

Dos direitos e dos deveres: também no direito à privacidade*

*Mario. G. Losano***

RESUMO. A privacidade sofre hoje de superexposição. Efetivamente, existe um conflito entre liberdade do indivíduo – tutela da privacidade – e segurança da comunidade – limitação da privacidade. Com base nas categorias de Amitai Etzioni, o artigo propõe princípios práticos para tutelar a privacidade, mesmo na época da guerra contra o terrorismo, que exige particular atenção no que se refere à segurança e, por isso, uma revisão dos princípios que regem a privacidade.

Palavras-chave: Privacidade. Terrorismo. *Communitarianism*. Amitai Etzioni.

1 – Para uma reflexão sobre uma lei ainda jovem

Em 1996, a Itália foi o penúltimo Estado da União Européia a aprovar uma lei sobre a privacidade. Em 2001, cerca de cinco anos depois, um grupo de juristas das universidades de Milão e de Turim executou um balanço dos problemas surgidos com a aplicação da mencionada lei e da sua inserção no ordenamento jurídico italiano¹.

* Tradução da Prof.^a Dr.^a Marcela Varejão.

** Mario G. Losano é catedrático de Teoria Geral do Direito da Università degli Studi di Milano, de Filosofia do Direito e de Informática Jurídica na Università del Piemonte Orientale, Alessandria (Itália).

¹ Texto inédito no Brasil: é a introdução ao volume Mario G. LOSANO (a cura di), *La legge italiana sulla privacy. Un bilancio dei primi cinque anni*, Roma – Bari: Laterza, 2001. XX-434 p. O livro é fruto de pesquisa financiada pelo Ministério da Universidade italiano (MIUR, financiamento ex-MURST 40%), na qual participaram duas unidades: uma da Universidade de Milão, dirigida por Mario G. Losano (coordenador); outra, da Università degli Studi

Não se trata, assim, do balanço dos primeiros anos de atividade da Autoridade de Garantia da Privacidade, mas sim da avaliação de alguns aspectos da aplicação da lei de 1996 no contexto das normas já existentes na Itália e na União Européia.

Estas páginas traçam um quadro sintético do conteúdo do volume, percorrem brevemente a evolução da noção jurídica de privacidade e propõem ainda algumas reflexões sobre a oportunidade de rever tal noção da forma como é atualmente considerada; nessas reflexões, considera-se que o cidadão, paralelamente ao direito à privacidade, tem ainda deveres perante a comunidade em que vive: daqui deriva o título mazziniano² destas páginas.

Tanto o balanço quinquenal, quanto a proposta de revisão têm, em parte, origem no excesso de exposição da privacidade na mídia e, conseqüentemente, também na opinião pública. Esse é um fenômeno típico da sociedade midiática: assim como existe um “aids exceptionalism” – ou seja, a superexposição de um perigo, ainda que grave, para a saúde – parece-me igualmente ser possível falar de um “privacy exceptionalism”, ou seja, de um excesso de atenção sobre a tutela da privacidade, em detrimento de outros bens comuns igualmente dignos de proteção. Em outras palavras, penso que a Aids não seja tratada como as outras doenças infecciosas, assim como a privacidade não seja tratada como os outros direitos individuais, por uma série de razões que serão dentro em pouco examinadas.

di Torino, dirigida por Mario Dogliani. A realização do projeto de pesquisa iniciou em 1999 e foi concluída em 2000. A documentação na qual se baseia cada um dos ensaios está atualizada até 2000, salvo mínimas modificações nas provas de impressão.

² No *Risorgimento* italiano, Giuseppe Mazzini também escreveu sobre *diritti e doveri* [Nota do tradutor].

Não gostaria que estas páginas fossem interpretadas como uma crítica ao direito à privacidade ou à lei italiana que finalmente a tutelou; seria verdadeiramente estranho que eu me opusesse a uma lei que há mais de vinte anos indico como necessária³ e que hoje, ainda por cima, é-nos imposta pela União Européia. O problema é que os tempos mudam, enquanto as leis restam estáticas. Vez que o direito à privacidade é um direito nascido num certo contexto histórico, é lícito perguntar-se se o mesmo não deva ser adaptado à sociedade italiana assim como a mesma se configurou nos últimos anos. As soluções técnicas são sempre contingentes: nos anos sessenta-setenta, eu era favorável a uma indústria estatal dos computadores na Itália, nos moldes existentes na França, na Alemanha e na Grã-Bretanha, porque me parecia a única via para adquirir os conhecimentos científicos próprios daquele setor de ponta. Hoje, entendo que a informática pessoal deva ser deixada aos particulares, por requerer pouca pesquisa e muita montagem de peças fabricadas alhures. Tanto a empresa pública quanto a particular não são um dogma, assim como o direito à privacidade não é um direito imutável: cada solução deve ser confrontada com a sociedade na qual é aplicada.

Também o atual "privacy exceptionalism" merece correção: o "se" e o "como", serão vistos no último item.

³ Nem sei mais quantos artigos dediquei aos vários projetos italianos de lei sobre a privacy: projetos que nunca se tornaram leis. Por desespero, até eu mesmo havia preparado um projeto, que teve o mesmo destino dos outros (Mario G. LOSANO. *Il computer di cristallo. Progetto di legge sulla protezione dei dati personali. MicroMega*, Roma, p. 159-177, 1987; também publicado in: *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, Milano, p. 465-485, 1987). A partir da metade dos anos Setenta, ocupei-me da lei alemã sobre a proteção dos dados (*Data Report*, Milano, p. 11-16, 1977) e depois de outras leis européias (Mario G. LOSANO. *La privacy nelle legislazioni europee*. In: Nicola MATTEUCCI (a cura di), *Privacy e banche di dati*. Bologna: Il Mulino, 1981, p. 51-66).

2 - Os temas da pesquisa.

Os quatorze ensaios do volume que conclui a pesquisa estão reunidos em três temas, que indicam também as três partes nas quais o próprio livro se divide.

A primeira parte - intitulada *A lei sobre a privacidade no contexto legislativo italiano* - compreende sete ensaios. Os ensaios de Mario Dogliani, Enrico Grosso e Annamaria Poggi examinam os problemas mais vastos, abertos pela instituição de uma *Authority* (de tipo anglo-americano) que garante a privacidade: pertencem ao confim entre a análise jurídica e a política do direito. Os ensaios de Marta Cartabia e de Valeria Marcenò analisam as normas sobre a privacidade como elemento no sistema das fontes do direito italiano. Ilenia Massa Pinto traça um quadro das técnicas para equilibrar os interesses, no que se refere à lei italiana: o tema do equilíbrio dos interesses retornará também na parte final desta introdução.

A segunda parte - intitulada *A lei italiana sobre a privacidade no contexto da União Européia* - compreende dois ensaios sobre o discutido problema das relações entre tutela da privacidade e atividade da polícia, relações que se tornaram particularmente sensíveis com a abolição das fronteiras internas da União Européia, determinadas pelo tratado de Schengen e pelo contemporâneo aumento dos fluxos migratórios para a área comunitária. O amplo ensaio de Diana-Urania Galetta descreve a colaboração entre as polícias nacionais e a criação de um comum banco de dados de natureza policial, enquanto Paola Bilancia concentra sua atenção na polícia européia, a Europol, destinada a tornar-se uma espécie de FBI europeu.

A terceira parte - intitulada *A lei sobre a privacidade no contexto social italiano* - compreende cinco ensaios dedicados à aplicação das normas sobre a privacidade a alguns setores

especialmente relevantes da realidade italiana. Alessandra Algostino examina tal aplicação da lei aos estrangeiros extracomunitários. Marcella Gola examina as questões entre privacidade e atividades jornalísticas. Elisabetta Lamarque relaciona privacidade a saúde e Giorgia Tassoni analisa a privacidade em matéria bancária, com referência também à área dos seguros. O ensaio de Ermanno Bonazzi conclui o volume com um *case study*: ali estão descritas as dificuldades que um administrador local encontra na aplicação da lei sobre a privacidade à vida quotidiana de uma pequena cidade lombarda.

A difícil harmonização das normas sobre a transparência administrativa com as normas sobre a privacidade remete o ensaio empírico final ao problema jurídico inicial: o ordenamento jurídico italiano como um sistema no qual – com a lei sobre a privacidade – insere-se um elemento novo, que retroage sobre normas preexistentes, de modo às vezes não previsto pelo legislador.

3 – A evolução do conceito de privacidade.

O direito à privacidade é típico do Common Law, a ponto de os ordenamentos europeus continentais preferirem recebê-lo conservando a denominação inglesa de *privacy*. Na tradição jurídica dos Estados Unidos a evolução da privacidade pode ser dividida em três fases, que em certa medida correspondem a equivalentes fases de desenvolvimento da tecnologia da comunicação⁴.

⁴ Sobre a evolução histórica do conceito de *privacy* nos Estados Unidos, veja-se o artigo que, já no título, recorda o clássico escrito de Warren e Brandeis, do qual nos ocuparemos dentro em breve: Randall P. BESANZON. "The Right to Privacy" Revisited: Privacy, News, and Social Change 1890-1990. *California Law Review*, 80, p. 1133-1175, 1992. Na Library of Congress di

A primeira fase é inteiramente oitocentista e, do ponto de vista técnico, corresponde à difusão da imprensa quotidiana. Tal fase se conclui em 1890 quando o tema da privacidade recebe novo impulso com o artigo de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, não por caso considerado o ensaio mais influente na história do direito. Nessa primeira fase, o direito de propriedade – à época ainda não mitigado por considerações sociais, sobretudo na América do Norte – protege bens que posteriormente serão definidos como privacidade. A própria honorabilidade é sentida como um bem do qual o sujeito é proprietário e qualquer violação da mesma pode ser, assim, perseguida como uma violação da propriedade.

O artigo de Warren e Brandeis de 1890 – intitulado *The Right to Privacy*⁵ – oferece a fundamentação teórica para uma série de sentenças à tutela da privacidade numa sociedade na qual, ao lado dos jornais, começam a estabilizar-se meios de comunicação modernos como rádio e televisão. É a partir deste escrito que o direito à privacidade passa a ser considerado um direito diferente, não apenas da propriedade, mas ainda das outras liberdades individuais: um direito “sacro”, ou seja, superior a todos os outros. Nessa linha, o cidadão tem o direito de “ser deixado sozinho” – assim os dois autores definem a privacidade – na medida e na forma em que o deseje, sem levar em consideração os eventuais direitos dos outros, que poderiam resultar numa restrição da sua esfera de liberdade. Desta concepção deriva atualmente aquilo que pouco acima chamei de “privacy exceptionalism”, ou seja, o fato de que o direito à privacidade seja considerado um direito superior aos outros.

Washington encontra-se ainda a tese de Alan F. WESTIN, *Privacy in Western History. From the Age of Pericles to the American Republic*, Harvard, 1965.

⁵ WARREN, Samuel D., BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, IV, p. 289-320, 1890.

Todavia, nas primeiras décadas do século XX, as afirmações teóricas sobre a sacralização da *privacy* eram contrastadas por uma sociedade bastante coercitiva respeito ao indivíduo e, conseqüentemente, por um posicionamento prudente do Poder Judiciário. Efetivamente, a tutela da privacidade ocorria sobretudo no âmbito dos *torts* ou, de qualquer forma, do direito privado. Em 1928 a Corte Suprema dos Estados Unidos ratificou o princípio segundo o qual a privacidade se fundamenta no direito de propriedade, ao mesmo tempo em que esclareceu não existir um autônomo direito constitucional à privacidade derivado da Quarta Emenda, que proíbe as buscas e seqüestros infundados⁶.

Até meados do século XX, tal insistência na sacralização e na natureza absoluta do direito à privacidade podia ser observada como uma procura pelo equilíbrio entre os direitos do cidadão e a pressão de uma sociedade que impunha precisos limites em nome do bem comum. Nesse conflito, o direito à privacidade privilegia o aspecto individual da pretensão de “ser deixado sozinho” e conserva esse desequilíbrio histórico a favor do indivíduo, mesmo com a mudança do clima social. Efetivamente, nos anos Sessenta assiste-se a uma progressiva mudança de tendência: a autonomia decisional e a privacidade do indivíduo tendem cada vez mais a prevalecer sobre as considerações ligadas aos valores da sociedade, ou seja, ao bem comum. É nesse contexto que inicia nos Estados Unidos a terceira fase da tutela jurídica da privacidade.

Em 1965, o caso *Griswold v. Connecticut* dá fundamento ao direito constitucional à privacidade, para além do âmbito privatista no qual era costume inserir-se a matéria: a

⁶ O caso *Olmstead v. United States* de 1928 tem origem em algumas interceptações telefônicas efetuadas pelo FBI sem autorização do juiz: a Corte Suprema considerou que a interceptação não constitui uma violação do direito de propriedade (e, conseqüentemente, muito menos da *privacy*) e que as provas assim recolhidas são legítimas.

mencionada sentença afirmava que a proibição do uso de anticoncepcionais violava a privacidade conjugal. Assim é que, mesmo sendo aqueles os anos da difusão do computador na sociedade civil, o direito à privacidade fora afirmado especialmente com referência aos problemas de contracepção: nessa área, de fato, aos cidadãos dos Estados Unidos eram impostos estreitos limites de ação em nome de um bem comum de origem ética ou religiosa. De uma normativa que proibia o aborto (a menos que a futura mãe não corresse risco de vida), passou-se, assim, a um precedente judiciário que considerava lesivo da privacidade conjugal a proibição dos anticoncepcionais estabelecida por uma lei do Estado de Connecticut.

Em 1965, dessa forma, substituiu-se uma proibição total por uma liberdade total para as pessoas casadas. Mas o caso *Griswold v. Connecticut*, ainda que formulado em termos prudentes, abria as portas a outras extensões da privacidade: entre 1972 e 1977 foram removidos os obstáculos à distribuição de contraceptivos mesmo entre pessoas não casadas e menores, estendendo-se, assim, o direito à privacidade conjugal a todos os cidadãos⁷. Com o caso *Roe v. Wade* de 1973, também o aborto cessou de ser uma área regulamentada pelo Estado, para transferir-se à esfera da decisão individual; não obstante, afirmava-se que a legislação estatal podia limitar esse direito individual em certos casos, e que introduzir-se-ia uma distinção entre os vários trimestres da gravidez.

Paralelamente ao movimento de liberação social (especialmente a feminina) que culminou com o “Sessenta e Oito”, afinara-se a tecnologia dos computadores eletrônicos e

⁷ Trata-se dos casos *Eisenstadt v. Baird*, de 1972, que estendeu o direito à distribuição de contraceptivos também às pessoas não casadas, e *Carey v. Population Services International*, de 1977, que permitiu a venda de contraceptivos também aos menores.

sua difusão na sociedade civil. Os impulsos libertários e individualistas, comuns às sociedades nos dois lados do Atlântico, inspiraram uma avaliação crítica também da informática, embora seus fautores, ao contrário, dela tendessem a pintar uma visão tecnocraticamente rósea.

O conceito de privacidade, desenvolvido como acima descrito, foi estendido também àqueles aspectos da informática que podiam incidir sobre a vida particular do indivíduo. Em especial, os programas dos bancos de dados individuais – em si mesmos não muito diferentes de um fichário manual de uma empresa ou da polícia – podiam executar operações de pesquisa, de agregação ou de desagregação, de fato impossíveis para quem operava com os sistemas tradicionais. Pois que a tecnologia informática multiplicava e ampliava os perigos tradicionais para o cidadão, fazia-se necessária uma norma que fosse acrescentada àqueles tradicionais, como proteção específica contra os novos perigos. Sobreviviam, assim, os antigos delitos conexos à violação da fidelidade empresarial, ao segredo profissional e assim por diante, mas a estes se acrescentavam as sanções previstas pelas leis sobre a privacidade, leis que desde os anos Sessenta passaram a ter vigência na Europa.

Tais leis eram (e ainda o são, inevitavelmente) ligadas à técnica informática existente no momento no qual entraram em vigor. Por um lado, então, ressentem-se da concepção da privacidade como direito sacro e ilimitado, própria da tradição americana; por outro, procuram proteger dos perigos de uma tecnologia caracterizada pela evolução mais rápida que a história da técnica tenha jamais conhecido. O resultado é que a arquitetura das leis sobre a privacidade se ressentem tanto da natureza absoluta do direito que pretende proteger, quanto das características da técnica informática da respectiva época.

Nos anos Setenta e Oitenta, a visão da informática estava vinculada aos grandes computadores e a informática distribuída previa um computador central que, exatamente, distribuía potência de cálculo através de uma rede autônoma. Eram os anos nos quais se projetava um grande centro informático internacional em Roma, com a tarefa de distribuir potência de cálculo aos países em via de desenvolvimento do Mediterrâneo meridional e da África. O modelo inspirador desses desígnios era o da energia atômica, a outra tecnologia avançada da época. Assim como uma grande central atômica distribuía energia elétrica para uma área vastíssima, também o grande computador do centro informático teria distribuído energia de cálculo a milhares de usuários ligados em rede.

Esse grande computador tendia a armazenar também dados pessoais e seus programas permitiam um controle capilar sobre a vida particular do cidadão, que se tornara, assim, transparente. Em sua defesa, imaginara-se a instituição de uma Autoridade capaz de controlar e, se necessário, de corrigir aquilo que ocorresse no grande centro de cálculo. A intenção parecia exequível, porque no imaginário coletivo dos informáticos, ainda que de forma não expressa, estava presente uma carta geográfica nacional com poucos, mas grandes, centros de cálculo distribuídos de modo geograficamente equilibrado e conexos pela rede telefônica: a autoridade de controle poderia mantê-los sob observação sem excessivas dificuldades.

As coisas correram, porém, de forma diversa. A tendência individualista, refletida também nos *cases* sobre a privacidade acima aludidos, afirmava-se cada vez com maior intensidade na vida social, diante das políticas neoliberais, trazendo uma forte debilitação do senso cívico e a hostilidade das esferas econômica e sexual a qualquer regra. A evolução da informática, ao contrário, se processou na direção oposta àquela

que tomara nas primeiras décadas de sua existência. A concepção da potência de cálculo distribuída por um computador inserido no coração de uma estrutura em forma de estrela cedeu lugar para uma concepção de rede circular, com mais nós de média potência, capazes de somar as respectivas capacidades ou de substituírem um nó temporariamente bloqueado. Anos depois, o aparecimento do *personal computer* pulverizou a informática: ao grande centro de cálculo se uniu o exército, em crescimento contínuo, dos usuários da informática individual. E esta última resultou tanto mais difícil de controlar quanto maior se tornava a potência e a interconexão dos *personal computers*. Sucessivamente, os centros de cálculo e os *personal computers* foram conectados por redes e, enfim, pela rede das redes, ou seja, por Internet: um mundo no qual tudo acontece em todos os lugares.

Ao final dessa evolução tecnológica - e não obstante as tentativas para produzir leis sobre a privacidade chamadas de "segunda geração", pretendendo-se assim manter sob controle a diversa situação - as leis européias sobre a privacidade trazem, dentro de si, ainda que em medida variada, uma contradição: devem tutelar um direito ilimitado, mas sua arquitetura ainda se encontra vinculada a um modelo de informática não mais atual.

É exatamente nessa tensão interna que se fundamentam os pedidos para revisão do direito à privacidade.

4 - Para uma tutela mais equilibrada da privacidade

O quadro histórico até o momento exposto deveria mostrar que o direito à privacidade esteve unido às batalhas para liberar o indivíduo das ingerências do Estado: justifica-se, assim, o excesso de exposição, ou "exceptionalism", que acompanhou a evolução desse direito. Explica-se dessa forma porque o temor de todos os fatores da privacidade fosse

dirigido contra a ingerência do Estado: nessa direção caminha a história mais distante dos países anglo-saxões (John Locke, Adam Smith), bem como a história mais recente dos totalitarismos europeus. Naqueles contextos, era correto insistir sobre os direitos do cidadão, porque o Estado pensava em impor unilateralmente toda espécie de comportamentos devidos, mesmo quando não desejados.

Hoje a situação mudou. Na sociedade, o indivíduo prevalece sobre a comunidade e, na economia, o neoliberalismo e a globalização transferiram a periculosidade informática do Estado para as grandes empresas supranacionais. Estas últimas – exatamente porque supranacionais – fogem às regras ditadas por cada Estado, regras que não podem ser aplicadas fora do âmbito das respectivas soberanias nacionais.

Retorna, assim, aquele que sempre foi o *paradoxo da privacidade*: no momento no qual o maior perigo para a privacidade parecia vir do Estado, era ao Estado que se devia recorrer para obter uma eficaz tutela da privacidade. No momento no qual o pêndulo da sociedade se desloca para o pólo da comunidade, sempre mais na direção do indivíduo, faz-se necessário repensar todo o ordenamento jurídico da privacidade: a consciência de que é um direito contingente e não “sacro”, conexo às exigências sociais de certos momentos históricos, deveria induzir a replasmá-lo em função da estrutura atual da sociedade.

O indivíduo tende hoje a pretender da sociedade o respeito dos próprios direitos, mas a esquecer que tem deveres para com a sociedade. Se em épocas de predominância do Estado era lícito exigir um reequilíbrio da situação a favor do indivíduo, diante do hodierno predomínio do indivíduo é lícito pleitear um equilíbrio da situação em favor da comunidade. Limitando-nos ao direito à privacidade, esse reequilíbrio deve ser atentamente dosado, porque nem todas as críticas ao direito

à privacidade podem ser consideradas adequadas. Algumas são interessadas, sobretudo quando provêm de empresas comerciais, mas não podem ser rejeitadas simplesmente com base numa desconfiança ideológica.

Está claro que as empresas tendem a agir também como mercados da privacidade; porém, certas regras sobre esse direito nasceram antes de Internet e antes do comércio eletrônico e tendem, assim, a dificultar as trocas econômicas que não puderam prever. Por exemplo, as restrições à transmissão de dados pessoais para além dos países da União Européia pode dificultar o comércio entre Europa e Estados Unidos? Até que ponto é aconselhável que o direito individual dificulte as trocas econômicas?

A título de exemplo: a reconstrução do exílio no Japão de um jurista alemão, que teve a pouca sorte de viver na condição de hebreu e de socialista na Alemanha hitleriana, resta interrompida porque, às notícias recebidas dos seus próprios familiares, não foi possível acrescentar “mais informações nem do Registro Civil de Berlim, nem da Embaixada alemã em Tóquio, por razões de privacidade”⁸. É assim tão necessário tutelar o interessado e sua família (que colaborou com as pesquisas) contra a reconstrução científica de sua vida de pesquisador e de exilado?

Já dez anos atrás, era possível interrogar-se sobre a compatibilidade das regras indicadas no Data Protection Act britânico de 1984 com as características técnicas dos sistemas inteligentes clássicos e dos sistemas baseados nas redes neuronais. Tais sistemas “raciocinam” com dados memorizados, ou seja, desenvolvem seqüências de deduções partindo de um certo dado na memória. Se, como previsto por

⁸ BARTELS-ISHIKAWA, Anna (Hrsg.), *Post im Schatten des Hakenkreuzes. Das Schicksal der jüdischen Familie Sternberg in ihren Briefe von Berlin nach Tokyo in der Zeit von 1910 bis 1950*, Berlin: Duncker & Humblot, 2000. p.19.

lei, se cancela ou se corrige um dado, podem produzir-se mudanças imprevistas em outras partes do sistema. Se o cidadão pede para modificar um dado que é produto de uma cadeia lógica, é preciso identificar e modificar o dado que está na origem daquela cadeia: mas as conseqüências desse ato sobre outras cadeias não são previsíveis. A situação fica ainda mais complexa se o sistema inteligente raciocina por analogia, enquanto nos sistemas neuronais resta até mesmo incerta a parte da memória na qual intervir⁹. Uma lei sobre a privacidade deve perseguir a evolução tecnológica ou deve contentar-se em indicar poucos princípios gerais, mas duradouros?

Nos Estados Unidos, a instituição de pontos de vigilância para verificar quem faz uso de drogas ou dirige em estado de ebriedade (*sobriety checkpoints*) foi adversada por razões de privacidade: treze Estados preferiram não instituí-los para não terem problemas com a justiça; a Michigan Supreme Court declarou-os inconstitucionais e, em outros Estados, os *checkpoints* foram levados a juízo e proibidos, apesar dos bons resultados obtidos. Sempre nos Estados Unidos, um projeto de lei que propunha o desenvolvimento facultativo, mesmo com o apoio do Governo, de testes HIV e a pesquisa dos contatos do paciente foi bloqueado por anos com recursos judiciais. Em ambos os casos, não era possível encontrar uma solução que considerasse de modo mais equilibrado os direitos individuais e aqueles da comunidade na qual o paciente vivia?

Essas observações não são dirigidas contra a privacidade, mas contra um errado equilíbrio entre o direito à privacidade e o dever que cada cidadão tem perante a comunidade. Não por acaso há anos esse método é propugnado nos Estados Unidos pelos fautores do comunitarismo. Essa corrente minoritária

⁹ MADDISON, Alan and Pamela. The Data Protection Act and AI: A Computer/Law Conflict? In: Ajit NARAYANAN – Mervyn BENNUN. *Law, Computer and Artificial Intelligence*, Norwood (N.J.): Ablex, 1991. p. 132-145.

propõe considerar a privacidade como um dos direitos individuais a ser tratado igualmente aos outros, ou seja, a ser equilibrado, no respeito a outros direitos individuais, como, por exemplo, o direito à segurança ou o direito à saúde¹⁰.

Devo aqui limitar-me a indicar alguns temas para uma futura discussão, que será previsivelmente carregada de tensões emotivas. Um ponto de referência equilibrado pode ser o livro de Amitai Etzioni¹¹, que analisa alguns itens centrais da situação americana sobre a privacidade e propõe quatro critérios de equilíbrio. Naturalmente, esse ponto de referência deve ser tomado em consideração com algumas cautelas. Primeiramente, o ambiente social do qual se parte é diverso: para um europeu, é perfeitamente normal sair com um documento de identidade, enquanto para os americanos é um atentado à privacidade. Para quem pretende uma weberiana neutralidade, ademais, a filosofia comunitarista pode ser tão aceitável ou tão criticável quanto aquela libertária¹². Para o

¹⁰ WESTIN, Alan F. *Privacy and Freedom*, New York: Atheneum, 1967. XVI-487 p.; REGAN, Priscilla M. *Legislating Privacy. Technology, Social Values, and Public Policy*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1995. XIX-310 p.

¹¹ ETZIONI, Amitai. *The Limits of Privacy*, New York: Basic Books, 1999. 280 p. Conhecido originariamente como sociólogo das organizações complexas (*A Comparative Analysis of Complex Organizations. On Power, Involvement, and Their Correlates*, New York, London: Free Press - McMillan, 1975². 584 p; 1^a ed. 1961), é hoje também teórico do "communitarianism" (*A Responsive Society. Collected Essays on Guiding Deliberate Social Change*, San Francisco: Jossey-Bass, 1991. XVII-479 p.; *The Spirit of Community. Rights, Responsibility, and the Communitarian Agenda*, New York: Crown, 1993. VIII-323 p.; *The New Golden Rule. Community and Morality in a Democratic Society*, New York: Basic Books, 1996).

¹² Aceitar as teses de Etzioni sobre a privacy não significa aceitar completamente as teses comunitaristas. Considero estas últimas, de qualquer forma, não um ataque ao liberalismo, mas um convite a considerar

jurista, enfim, situações e soluções adequadas para o Common Law podem resultar não transferíveis ao direito europeu continental. Porém, mesmo com tais preliminares cautelas, das teses sustentadas por Etzioni pode-se inferir uma razoável reavaliação do direito à privacidade assim como o codificam hoje a lei italiana e a dos Estados da União Européia.

A exigência de reconsiderar a privacidade americana nasce em Etzioni da constatação de que os “excessos retóricos” dos seus fautores produziram, a longo prazo, efeitos sociais deletérios em várias direções: retardaram com ações judiciais a adoção de medidas socialmente úteis; bloquearam as medidas que implicavam uma redução da privacidade; dificultaram a discussão de úteis políticas sociais, suscitando o temor de conseqüências judiciais e de polêmicas publicamente nocivas aos proponentes; opuseram-se à introdução de aparelhos que teriam melhorado a saúde pública e também a tutela da privacidade mesma (por exemplo, o teste HIV a domicílio)¹³.

A American Civil Liberties Union (ACLU) foi um dos maiores campeões na defesa da privacidade e, assim, pode ser considerada a porta-bandeira das teorias individualistas criticadas pelos comunitaristas. Os comunitaristas nelas reprovam, porém, não a defesa constante da privacidade, mas o

os direitos individuais no contexto da comunidade na qual surgiram. Para essa interpretação do comunitarismo como teoria não contrária, mas sim complementar, ao liberalismo, remeto a Allen BUCHANAN. *Assessing the Communitarian Critique of Liberalism. Ethics*, p. 852-882, 1988, e Allen BUCHANAN, *Liberalism and Group Rights*. In: COLEMAN-BUCHANAN (eds.). *In Harm's Way*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994. X-359 p.

¹³ Em 1985, fora estudado um sistema para analisar em domicílio a presença do HIV: o paciente enviava pelo correio algumas gotas de sangue acompanhadas de um código de identificação, e por telefone podia pedir os resultados da análise no mais completo anonimato. Esse sistema, vantajoso para todos, foi impedido por sete anos.

fato de não se procurar uma qualquer forma de equilíbrio entre direitos, caso por caso.

A idéia da qual Etzioni parte é aquela segundo a qual as ideologias “podem convergir para um único valor central”, enquanto as sociedades “não podem fazer escolhas perfeitas porque freqüentemente devem sacrificar uma parte de um bem em benefício de um outro bem”. Toda sua argumentação visa, assim, encontrar formas de equilíbrio, ou seja, “acordos entre privacidade e bem comum”¹⁴.

Os critérios de equilíbrio podem ser extraídos da análise de cinco setores nos quais a proteção da privacidade revelou-se especialmente controversa nos Estados Unidos¹⁵. Podemos aqui oferecer somente uma menção desses *cases studies*.

As análises para descobrir se os neonatos fossem infectados pelo HIV foram proibidas porque violavam a privacidade da mãe, à qual era comunicado o resultado. Todavia, a tutela da privacidade da mãe tinha como contrapartida a morte quase certa de um elevado percentual de neonatos.

Após a morte de uma criança, Megan Kanka, foram aprovadas leis em todos os Estados (conhecidas exatamente como "Megan's Laws") que obrigavam os pedófilos a registrarem-se nos lugares nos quais iriam residir depois de cumprirem pena. Tais leis desencadearam infinitas discussões

¹⁴ ETZIONI. *The Limits of Privacy*, cit., p. 11.

¹⁵ Tais critérios são aplicáveis em geral às situações nas quais existe um conflito entre o direito do indivíduo à privacy e seus deveres para com a comunidade, como, por exemplo, no controle antidrogas de quem é diretamente responsável pela vida de outrem (nos meios de transporte público e serviços conexos, como os controladores do tráfego aéreo); nos controles antiterrorismo; na videovigilância de lugares públicos, para evitar certos delitos; nas operações policiais em escolas e dormitórios públicos para procurar drogas e armas; nos já recordados *sobriety checkpoints*, e outros mais.

sobre a característica da recidiva dos pedófilos e sobre a marginalização social dos mesmos, mas, por outro lado, essas leis tornaram possível informar a comunidade dos vizinhos de que uma determinada pessoa era um pedófilo, prevenindo assim a repetição de tais delitos.

O problema das interceptações em Internet foi mencionado por motivos de segurança nacional: discute-se se as comunicações criptografadas por Internet podem ser controladas pelos órgãos públicos, obrigando os usuários a utilizar programas criptografados predeterminados e conhecidos do Estado, ou colocar à disposição do Estado o programa de criptografia que pretendem usar.

Nos Estados Unidos, não existe uma carteira de identidade nacional – que ora poderia ser de fato introduzida através de um sistema generalizado de identificadores biométricos. Esse debate está ligado à situação estadunidense: “as carteiras de identidade – escreve Etzioni – são vistas pelos americanos como o principal instrumento de um governo opressivo”¹⁶.

Enfim, a privacidade dos dados médicos é objeto de controvérsias nas quais as partes se inverteram: os libertários sustentam que para seu uso é suficiente o consenso específico do paciente, enquanto os comunitaristas propõem medidas mais amplas para a proteção da privacidade.

Da análise dos cinco *case studies* acima mencionados, Etzioni extrai quatro fatores de equilíbrio entre a privacidade e o bem comum, que podem ser reunidos na segurança e na saúde. Diante do caso concreto, estes “criteria for corrective action”¹⁷, são aplicados em cascata: se uma política social não satisfaz o primeiro, passa-se ao segundo e, depois, sempre em caso negativo, aos outros.

¹⁶ ETZIONI. *The Limits of Privacy*, cit., p. 103.

¹⁷ ETZIONI. *The Limits of Privacy*, cit., pp. 10-15.

O primeiro critério prevê a introdução de limites à privacidade “apenas em presença de ameaças bem documentadas e macroscópicas ao bem comum, não com base num perigo puramente potencial”. Numa sociedade midiática, os debates científicos tendem a tornar-se perorações emotivas, sobre cujas bases é desaconselhável limitar as liberdades individuais. Etzioni compara o HIV e o uso da maconha: os efeitos do HIV são bem mais graves e gerais do que aqueles, mesmo que reais, do uso da maconha; então, uma limitação dos direitos de liberdade se justifica para o primeiro, mas não para o segundo.

O segundo critério entra em jogo se o perigo ainda não está documentado e diz respeito à atenção que uma sociedade coloca na aquisição das informações necessárias para organizar uma política social “sem recorrer a medidas que limitem a privacidade”. Por exemplo, as pesquisas epidemiológicas necessárias para documentar o perigo macroscópico mencionado no primeiro critério devem ser realizadas de forma anônima.

O terceiro critério, analisado na medida em que os dois primeiros não forem aplicáveis, seria: se o fenômeno não está bem documentado e se o estudo não pode ser seguido respeitando o anonimato, torna-se necessário limitar a privacidade: essa intervenção deve ser, porém, “minimally intrusive”. Submetendo-se aqueles que são responsáveis por vidas de outros (motoristas públicos, pilotos etc.) a análises para verificar o uso de drogas, tal análise deve ocorrer no modo mais discreto possível: por exemplo, para evitar a substituição dos líquidos a serem analisados, ao invés da vigilância visual, seria suficiente medir a temperatura da amostra assim que seja fornecida. Na área dos médicos, o National Practitioners Data Bank memoriza as informações sobre as sanções judiciais ou disciplinares às quais foram submetidos os médicos e as coloca

à disposição dos hospitais que pretendem contratá-los: todavia, limita-se a indicar o tipo de sanção (causada por *malpractice*, acordo extrajudicial etc.), sem oferecer detalhes.

O quarto e último critério aconselha “preferir as medidas que diminuam os efeitos colaterais das indispensáveis limitações à privacidade, ao invés daquelas que ignoram estes efeitos”. Se for necessário recolher dados médicos num vasto grupo de cidadãos, tais dados devem ser protegidos, por exemplo, também agravando-se a pena para quem os difunde ilegalmente.

Em conclusão, “os quatro critérios podem ser usados tanto para determinar se a tutela da privacidade é insuficiente, quanto para estabelecer se é excessiva”, vez que são critérios gerais válidos para a avaliação de qualquer política social.

A exigência de ter em mente um equilíbrio entre bens em exame não é somente uma exigência ética ligada à visão de uma harmoniosa convivência social: é também uma medida indispensável para tutelar efetivamente o direito à privacidade numa determinada sociedade historicamente existente. De fato, se um interesse em jogo é transcurado em exclusivo benefício da privacidade, quem está ligado àquele interesse tentará efetivá-lo por outra via, ainda que ilegal. Se, por exemplo, a comunicação de dados pessoais para países fora da União Européia resulta excessivamente onerosa, dificilmente uma empresa multinacional renunciará a lucros que possam para ela derivar de comércio com os Estados Unidos ou com o Japão. Fará algumas contas e terminará encontrando um sistema economicamente aceitável para não cumprir a norma, ou ainda – se a eficiência do sistema-Estado no qual opera deixar a desejar – correrá o risco de uma condenação incerta para não perder a vantagem de um lucro certo. De qualquer forma, o excesso de tutela em abstrato pode conduzir à falta de tutela em concreto.

Of the rights and duties: also in the right to privacy.

ABSTRACT. Today privacy suffers from over-exposure. Actually, there is a conflict between the individual's freedom - protection of privacy - and security of the community - limitation of privacy. Based on the categories of Amitai Etzioni, the article proposes practical principles to protect privacy, even in the time of war against terrorism, which demands particular attention as far as security is concerned, and thus, a revision of the principles which regulate privacy.

Keywords: Privacy. Terrorism. *Communitarianism*. Amitai Etzioni.

5 - Notícia Bibliográfica.

Com a emanação das leis europeias sobre a privacidade, a literatura sobre o assunto tornou-se desmesurada.