas também contínuo e ilimitado”, que conta com o auxílio das máquinas cibernéticas e dos computadores para progredir.¹²⁶ O autor apresenta duas possíveis formas de controle típicas, a coleira e o cartão eletrônicos, o que torna evidente que as barreiras já não são mais físicas ou visíveis,

¹²⁰ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber...*, p. 134.

¹²¹ De acordo com Judith Revel, “os dispositivos são, por definição, de natureza heterogênea: trata-se tanto de discursos quanto de práticas, de instituições quanto de táticas moventes”. REVEL, Judith. *Foucault: conceitos essenciais*. São Carlos: Editora Claraluz, 2005, p. 39.

¹²² DELEUZE, Gilles. Pós-scriptum sobre as sociedades de controle. *Conversações (1972-1990)*. São Paulo: Editora 34, 2008, p. 219-226, p. 220.

¹²³ Ibidem, p. 216.

¹²⁴ Ibidem, p. 222.

¹²⁵ Idem.

¹²⁶ Ibidem, p. 224.

mas impostas por um controle difuso. Aliás, atualmente, verifica-se que não é mais preciso nem de um cartão eletrônico, basta o toque de um dos dedos das mãos.

A facilidade proporcionada pelos avanços da técnica, cada vez mais conectada com políticas de segurança, permite que todos os rastros fiquem registrados e se tenha uma suposta certeza de quem foi o sujeito que passou por ali. Dessa forma, a importância dos indivíduos que constituem uma massa é, aos poucos, substituída por dados informacionais que compõem verdadeiros bancos de informação. Nessa medida, conforma-se um tipo de sociedade marcada por “dupla camada” de poder, uma pública e outra privada, em que ao mesmo tempo em que as massas são externamente controladas, os indivíduos que as compõem são capazes de realizar o autocontrole, em virtude da privatização das estruturas de micro-poder, afim de promover uma política de ordem.¹²⁷

3.2. O desenvolvimento da técnica, o direito e a difusão dos dados biométricos nas sociedades de controle

Como se pretendeu demonstrar acima, a relação da técnica com a política é de longa data, porém, pretende-se reforçar que a técnica que compõe essa relação vem se desenvolvendo numa dimensão pequena, micro, nano, capaz de interferir e decifrar o corpo humano nos seus mínimos detalhes. Nesse sentido, Paul Virilio confirma que “(...) hoje o lugar das técnicas de ponta não é mais tanto o ilimitado do infinitamente grande (...), mas do infinitamente pequeno de nossas vísceras, das células que compõem a matéria viva de nossos órgãos”.¹²⁸ É por meio da miniaturização dos motores e pela evolução dos microprocessadores que se abre a possibilidade de interferência no corpo humano e, simultaneamente, esses instrumentos se popularizam e se tornam mais acessíveis.

A partir disso, pode-se compreender que o corpo se torna a estrutura sobre a qual se debruça o aparato tecnológico, o que se alinha com toda a perspectiva do biopoder, descrita por Michel Foucault, que ressaltou as diferenças entre a sociedade disciplinar, com foco no corpo-máquina, e a sociedade biopolítica, com

¹²⁷ GORDON, Colin. *Governamental rationality: an introduction*. In.: BURCHELL, Graham; GORDON, Colin; MILLER, Peter. *The Foucault Effect: studies in Governmentality*. Chicago: University of Chicago Press, 1991, p. 1-51, p. 27.

¹²⁸ VIRILIO, Paul. *A arte do motor*. São Paulo: Estação Liberdade, 1996, p. 91.

foco no corpo-espécie.¹²⁹ Porém, trata-se de uma biotecnologia que não avança ingenuamente, pura e simplesmente em nome do desenvolvimento científico.

Nesse sentido, a biometria seria um bom exemplo, uma vez que se assiste a uma profunda difusão de leitores capazes de decifrar o corpo humano em seus mais diversos ângulos e também suas características viscerais (especialmente quando se classifica o material genético como dado biométrico), em nome da garantia do controle, da segurança e precisão na identificação de uma população inteira. Além de o resultado da aplicação dessa técnica atender a interesses do Estado e do capital.

Esclarece-se, ainda, que a capacidade da biometria de mensurar o corpo humano adquire maior importância à medida que gera dados, informações úteis para o controle e vigilância da população. Portanto, além de técnica que incide sobre aquilo que constitui o homem, a biometria gera uma série de dados valiosos e apropriáveis.

A informação, para Paul Virilio, é uma “grandeza física observável, que não é nem massa e nem energia”¹³⁰, é o que ele trata como a terceira dimensão da matéria. Entretanto, destaca-se que a informação adquire importância porque se torna apta a circular na rede cibernética, o que amplia e facilita o acesso e a análise dos dados. Como consequência dessa ampliação e facilitação, tem-se o aumento da possibilidade de controle, pois à proporção que se aumenta a mobilidade da informação, maiores serão as possibilidades de gestão sobre o conteúdo delas, de modo a se difundir no próprio ambiente.¹³¹

Aliás, a capacidade de difusão do controle (estatal e privado) no ambiente seria uma das características das sociedades de controle, como descrita por Gilles Deleuze. Com isso, pode-se compreender a afirmação de Peter Pál Pelbart de que somente uma sociedade de controle seria capaz de se adequar ao contexto biopolítico, pois “trata-se de um controle que invade a profundidade das consciências e dos corpos da população, atravessando as relações sociais e as integralizando”.¹³²

¹²⁹ Ibidem, p. 99.

¹³⁰ Ibidem, p. 109.

¹³¹ Destaca-se que já em 1993, Paul Virilio dizia que “Obrigado a se situar para além das telas desaparecidas, em um mundo artificial povoado por sinais imperativos, o homem do futuro não escapará mais por muito tempo a um controle do ambiente que o seguirá passo a passo, como um míssil perseguido pela defesa inimiga”. VIRILIO, Paul. *A arte do motor...*, p. 126.

¹³² PELBART, Peter Pál. *Império e Biopotência*. In: *Vida Capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo:

Essa nova forma de controle aponta para outra característica desse tipo de sociedade, a de que os meios de confinamento, típicos da sociedade disciplinar, estão em crise. Com isso, é verossímil interpretar que ao passo que determinadas mecânicas de poder entram em crise, as formas jurídicas também entram, uma vez que são compreendidas por Foucault como epifenômenos dos mecanismos de poder.¹³³

De acordo com Marcio Alves da Fonseca, embora não se possa retirar dos escritos de Foucault uma teoria do direito, apenas imagens, a relação entre os mecanismos de poder e o direito se concretiza no momento em que o autor francês “utiliza o modelo do direito como ferramenta de análise do poder, na medida em que contrapõe o modelo jurídico da soberania ao modelo da normalização”.¹³⁴ Partindo disso, conforme Laurent de Sutter, é possível entender que o advento da sociedade de controle anuncia igualmente uma crise no direito, questionadora de sua definição como “polícia do Estado” e da imagem moderna da lei, tendo em vista que mais uma vez a mecânica do poder sofre alterações.¹³⁵

A partir desse ponto de vista, procura-se verificar quais são os reflexos que as substituições de tais mecânicas podem ter trazido ao direito. Para melhor compreender essa operação, faz-se necessário retomar alguns aspectos dessa contraposição entre os modelos jurídicos da soberania e da normalização, ainda que de forma breve e sucinta, para em seguida avançar sobre essa suposta crise do direito na sociedade de controle.

Foucault compreende que na soberania, segundo a teoria jurídica clássica, o poder seria interpretado como um direito, equiparável a um bem, de que os súditos seriam possuidores e que poderiam transferir ou alienar por meio do ato jurídico

Editora Iluminuras, 2003, p. 81-89, p. 83.

¹³³ Relação que se procurou demonstrar no ponto 3.1.

¹³⁴ Pretende-se explorar aquilo que Michel Foucault entendia como “‘direito’ implicado às práticas da biopolítica e das artes de governar”, descrito especialmente nas aulas ministradas no Collège de France, em 1976, posteriormente publicada como “Em defesa da sociedade”. FONSECA, Marcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002, p. 19, p. 301.

¹³⁵ Conforme Laurent de Sutter: « S’il y a crise du droit, c’est parce que cette ancienne définition du droit comme “police d’État” n’est désormais plus valable. En entrant dans l’ère des “sociétés de contrôles”, l’image moderne de la loi se trouve remise en cause, et avec elle la logique de l’acquiescement apparent à laquelle elle donnait lieu. Dans les sociétés contemporaines, en effet, l’enfermement n’existe plus. Ou plutôt : il n’existe plus sous la forme discontinue du passage d’une institution d’enfermement à un autre. Dans les sociétés de contrôle, l’enfermement est diffus : la proclamation de culpabilité ou d’acquiescement à laquelle nous continuons à nous attendre n’arrive jamais. (...) En quelque sorte, précise Deleuze, les sociétés de contrôle incarnent non plus l’image moderne de la loi, mais celle de sa critique ». SUTTER, Laurent de. *Deleuze : la pratique du droit*. Paris: Éditions Michelon, 2009, p. 66.

fundador do direito, o contrato. Para o autor, a constituição do poder político ocorreria “com base no modelo de uma operação jurídica que seria da ordem da troca contratual”.¹³⁶ O poder, para Foucault, seria uma constante relação de força, hábil a exercer a repressão, que representaria os deslocamentos da própria guerra, mas uma guerra silenciosa.¹³⁷

O edifício jurídico, como afirma Foucault, foi construído, no fim da Idade Média, sob encomenda do poder régio e teve o resgate do direito romano como seu principal elemento sistematizador. A função da teoria do direito seria a de “fixar a legitimidade do poder”, de modo a se consolidar como um instrumento de dominação, que “vincula e aplica relações que não são relações de soberania, mas relações de dominação”.¹³⁸

Porém, em paralelo à soberania, Foucault aponta o aparecimento de uma nova mecânica de poder, entre os séculos XVII e XVIII, a tecnologia disciplinar. Diferentemente do poder soberano, que se exercia sobre a terra e seus produtos, essa nova mecânica se exerce sobre os corpos, sobre o que eles fazem e seus produtos, poderia ser descrita como uma “trama cerrada de coerções materiais”.¹³⁹ A teoria jurídica soberana, à primeira vista, desapareceria, uma vez que não conseguiria suportar uma tecnologia de poder radicalmente diferente, todavia, não foi exatamente o que ocorreu.

O autor francês afirma que a teoria jurídica da soberania continuou existindo como uma ideologia do direito e também “continuou a organizar os códigos jurídicos que a Europa do século XIX elaborou para si a partir dos códigos napoleônicos”.¹⁴⁰ Isso significa que a lógica da soberania não desaparece por completo com o advento das disciplinas, tampouco permanece imune aos deslocamentos que seus mecanismos de poder produzem nela.

Foucault apresenta, ainda, duas razões para a persistência dessa teoria como ideologia do direito e como princípio organizador dos códigos. A primeira delas seria a compreensão da teoria da soberania como “um instrumento crítico permanente contra a monarquia e contra todos os obstáculos que podiam opor-se ao da

¹³⁶ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade...*, p. 20.

¹³⁷ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade...*, p. 22.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 31.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 42.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 43.

sociedade disciplinar”.¹⁴¹ A segunda razão seria a de que a teoria e a organização dos códigos se sobrepuseram aos mecanismos da disciplina, de tal modo que os procedimentos disciplinares restaram mascarados e foi apagado aquilo que poderia haver de dominação ou de técnica de dominação.¹⁴²

Portanto, a despeito da aparente incompatibilidade entre a mecânica normalizadora disciplinar e a teoria jurídica da soberania, em certa medida, foi esta que possibilitou e sustentou aquilo que Foucault chama de trama de coerções materiais para caracterizar as disciplinas. Com base nisso, o autor assegura que “a teoria do direito, no fundo, só conhecia o indivíduo e a sociedade: o indivíduo contratante e o corpo social que fora constituído pelo contrato voluntário ou implícito dos indivíduos. As disciplinas lidavam (...) com o indivíduo e com seu corpo”.¹⁴³

Ainda assim, Foucault acaba se afastando da teoria jurídica da soberania ao analisar o poder. Ele coloca em polos diversos o discurso contratualista da soberania, em que o poder é exercido numa dimensão macropolítica, e o exercício do biopoder, que se caracteriza por ser relacional e por estar difuso na sociedade. Não se fala mais em possuir o poder, mas em exercê-lo, de um modo complexo, ao mesmo tempo em que os indivíduos são submetidos ao poder, também são capazes de exercê-lo, o que não significa, porém, que essa distribuição seja igualitária.¹⁴⁴

Mas o elo entre a teoria jurídica soberana e o poder disciplinar, ainda que à primeira vista seja improvável, tem como uma de suas consequências a impossibilidade de se “vislumbrar como se operam nas sociedades as relações de poder, que não são repressoras, mas que fabricam indivíduos normalizados pelo poder disciplinar”.¹⁴⁵

Como já mencionado acima, a partir do século XVIII desenvolveu-se a biopolítica¹⁴⁶, outra face do biopoder, uma tecnologia paralela à disciplinar. Cumpre

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 44.

¹⁴² Michel Foucault explica, ainda, que “uma vez que as coerções disciplinares deviam ao mesmo tempo exercer-se como mecanismos de dominação e ser escondidas como exercício efetivo do poder, era preciso que fosse apresentada no aparelho jurídico e reativada, concluída pelos códigos judiciais, a teoria da soberania (...) Essa trama [de coerções] não pode de modo algum ser transcrita nesse direito, que é, porém, seu acompanhamento necessário”. FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade...*, p. 44.

¹⁴³ FOUCAULT, Michel. *Ibidem*, p. 292.

¹⁴⁴ CORRÊA, Adriana Espíndola. *O corpo digitalizado: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica...*, p. 220.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 221.

¹⁴⁶ Marcio Alves da Fonseca esclarece que “O domínio de efetivação da biopolítica é composto pela vida dos homens como portadora de funções, de regularidade, de constantes e de acidentes, percebidos no interior das populações e objeto da gestão e da administração dos aparelhos de

destacar que na biopolítica não há espaço para uma normalização nos mesmos moldes da disciplina e o corpo já não é mais individualizado. O novo agenciamento do espaço surge a partir de uma forma diversa de normalização e de um novo corpo.

O novo corpo é a população, tomada em sua dimensão biológica, um “sujeito” coletivo alheio ao pensamento jurídico e político dos séculos precedentes. Simultaneamente objeto de poder e sujeito, porque se forma a partir da inserção de cesuras em relação às quais as massas de indivíduos são apenas instrumentos para a finalidade de constituir esse objeto de poder que é a população; ao mesmo tempo, a população aparecerá como sujeito, na medida em que é dela que se demandará a obediência a determinados comportamentos. Portanto, tem-se no contexto da biopolítica e do biopoder um fenômeno que é simultaneamente massificante e individualizante.¹⁴⁷

A substituição da sociedade soberana será caracterizada, também, pela transformação de uma razão de Estado em uma razão governamental.¹⁴⁸ No seio da razão governamental moderna, com o desenvolvimento da técnica do poder biopolítico, ocorrerá uma “erosão da força instituidora e normativa do Direito, pois o deslocamento do indivíduo para a população retira a base de toda a teoria política

Estado. Em relação a tal domínio, a imagem de um direito normalizado-normalizador em Foucault é integrada pelas inúmeras formas de atuação das leis, dos decretos administrativos, das medidas de segurança, dos regulamentos, das decisões judiciais, das arbitragens que dispõem sobre situações e realidades diversas como: (...) **as questões de segurança e de proteção** (...); enfim, em tudo aquilo que concerne às políticas econômicas, sociais e culturais a cargo de um Estado e de seu governo” (grifos da autora). FONSECA, Marcio Alves da. *Michel Foucault e o direito...*, p. 233.

¹⁴⁷ FOUCAULT, Michel. *Segurança, território e população...*, p. 56-57.

¹⁴⁸ Michel Foucault, ao se referir à passagem da razão de Estado à razão governamental, diz que: “A prática judiciária havia sido multiplicadora do poder real durante toda a Idade Média. Ora, quando se desenvolver, a partir do século XVI e principalmente do início do século XVII, essa nova racionalidade governamental, o direito vai servir ao contrário como ponto de apoio para toda pessoa que quiser, de uma maneira ou de outra, limitar essa extensão indefinida de uma razão de Estado que toma corpo num Estado de polícia. A teoria do direito e as instituições judiciais vão servir agora, não mais como multiplicadoras, mas ao contrário como subtratoras do poder real. Assim é que, a partir do século XVI e durante todo o século XVII, vamos ver desenvolver-se toda uma série de problemas, de polêmicas, de batalhas políticas, em torno por exemplo das leis fundamentais do reino, leis fundamentais do reino essas que os juristas vão objetar à razão de Estado dizendo que nenhuma prática governamental, nenhuma razão de Estado pode justificar o seu questionamento. Elas existem, de certo modo, antes do Estado, pois são constitutivas do Estado e, por conseguinte, por mais absoluto que seja o poder do rei, ele não deve, diz certo número de juristas, tocar nessas leis fundamentais. O direito constituído por essas leis fundamentais aparece assim fora da razão de Estado e como princípio dessa limitação”. O autor refere-se, ainda, à razão governamental moderna da seguinte forma: “Gostaria de me situar mais ou menos nessa época [século XVIII], e aí creio que somos obrigados a constatar uma transformação importante que vai, a meu ver, caracterizar de modo geral o que poderíamos chamar de razão governamental moderna. Em que consiste essa razão governamental moderna? Pois bem, numa palavra, ela consiste na instauração de um princípio de limitação da arte de governar que já não lhe seja extrínseco como era o direito no século XVII, [mas] que vai ser intrínseco a ela”. FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 11-12, 14.

moderna” apoiada sobre a racionalidade dos sujeitos de direito, que podem estabelecer juízos de valor e firmar o contrato social, uma ordem heterônoma, com base na sua liberdade, “mas conservando resquícios de sua autonomia individual, sob a forma de autonomia privada”.¹⁴⁹

Outra peculiaridade presente na razão governamental moderna, tipicamente da sociedade biopolítica, é a tecnologia de poder predominante, definida como dispositivo de segurança. Diferentemente da relação entre lícito e ilícito da soberania e do normal-anormal das disciplinas, os dispositivos de segurança trabalham com a probabilidade de eventos, calculada pelo custo direcionado à população, a partir do qual são estabelecidos limites do que é aceitável e são traçadas curvas de normalidade, o que justifica a atuação governamental quando se identifica uma situação que esteja fora da curva.¹⁵⁰

Portanto, a atuação não se dá mais voltada à interdição dos súditos ou indivíduos, mas à intervenção sobre fenômenos coletivos, na economia (ou gestão) da população, afastando-se, *a priori*, das formas jurídicas clássicas.¹⁵¹ Nesse sentido, Foucault destaca que os dispositivos de segurança se desenvolvem num contexto diverso do Estado absoluto, o que ocorre no cenário da consolidação do liberalismo econômico¹⁵², o qual permite compreender o “regime geral dessa razão governamental” moderna, em que a grande preocupação será sobre como não governar demais, em excesso, e deixar que a realidade (o que inclui os processos econômicos) siga seu curso natural, com liberdade.¹⁵³

A partir disso, a própria liberdade pode ser compreendida como uma

¹⁴⁹ CORRÊA, Adriana Espíndola. *O corpo digitalizado: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica...*, p, 223.

¹⁵⁰ Ibidem, p, 224.

¹⁵¹ Adriana Espíndola Corrêa explica que “pautada pela economia política, essa arte de governar consiste na autolimitação do governo, do *laissez-faire*, enfim do liberalismo. A razão governamental moderna caracteriza-se não pela existência de limites impostos juridicamente, mas por limites autoimpostos pela natureza dos processos econômicos. Isso não significa, entretanto, que a ideia de limitação do Estado pelo Direito tenha desaparecido. São formas de governamentalidade heterogêneas, que convivem em conflito e tentativa de harmonização constante, cuja tarefa inalcançável é de ‘fixar no Direito a autolimitação que o saber prescreve a um governo’”. Ibidem, p, 227.

¹⁵² De acordo com Colin Gordon, ao fazer referência a Foucault, o “liberalism can thus be accurately characterized in Kantian terms as a *critique of state reason*, a doctrine of limitation and wise restraint, designed to mature and educate state reason by displaying to it the intrinsic bounds of its power to know. Liberalism undertakes to determine how government is possible, what it can do, and what ambitions it must needs renounce to be able to accomplish what lies within its powers”. GORDON, Colin. *Governamental rationality: an introduction*. In.: BURCHELL, Graham; GORDON, Colin; MILLER, Peter. *The Foucault Effect: studies in Governmentality*. Chicago: University of Chicago Press, 1991, p. 15.

¹⁵³ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica...*, p. 30.

expressão dos mecanismos de segurança, uma vez que quando interpretada como liberdade de circulação, torna-se o elemento por meio e sobre o qual se apoiará a regulação da população. Dessa relação íntima entre os dispositivos de segurança e a liberdade, decorrem duas faces do Estado contemporâneo, uma individualizante e outra massificante.¹⁵⁴

De acordo com Adriana Espíndola Corrêa, Foucault trabalha com essa perspectiva a partir do momento em que compreende que o poder pastoral, de origem eclesiástica, foi retomado pelo Estado moderno, assim, o Estado que tradicionalmente é ligado à totalidade, também se vincula à individualidade.¹⁵⁵ A possibilidade de se trabalhar com um poder simultaneamente individualizante e massificante foi um grande passo para estabelecer forte controle sobre a população, que terá sua gestão empreendida por meio de políticas públicas, pela intervenção do setor privado e pelos próprios indivíduos que exercem o autocontrole.

Com isso, é possível estabelecer novamente a relação entre as sociedades de controle e a utilização dos dados biométricos. A partir deles, extraem-se informações sobre a identidade das pessoas por meio de elementos do próprio corpo. Com a finalidade de ampliar a segurança, aumenta-se o controle sobre a população, que é cada vez mais preciso, difuso no ambiente e independente de meios de confinamento. Esse controle, a princípio, emana de forças externas, todavia, vislumbra-se também que há uma demanda da própria população para a promoção de políticas como as de identificação biométrica.¹⁵⁶

Nesse sentido, visualiza-se que a crise do direito, na circunscrição do objeto desta pesquisa, apontada acima, pode ser enunciada pelas insuficiências e incapacidades de se produzir um instrumento habilitado a proteger dados pessoais, baseado no direito à privacidade.¹⁵⁷ Isso confirma as intuições previamente referidas de que o direito à privacidade, ainda que caminhe no sentido da proteção dos dados pessoais, é incapaz de protegê-los, porquanto não escapa da lógica contratual e da

¹⁵⁴ CORRÊA, Adriana Espíndola. *O corpo digitalizado: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica...*, p. 228.

¹⁵⁵ Idem.

¹⁵⁶ Evidencia-se, também, mais uma vez as palavras de Peter Pál Pelbart sobre o “controle que invade a consciência e os corpos da população”, cf. p. 55.

¹⁵⁷ Aqui, nota-se que Stefano Rodotà compreende a complexidade da utilização do tradicional direito à privacidade para a proteção dos dados pessoais, sugerindo que esse direito passe por uma coletivização e que se desdobre na autodeterminação informativa da pessoa, contudo, apesar de sugerir essa profunda transformação, não consegue escapar da lógica da proteção pela via da autonomia privada.

autonomia privada, resultando em legislações inaptas a regular os frutos da tecnologia do poder contemporâneo, que confirmam a intensa desvalorização da privacidade como liberdade.

Tendo em vista que o que se tem hoje, verificável pela análise da Diretiva Europeia 95/46/CE e da Lei Mexicana *de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares*, é uma legislação paradoxal que ao mesmo tempo em que está focada na proteção da autonomia privada, prevê uma série de exceções à preservação dessa autonomia, preocupada em defender interesses de estado, mercado, segurança, saúde.

Não se pode, contudo, deixar de reconhecer que a situação do Brasil, onde ainda não há legislação vigente específica quanto à proteção dos dados pessoais, é mais complicada, pois, mesmo que a tutela da lei seja falha, ela é capaz de fornecer certa previsibilidade, uma vez que regula a forma de circulação e tratamento dos dados. Assim, em situações como a da coleta compulsória do material biométrico pelo TSE e da obrigatoriedade do fornecimento do material genético para finalidade de identificação criminal, os cidadãos encontram-se completamente despidos de proteção, resgatando o sentido da nudez *de l'homme numérique*, utilizada por Bernard Edelman, sem qualquer segurança quanto à destinação e a finalidade que será conferida aos dados extraídos de seus próprios corpos.¹⁵⁸

Portanto, a legislação nos moldes em que foi apresentada, não é completamente desprezível, porém, suas manifestas insuficiências anunciam que a imagem moderna da lei não está à altura da proteção dos dados pessoais, tampouco dos dados biométricos. Dessa maneira, é plausível questionar se a existência de uma lei de proteção dos dados pessoais, fundamentada no direito à privacidade (contratual, individual), estaria habilitada a tirar os cidadãos dessa completa nudez, que os torna vítimas de uma suspeita generalizada, em que qualquer ato de dissidência pode ser encarado como uma ameaça, confirmando-se um profundo interesse na virtualidade dos atos.

Com isso, toda a parafernália tecnológica que movimenta grandes fortunas em nome do desenvolvimento da tecnologia digital e é fonte de interesse governamental, deve ser vista também com cautela, não apenas com euforia. Dessa

¹⁵⁸ Do controle e vigilância institucionais passou-se a um controle e vigilância que não se restringe mais a instituições, embora elas não tenham sido completamente abandonadas e talvez atuem a seu favor, como se tivessem sido capturadas pelos dispositivos de segurança típicos da sociedade de controle.

forma, o presente trabalho quer chamar a atenção à derrubada silenciosa dos muros dos meios de confinamento, marcada por uma série de estratégias sutis e pouco evidentes, a fim de que sejam pensadas formas de burlá-las e que se preserve o mínimo de lugar não controlado, ou que, ao menos, elas se tornem realmente um pouco mais ruidosas e incômodas, de modo que se torne perceptível o quanto pode ser prejudicial estar continuamente sob controle.¹⁵⁹

¹⁵⁹ SIBILIA, Paula. *O homem pós-orgânico: a alquimia dos corpos e das almas à luz das tecnologias digitais...*, p. 28.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos da personalidade, firmados no século XIX, constituem a categoria de direito eminentemente contratual e vinculado à autonomia privada. Ainda assim, demonstrou-se que por meio de uma cláusula geral de proteção da personalidade, seria possível ampliar a sua tutela, não sendo, portanto, necessariamente, um direito restrito à tipificação no ordenamento jurídico. No Brasil, essa visão foi assentada somente a partir da promulgação da Constituição de 1988 e teve um respaldo não muito amplo no Código Civil de 2002.

A privacidade, uma projeção dos direitos da personalidade, recebeu grande destaque neste trabalho. Nasceu como um direito equiparável ao da proteção da propriedade privada e foi destinada a tutelar os anseios individualistas da sociedade burguesa, a fim de garantir o “direito a ser deixado só”. A partir daí, buscou-se compreender a relação entre o direito à privacidade e a proteção dos dados pessoais, apontada em diversas legislações.

A tarefa era a de identificar a adequação da privacidade como instrumento para proteção dos dados pessoais, uma vez que, tendo em vista a proliferação em massa e a coleta de dados em níveis populacionais, trata-se de um problema que já escapa à tutela individual e diz respeito a um amplo número de pessoas que devem fornecer seus dados nas mais diversas situações, nas quais, muitas vezes, não há qualquer autonomia da vontade.

Diante disso, por meio da análise das leis estrangeiras que tratam especificamente da proteção dos dados pessoais, percebeu-se a dificuldade em efetivar a proteção desses dados, pois ao mesmo tempo em que protege, excepciona, a fim de garantir interesses governamentais e do capital. Todavia, não se pode deixar de mencionar que a existência dessas leis deixa um pouco mais evidente qual foi a opção do legislador, dizendo aos cidadãos de que forma os dados circularão e serão tratados, ainda que exista uma série de indeterminações.

No Brasil, a situação é um pouco mais delicada, mesmo que se questione a efetividade e a utilidade dessas leis, entende-se que a sua inexistência gera uma vulnerabilidade ainda maior. Não obstante, procurou-se apresentar alguns instrumentos do ordenamento jurídico nacional que de alguma forma tocam a temática da proteção dos dados pessoais, mas que possuem limitações bastante

evidentes. Explorou-se, também, alguns aspectos do mais recente anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais, que similarmente à legislação estrangeira manifesta uma série de proteções seguidas de exceções. Contudo, realça-se que o processo de elaboração desse projeto vem sendo realizado com a participação popular, o que amplia o debate sobre um tema muitas vezes ignorado.

Após esse amplo panorama sobre a proteção dos dados pessoais, como parte dessa temática, o presente trabalho se concentrou em apresentar alguns aspectos relacionados aos dados biométricos. O interesse surgiu pelo fato de serem dados coletados a partir de elementos corporais dos indivíduos e que têm sido utilizados primordialmente com a finalidade de identificação. A crescente utilização dos dados biométricos como elemento identificador, de forma geral, é justificada pela suposta segurança e precisão que esse método traz. Além disso, mostra-se como um grande aliado na realização de algumas políticas de segurança e movimenta um forte mercado no desenvolvimento e aprimoramento do maquinário capaz de interpretar os dados.

A identificação por meio da utilização de dados biométricos foi inicialmente estabelecida no século XIX com a finalidade de identificar e controlar criminosos reincidentes, obviamente, não se tratava de uma operação automatizada, mas manual. Com a sua automatização e popularização, o uso dessa técnica tornou-se praticamente irrestrito e possibilitou identificar e controlar qualquer pessoa, acreditando-se na precisão do método. Com base nisso, procurou-se demonstrar que além de a precisão da informação gerada pelos dados biométricos ser questionável, em vistas das possibilidades de alterações naturais ou artificiais de elementos corporais, como as digitais das mãos, foram expostos alguns apontamentos de autores que problematizam a utilização dos dados biométricos.

Embora se acredite que o emprego dos dados biométricos para fins de identificação seja um meio capaz de evitar fraudes, não se deve deixar de lado que toda essa operacionalização pode significar uma verdadeira ameaça à liberdade e à privacidade daqueles que os fornecem. Essas pessoas foram representadas por aquilo que Bernard Edelman intitulou como o homem digitalizado, o homem da biometria. A grande problemática reside no fato de que os homens teriam se tornado transparentes e estariam desprotegidos pela lei diante das necessidades de segurança. Nesse sentido, o autor se refere à nudez do homem digitalizado, que

aterrorizado, estaria convencido de abrir suas vidas para investigações.

A questão da proteção dos dados pessoais tornou-se ainda mais expressiva a partir da popularização e da generalização da rede de internet. Nessa medida, quanto maiores as facilidades para a circulação dos dados, maiores seriam os desafios para protegê-los. Com isso, vislumbrou-se a abertura das portas para o controle e vigilância dos governos e a criação de um mercado extremamente lucrativo para as empresas que armazenam os dados, arquitetadas na forma de corretoras de dados que se tornaram grandes corporações de capital aberto. Assim, concebe-se que ter acesso a dados pessoais é, na prática, sinônimo de poder.

A partir daí foram apresentadas duas situações de coleta compulsória do material biométrico ocorridas no Brasil; a coleta da biometria por parte do TSE, para a identificação do eleitor pela urna eletrônica, e a coleta de material genético de presos condenados por crimes hediondos ou para fins de identificação criminal. Entendeu-se que ambos os casos estão ligados a eventos que envolvem dados que podem ser considerados como dados sensíveis pelo anteprojeto de lei de proteção dos dados pessoais e pelas leis estrangeiras, uma vez que no primeiro caso podem manifestar preferências políticas e no segundo revelam os traços genéticos.

Tal fato demandaria, em tese, uma proteção ainda mais sofisticada dos dados, todavia, sem a vigência da lei com conteúdo específico para isso, a possibilidade de tutelá-los ficou ainda mais remota. Como já adiantado, no caso de coleta de material biométrico por parte do TSE, concluiu-se que há um verdadeiro interesse por parte do Estado e do mercado em relação aos dados pessoais; o Estado, quando armazena esse tipo de informação não é capaz de protegê-la de modo satisfatório, pois não se furtou a estabelecer uma relação promíscua com um ente privado; busca-se incessantemente pela precisão e segurança ao identificar as pessoas; e a indústria por trás disso é impetuosa.

Quanto à coleta do material genético, concluiu-se que os atingidos pela medida poderão ser tanto os investigados quanto os condenados por determinados crimes, sem especificar se se trata de condenação com trânsito em julgado; dá a entender que quem foi condenado uma vez, voltará a praticar crimes, pois prevê a coleta do material genético já com o objetivo de auxiliar em investigações futuras; tem a finalidade de diminuir a impunidade e os erros judiciários, proporcionando mais segurança de todos os cidadãos.

Os exemplos demonstram toda a fragilidade do direito no que diz respeito à proteção dos dados e, especialmente, evidenciam que o interesse por informações cada vez mais íntimas e minuciosas dos cidadãos é crescente, transformando o que é biológico em essencialmente político. Frente às dificuldades das respostas do direito e o avançar sem freios dessa técnica, procurou-se compreender qual contexto social é esse que demanda por tamanho controle e vigilância. Em consonância a isso, buscou-se explicar em que medida essa lógica influencia na realização das formas jurídicas.

Com essa finalidade, foram apresentadas as teorizações de Michel Foucault sobre as mecânicas de poder disciplinar e biopolítica, regimes que, diferentemente do poder soberano, concentram-se nos processos vitais, investem sobre a vida. A partir disso, Gilles Deleuze trabalha com o conceito das sociedades de controle, substitutas da sociedade disciplinar, e palco para a realização dos dispositivos de segurança característicos da biopolítica.

Uma das principais características da sociedade de controle, apontada por Deleuze, é a ideia de que o controle e a vigilância não dependem mais de uma instituição, não é mais preciso estar num espaço fechado, o controle e a vigilância estão dispersos, portanto, basta estar ao ar livre. Toda essa perspectiva, aliada a elementos tecnológicos, permite um rastreamento ininterrupto e os indivíduos são substituídos pelos seus próprios dados.

Assim, destaca-se a utilização da biometria como um exemplo dessa redução dos homens a meros dados, o que abre espaço para a instalação de medidas de segurança, controle e identificação de uma população inteira. Além disso, a noção de dado torna-se ainda mais interessante na medida em que é capaz de circular na rede cibernética, o que amplia a sua potencialidade.

Por se entender que ocorreu a substituição da sociedade disciplinar pela sociedade de controle, especialmente em face da crise dos meios de confinamento, pode-se concluir que com a entrada de uma mecânica de poder em crise, as formas jurídicas seriam conseqüentemente abaladas, uma vez que são consideradas como epifenômeno dos mecanismos de poder.

Para explorar e decifrar a ideia de crise no direito, foram recuperadas as lições de Foucault a respeito da passagem do poder soberano ao disciplinar e da forma como, surpreendentemente, a teoria jurídica soberana permaneceu, como

ideologia e como princípio organizador dos códigos do século XIX. Em síntese, a teoria jurídica soberana resultou por sustentar a trama de coerções materiais características da disciplina. Tratava-se de um direito que conhecia apenas a lei heterônoma de origem contratual, destinada a sujeitos aptos ao exercício da autonomia privada.

A biopolítica, mecânica de poder que surgiu entre os séculos XVIII e XIX, por sua vez, apresentou uma série de peculiaridades, dentre as quais está o foco sobre um corpo diverso do corpo disciplinar, sobre a população (corpo coletivo), em sua dimensão biológica. Esse fenômeno gerou a decomposição daquilo que sustentava o direito, pois a saída do corpo individual para a entrada da população alterou o alicerce da teoria política moderna.

Exploraram-se alguns aspectos da passagem da chamada razão de Estado para a razão governamental moderna, que atua sob a forma de dispositivos de segurança, os quais não se desenvolvem mais sob a égide de um Estado absoluto, mas de um Estado liberal. A consequência disso que interessa ao presente trabalho é a de que da relação entre os dispositivos de segurança e a ideia de liberdade, fruto do liberalismo econômico, decorrem as facetas individualizante e massificante do Estado contemporâneo. Trabalhar com essas duas concepções foi de extrema importância para estabelecer o controle sobre a população, que terá a vida gerida por elementos externos e ao mesmo tempo realizará o autocontrole.

Essa dupla (individualizante-massificante) permite a reaproximação da sociedade de controle com as técnicas de identificação biométrica, cuja difusão é ao mesmo tempo proveniente de forças externas e de demandas da própria população. Com base nisso, é possível confirmar e justificar as intuições acerca das dificuldades e insuficiências do direito para a proteção dos dados pessoais, pois as legislações a respeito do tema permanecem sob a lógica contratual e da autonomia privada e são marcadas pelo caráter deficitário e paradoxal, que não se adequa ao contexto do Estado contemporâneo.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Como a obsessão por segurança muda a democracia*. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1568>>. Acesso em: 24.02.2014.

_____, Giorgio. *No alla biometria*. Disponível em <<http://www.egs.edu/faculty/giorgio-agamben/articles/no-alla-biometria/>> Acesso em 07 junho de 2015.

ALBRECHT, Astrid. *Biometrics – Technical and Legal Aspects from the German Point of View*. In: *L'individu face aux nouvelles Technologies: surveillance, identification et suivi*. Université de Lausanne. Paris: Schulthess, 2005, p. 123 – 145,

CABAL, Christian. *La necessite de definir um cadre juridique adapte à la biométrie*. In: *L'individu face aux nouvelles Technologies: surveillance, identification et suivi*. Université de Lausanne. Paris: Schulthess, 2005, p. 23 – 30.

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

CORRÊA, Adriana Espíndola. *Consentimento Livre e Esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas*. Florianópolis: Editora Conceito, 2010.

_____, Adriana Espíndola. *O corpo digitalizado: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

_____, Adriana Espíndola; GEDIEL, José Antônio Peres. *Proteção Jurídica de Dados Pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o Mercado*. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n. 47. Curitiba, 2008, p. 141 – 153.

DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: Giuffrè Editore, 1973.

DELEUZE, Gilles. Pós-scriptum sobre as sociedades de controle. *Conversações (1972-1990)*. Tradução de Peter PálPelbart. São Paulo: Editor 34, 2008, p. 219-226

DONEDA, Danilo. *Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade*. No prelo.

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

_____, Danilo. *Um código para a proteção de dados pessoais na Itália*. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*. Ano 4, vol. 16 out a dez 2003, p. 117-133.

EDELMAN, Bernard. *L'homme numérique: question d'image*. In: *L'individu face aux nouvelles Technologies: surveillance, identification et suivi*. Université de Lausanne. Paris: Schulthess, 2005, p. 39-49.

FONSECA, Marcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

_____, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. São Paulo: Editora Graal, 2009.

_____, Michel. *Nascimento da Biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____, Michel. *Segurança, território e população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GARCÍA-GONZÁLEZ, Aristeo. *La Protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/120/art/art3.htm>>. Acesso em: 29 de junho de 2015.

GEDIEL, José Antônio Peres. *Os Transplantes de Órgãos e a Invenção Moderna do Corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GORDON, Colin. *Governmental rationality: an introduction*. In.: BURCHELL, Graham; GORDON, Colin; MILLER, Peter. *The Foucault Effect: studies in Governmentality*. Chicago: University of Chicago Press, 1991, p. 1-51.

HAMMERSCHMIDT, Denise. *Identificación Genética, Discriminación y Criminalidad: un análisis de la situación jurídico penal em España y em Brasil actualizada por la Ley 12.654/2012*. Curitiba: Juruá, 2012.

HARCOURT, Bernard E. *Governing, exchanging, securing: big data and the production of digital knowledge*. Columbia Law School

LIRA, José Lamartine Correia de Oliveira; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Estado de Direito e os Direitos da Personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 532, 1980.

LOBO, Paulo. *Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LYON, David. *Surveillance Society: monitoring everyday life*. Oxford. Disponível em <http://www.sscqueens.org/sites/default/files/oxford_handbook.pdf> Acesso em 18 de julho de 2015.

PELBART, Peter Pál. *Império e Biopotência*. In: *Vida Capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Editora Iluminuras, 2003, p. 81-89

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

RABINOW, Paul; ROSE, Nikolas. *Bipower today*. Disponível em: <<http://www.palgrave-journals.com/biosoc/journal/v1/n2/abs/biosoc200618a.html>> Acesso em: 08 de março 2015.

REVEL, Judith. *Foucault: conceitos essenciais*. São Carlos: Editora Claraluz, 2005.

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

SIBILIA, Paula. *O homem pós-orgânico: a alquimia dos corpos e das almas à luz das tecnologias digitais*. São Paulo: Contraponto, 2015.

SUTTER, Laurent de. *Deleuze : la pratique du droit*. Paris : Éditions Michelon, 2009.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VIRILIO, Paul. *A arte do motor*. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

SITES CONSULTADOS

7 razões porque “Eu não tenho nada a esconder” é a resposta errada à vigilância em massa. Disponível em < <https://anistia.org.br/7-razoes-porque-eu-nao-tenho-nada-esconder-e-resposta-errada-vigilancia-em-massa/> > Acesso em 28 de agosto de 2015.

Carmen Lúcia quer a suspensão de acordo entre TSE e Serasa. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/08/1322888-carmen-lucia-quer-a-suspensao-de-acordo-entre-tse-e-serasa.shtml>> Acesso em 12 de maio de 2015.

Considerações para o eixo “Privacidade e Liberdade de Expressão”, p. 04. Disponível em < <http://artigo19.org/wp-content/uploads/2015/03/mciprivacidade.pdf> > Acesso em 06 de julho de 2015.

Diário Oficial da União. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/56906271/dou-secao-3-23-07-2013-pg-148>> Acesso em 12 de maio de 2015.

Google terá que indenizar menor por expor troca de roupa no *Street View*. Disponível em < http://shankarcabus.jusbrasil.com.br/noticias/112360060/google-brasil-tera-que-indenizar-menor-por-expor-troca-de-roupa-no-street-view?ref=topic_feed > Acesso em 07 de junho de 2015.

INSTITUTO FEDERAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS. Disponível em <ifai.org.mx>. Acesso em 26 de abril de 2015

Justiça brasileira usa banco de DNA pela primeira vez em julgamento. Disponível em < <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/09/justica-brasileira-usa-banco-de-dna->

pela-primeira-vez-em-julgamento.html > Acesso em 21 de setembro de 2015

Marco Civil da Internet. Disponível em < participacao.mj.gov.br/marcocivil/ > Acesso em 25 de abril de 2015.

Marco Civil da Internet e Proteção de Dados Pessoais vão a debate. Disponível em: < www.conjur.com.br/2015-jan-27/marco-civil-internet-protECAO-dados-pessoais-debate > Acesso em 07 de setembro de 2015.

O recadastramento experimental foi destinado apenas a três municípios brasileiros, Fátima do Sul/MS, Colorado do Oeste/RO e São João Batista/SC. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/eleitor/recadastramento-biometrico/programa-de-identificacao-biometrica-do-eleitor>> Acesso em 12 de maio de 2015.

Palestra discute constitucionalidade da identificação criminal por material genético. Disponível em < <http://www.oabdf.org.br/slide/palestra-discute-constitucionalidade-da-identificacao-criminal-por-material-genetico/#.VaUVH5O37tQ> >. Acesso em 14 de julho de 2015.

PF recolhe perfil genético de 62 condenados de Catanduvas. Disponível em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/pf-colhe-perfil-genetico-de-62-condenados-de-catanduvas/> Acesso em: 03 de junho de 2015.

Presidenta do TSE quer suspender fornecimento de dados ao Serasa. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-08-07/presidenta-do-tse-quer-suspender-fornecimento-de-dados-ao-serasa>> Acesso em 12 de maio de 2015.

Proteção de Dados Pessoais. Disponível em < participacao.mj.gov.br/dadospessoais/ > Acesso em 25 de abril de 2015.

Serasa Experian, quem somos. Disponível em: <<http://www.serasaexperian.com.br/quem-somos/institucional/>> Acesso em 12 de maio de 2015.

Site Câmara. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1113267.pdf>> Acesso em 12 de maio de 2015.

The right to privacy: Disponível em <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em 29 de junho de 2015.

TSE firma acordo para repassar dados de eleitores ao Serasa. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/08/tse-firma-acordo-para-repassar-dados-de-eleitores-serasa.html>> Acesso em 12 de maio de 2015.

TSE vai usar dados biométricos de cidadãos para fins além dos eleitorais. Disponível em < <http://www.tecmundo.com.br/eleicoes-2014/64109-tse-usar-dados-biometricos-cidadaos-fins-eleitorais.htm> > Acesso em 13 de julho de 2015

Vigilância ameaça a democracia. Disponível em <

<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,vigilancia-ameaca-a-democracia-imp-,1042222> >. Acesso em 05 de julho de 2015.