

## INTRODUÇÃO

O corpo em si está se tornando uma senha: o físico toma o lugar das abstratas palavras-chaves: Impressões digitais, geometria das mãos ou dos dedos, da orelha, íris, retina, traços faciais, odores, voz, assinatura, uso do teclado, o andar, DNA. Recorre-se a esses dados biométricos cada vez mais freqüentemente, não somente para finalidades de identificação, ou como chaves de acesso a serviços diversos, mas também como elementos de classificação permanente, para controles ulteriores em relação ao momento da identificação ou da autenticação.<sup>1</sup>

A sociedade industrial representou um avanço extraordinário na história da humanidade. Séculos de uma lenta evolução foram sobrepujados pela era moderna, marcada pelo rápido desenvolvimento científico-industrial. Neste primeiro momento da modernidade, segundo Ulrich Beck, ainda havia uma previsão e controle dos perigos que envolviam a utilização destas inovações até o advento da “sociedade de risco”, caracterizada pela proliferação de ameaças imprevisíveis e invisíveis, não cognoscíveis e incontroláveis pelas instituições existentes.<sup>2</sup>

É nesta sociedade “de risco”, tecnológica, interligada, dinâmica e com irrefreável circulação de informações, inclusive pessoais, que vive o homem do século XXI. Diante das alterações qualitativas engendradas pela tecnologia relativamente à informação pessoal, cujas múltiplas fontes e destinatários criam inúmeros riscos à pessoa humana, o direito à

---

<sup>1</sup> RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. Tradução de Maria Celina Bodin de Moraes, *RTDC*, Rio de Janeiro, vol. 19., Renovar, jul/set. 2004, p.93.

<sup>2</sup> BECK, Ulrich. *World Risk Society*. New Hampshire: Odissey Press Inc., 2008, p. 48-58.

privacidade ganha novos contornos e passa a se apresentar também como um direito de proteção e controle dos próprios dados.<sup>3</sup>

A Carta de Direitos Fundamentais Europeia o prevê como um direito autônomo no seu artigo 8º<sup>4</sup> e as razões para esta proteção qualificada advêm dos inúmeros riscos à pessoa humana, significativamente potencializados quando os dados pessoais recolhidos, tratados e/ou postos em circulação são dados do corpo humano.<sup>5</sup>

No cenário atual, o corpo humano vem se tornando fonte primordial de informações, com o uso e o tratamento<sup>6</sup> cada vez mais veloz e sofisticado e gradativamente mais disseminado e banalizado de dados biométricos – dados que trazem informações da pessoa e são captados a partir do corpo humano, com o fim de identificá-las precisamente, tendo em vista a unicidade de cada pessoa e suas características físicas peculiares – baseada em uma mentalidade criada por uma atmosfera de medo que, em nome da segurança, incorpora os elementos físicos do corpo nas engrenagens tecnológicas, para múltiplos fins, desde à certificação da identidade até à ilimitada vigilância e o controle da pessoa humana.

---

<sup>3</sup> RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância – A privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.15.

<sup>4</sup> “1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito; 2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação; 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.” Disponível em [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf). Acesso em 13.04.2008.

<sup>5</sup> Como explica Antonio-Henrique Pérez Luño, a proteção jurídica sobre os dados de caráter pessoal não recai sobre estes, e sim sobre as pessoas titulares de ditos dados: “Se ha objetado frente a esta denominación (protección de datos) su carácter equívoco, pues parece evocar que el objeto de protección jurídica son los datos, cuando, en realidad, lo son las personas concernidas en ellos.” PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique: *Libertad informática y Derecho a la autodeterminación informativa* in Congreso Sobre Derecho Informático, Facultad de Zaragoza, 1989, p. 361.

<sup>6</sup> Como reflete Pérez Luño, “los mecanismos técnicos de información han adquirido unos poderes que en otras épocas se consideraban privativos de las potencias sobrenaturales”. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 5 ed. Madri: Tecnos, 1995. p. 348

A total falta de reflexão e debate sobre os pertinentes limites éticos e jurídicos vem permitindo que este cada vez mais sofisticado e invasivo mecanismo de intervenção, constituído pela coleta e armazenamento de dados biométricos, possa se agigantar em um abastado arsenal de informações pessoais de caráter sensível, armazenadas não apenas pelo Estado, mas, também, por diversas instituições privadas.

Neste quadro de utilização indiscriminada, carente de certeza dos potenciais riscos e, muitas vezes, verdadeiramente arbitrária, de dados biométricos, seja por órgãos públicos, seja por organismos privados, tem-se, de fato, uma exponencial ameaça à dignidade da pessoa humana unitariamente considerada.

A justificativa desta pesquisa decorreu exatamente da urgente necessidade de aprofundar a reflexão e o estudo sobre os limites éticos e jurídicos relativos à coleta, armazenamento, transmissão, tratamento e uso dos referidos dados, na medida em que, como alerta Stefano Rodotà, em função do seu uso descontrolado, o próprio corpo do homem está se tornando uma mera senha<sup>7</sup>.

Neste diapasão, buscou-se discutir e traçar limites éticos e jurídicos relativos à captação, à guarda, à comunicação e à utilização dos dados biométricos da pessoa humana, a partir de uma perspectiva principiológica, com centralidade na dignidade da pessoa, tanto na abordagem crítica do problema a partir do seu enfoque internacional, quanto na busca da sua configuração no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>7</sup> RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. Tradução de Maria Celina Bodin de Moraes. *RTDC*. Vol. 19. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.93.

Se conhecer a verdadeira razão da existência humana compõe o cerne das indagações filosóficas desde o seu surgimento, a ciência contemporânea, freqüentemente com irrefletida onipotência, vem tentando responder à indagação, muitas vezes através da completa devassa do corpo humano.

Na medida, porém, em que, hodiernamente, existem mecanismos que se pretendem capazes de responder algumas das antigas indagações do ser humano, a potencial complexidade e magnitude da sua ingerência, inclusive nas relações sociais, impõe a imperiosa necessidade de balizas para a sua utilização<sup>8</sup>.

Para esta tarefa foi realizado um estudo dogmático-jurídico, analítico-sintético, histórico e comparativo da teoria e prática referente à colheita, tratamento e utilização de dados biométricos, a partir do levantamento de projetos de pesquisa e de legislação sobre o tema, tanto no âmbito nacional, quanto no plano internacional, tendo como marco teórico a Constituição Brasileira de 1988 e todos os avanços teóricos introduzidos no seu texto a partir da redemocratização do país em 1985, os quais permitiram a sofisticação e aprofundamento do debate doutrinário brasileiro no Estado, inspirados pelos valores constitucionais.

Neste contexto constitucional, as construções dogmáticas dos direitos fundamentais, desenvolvidas após a Segunda Guerra Mundial, bem como as teorias de interpretação construtivistas do pós-positivismo foram introduzidas e contextualizadas ao ordenamento

---

<sup>8</sup> A Bioética nasce exatamente com este propósito, de molde a evitar avanços a qualquer custo, como, exemplificativamente, as que permitiram experiências científicas com judeus durante o regime nazista, promovendo toda espécie de sofrimento e abuso em pessoas que eram arbitrariamente destituídas de sua condição humana, chegando ao ponto de serem classificadas como “não-pessoas” por um Estado Totalitário. Sobre o exemplo mencionado, confira-se ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém – um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 148.

jurídico brasileiro, enriquecendo o debate teórico nacional e permitindo soluções mais adequadas aos problemas atuais que não são setorizados e assolam o mundo global.

Desta forma, a problemática do tratamento adequado à captura de dados biométricos foi analisada, partindo dos balizamentos filosóficos e jusfilosóficos pertinentes, à luz do ordenamento jurídico brasileiro e das construções teóricas aqui desenvolvidas, mas valeu-se ainda, moderadamente, da alusão com o tratamento proporcionado pelo modelo europeu, tendo em vista o fato de o tema abordado configurar-se como um problema que assola o mundo globalizado e não apenas o Brasil, o que deveria exigir, inclusive, providências mínimas comuns no âmbito internacional.

No capítulo 1, “o corpo em fragmentos”, foi apresentado o problema da desmaterialização do corpo, seja o virtual, seja o físico, através de tecnologias que captam, armazenam e tratam todos os tipos de dados pessoais.

No capítulo 2, “a ética nas relações humanas”, buscou-se amadurecer a reflexão com alguns enfoques filosóficos que se relacionassem com o tema proposto. Cotejou-se, assim, a tese de Giorgio Agambem com as preocupações da bioética e com os questionamentos do também filósofo e jurista italiano Stefano Rodotà, complementando com a abordagem proposta pela ética do cuidado.

No capítulo 3, “o reencontro da ética com o direito” procurou-se demonstrar como a reaproximação da ética com o direito, sob uma perspectiva pós-positivista, possibilita um manancial seguro para o intérprete solucionar questões que não apresentam respostas prontas como no caso dos dados biométricos.

No capítulo 4, “tratamento dos dados biométricos adequado à tutela integral e unitária da pessoa humana”, a postura do Brasil frente ao tema é cotejada com a postura europeia, a qual é mencionada, exemplificativamente, a título de parâmetro para se traçar os caminhos possíveis para uma proteção jurídica da matéria capaz de efetivamente proteger minimamente a pessoa humana considerada na sua unidade. Neste empreendimento, analisou-se as perspectivas hermenêuticas apontadas pela abertura principiológica da Constituição Brasileira, sob a égide da dignidade da pessoa, com ênfase na necessidade de uma postura ativa do Poder Judiciário no sentido de viabilizar concretamente o amparo ao direito de privacidade na sua vertente especial de resguardo dos dados biométricos.

## 1 O CORPO EM FRAGMENTOS

Um outro corpo está diante de nós – fragmentável, multiplicável, manipulável, falsificável – e é este novo corpo que torna possíveis novas formas de controle, e exige portanto novas e mais potentes garantias.<sup>9</sup>

### 1.1 Dados pessoais no espaço cibernético

A sofisticação da sociedade de informação e as transformações que impulsiona se refletem numa visão desmaterializada do corpo e da própria identidade humana. No espaço cibernético, território livre de todos os limites e vicissitudes que contingenciam o corpo físico, a realidade e a própria identidade podem ser construídas, destruídas, reconstruídas, multiplicadas e observadas sob outro prisma, o virtual.<sup>10</sup>

As contrapartes virtuais dos seres humanos, contudo, não ficam adstritas às manifestações dos próprios indivíduos, na medida que dados pessoais de milhões de pessoas estão espalhados eletronicamente em bancos de dados de diversos países, podendo ser agregados e utilizados para a definição por outrem de uma identidade virtual não desejada e alheia ao controle do seu titular, sujeitando-o a classificações, julgamentos, discriminações.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> RODOTÀ, Stéfano. Transformações...,cit, p. 106.

<sup>10</sup> Conforme Pierre Levy, ao se virtualizar, o corpo se multiplica, “sai de si mesmo, adquire novas velocidades, conquista novos espaços, verte-se no exterior e reverte a exterioridade técnica ou a alteridade biológica em subjetividade concreta”. O Autor entende a virtualização do corpo não como “uma desencarnação mas uma reinvenção, uma reencarnação, uma multiplicação, uma vetorização, uma heterogênese do humano (...) atualização temporária e incessante de um enorme hipercorpo híbrido, social e tecnobiológico.” LEVY, Pierre, 1956 - *O que é o virtual ?*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Ed.34, 7ª reimpressão, 2005, p. 33.

<sup>11</sup> Daniel Solove – professor da Universidade de Washington e especialista em privacidade – destaca que o que vem ocorrendo é a existência de uma pessoa digital em tais bancos de dados, uma vez que todos estão convivendo com uma contraparte digital constituída não de carne e sangue mas da combinação de informações fragmentadas. (*TESTIMONY OF DANIEL J.SOLOVE “RFID TAGS AND INFORMATION PRIVACY” - Before*

Rodotà utiliza-se da expressão “duplo eletrônico” para tratar deste fenômeno, o qual gera inúmeras conseqüências na condição existencial humana, diante da intrínseca relação dos dados pessoais com a tutela da personalidade humana e da própria identidade pessoal.<sup>12</sup> Utilizar-se de dados pessoais não é por si só o problema, porém o diferencial proporcionado pela tecnologia no tratamento dos dados pessoais, tanto em termos quantitativos quanto qualitativos,<sup>13</sup> ou seja, tanto pelo poder de processar mais dados em menos tempo quanto pela possibilidade de se aplicar técnicas sofisticadas de tratamento de dados, exige a harmonização com os parâmetros de proteção da pessoa humana, através de instrumentos que possibilitem aos interessados um efetivo e amplo controle em relação aos seus dados pessoais, garantindo o acesso, conhecimento e intervenção dos titulares.<sup>14</sup>

A realidade é que códigos numéricos, algoritmos ou expressões de qualquer espécie que possam ser desvinculadas das pessoas concretas a que se referem, demonstraram-se suscetíveis a todas as espécies de fraude, fragilizando os inúmeros relacionamentos pessoais,

---

*the Subcommittee on Privacy and Confidentiality of the National Committee for Vital Health Statistics* - Jan. 11, 2005. Disponível em <http://www.ncvhs.hhs.gov/050111p4.pdf>. Acesso em 28.12.09).

<sup>12</sup> Conforme RODOTÁ, Stefano (Palestra sobre direito e Globalização-[www.rio.tj.gov.br/pgm/](http://www.rio.tj.gov.br/pgm/). Acesso em 26.08. 2007): “Se olharmos para os processos em curso do ponto de vista das tecnologias da informação e da comunicação, não descobriremos apenas o nascimento de uma dimensão virtual ao lado daquela real, ou formas de mistura que sugerem a expressão *mixed reality*. Muda a própria percepção da pessoa e de seu corpo. Centenas de milhões de homens e de mulheres têm seu “duplo” eletrônico, que num número crescente de casos condiciona sua existência muito mais do que o corpo físico. Pessoa e corpo eletrônico já pertencem naturalmente à dimensão global.”.

<sup>13</sup> Um exemplo importante diz respeito a uma modalidade de coleta e processamento conhecida como *data mining*, a qual consiste na busca de correlações, recorrências, formas, tendências e padrões significativos a partir de quantidades muito grandes de dados, com o auxílio de instrumentos estatísticos e matemáticos, para transformar uma grande quantidade de informações em estado bruto e não classificada em informações de potencial interesse. *Data Mining* é parte de um processo maior de conhecimento denominado *Knowledge Discovery in Database* (KDD). KDD consiste, fundamentalmente, na estruturação do banco de dados; na seleção, preparação e pré-processamento dos dados; na transformação, adequação e redução da dimensionalidade dos dados; no processo de Data Mining; e nas análises, assimilações, interpretações e uso do conhecimento extraído do banco de dados, através do processo de Data Mining. (*DATA MINING – Conceitos, Técnicas, Ferramentas e Aplicações*. Disponível em <http://www.cce.puc-rio.br/informatica/dataminingcentro.htm>. Acesso em 30 de agosto de 2007).

<sup>14</sup> DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 2.

profissionais ou de qualquer outra índole, que tenham como suporte tais tecnologias de informação, minando, definitivamente, a confiança na identificação do sujeito da pretendida relação.

Assim, até mesmo nos mais simples e prosaicos desdobramentos da vida cotidiana, o inexorável avanço das inovações científicas e tecnológicas e seu intenso vigor interativo, ao mesmo tempo em que facilitou e dinamizou a vida em sociedade, potencializou os riscos decorrentes dessa veloz, eficiente e desmaterializada interação.

Novos paradigmas de existência e convivência advêm, então, exatamente dessa possibilidade irrefreável de desconstrução material que propicia as mais variadas manipulações do ser, desde um total e incessante mimetismo arquitetado pelo próprio indivíduo que virtualmente se pode redefinir, como, por outro ângulo, ter sua identidade deturpada ou mesmo furtada na medida em que os dados virtuais do seu pretense corpo eletrônico sejam apropriados por outrem.<sup>15</sup>

A partir daí, tornou-se urgente apurar o desenvolvimento da tecnologia de informação no sentido de propiciar a segurança necessária para a identificação do que se pode denominar “sujeito eletrônico”.

---

<sup>15</sup> De acordo com RODOTÀ, Stefano (Globalização e Direito – Palestra Rodotà -[www.rio.rj.gov.br/pgm/](http://www.rio.rj.gov.br/pgm/). Acesso em 26 de agosto de 2007): As informações que nos dizem respeito, e que representam nossa identidade para todos aqueles que as usam eletronicamente, estão espalhadas num número crescente de bancos de dados nos mais diversos lugares do mundo; nossos rastros eletrônicos são constantemente acompanhados e guardados; os dados sobre a saúde, os dados genéticos descompõem nosso corpo (...). Embora pareça excessivo e até perigoso dizer que “nós somos os nossos dados”, é contudo verdade que nossa representação social é cada vez mais confiada a informações espalhadas numa multiplicidade de bancos de dados, e aos “perfis” assim construídos, às simulações que eles permitem. Somos cada vez mais conhecidos por sujeitos públicos e privados por meio dos dados que nos dizem respeito, de formas que podem incidir sobre o princípio de igualdade, sobre a liberdade de comunicação, de expressão ou de circulação, sobre o direito à saúde, sobre a condição de trabalhar, sobre o acesso ao crédito e aos seguros, e por aí vai. Tornando-se entidades desencarnadas, as pessoas têm sempre mais a necessidade de uma tutela do seu “corpo eletrônico”.

Por outro lado, paradoxalmente, o próprio corpo físico se demonstrou capaz de revelar-se como fonte de um imenso potencial de dados, os quais podem ser apossados e devidamente tratados para múltiplas finalidades que demandem questões de identidade pessoal ou coletiva.

## 1.2 Os dados biométricos

As simbólicas e contínuas transformações do corpo físico, em razão dos avanços científicos e tecnológicos, têm sido objeto de constantes reflexões. Debate-se, por exemplo, a sempre surpreendente possibilidade da sua fragmentação, tendo em vista que órgãos, tecidos, ou células, poderiam ser separados do corpo de origem, postos em circulação e utilizados em outros corpos. Esta questão não se esgotou, muito pelo contrário, agregou, e ainda agrega, constantemente, novos e controvertidos conteúdos.<sup>16</sup>

Cabe ressaltar, porém, um outro aspecto específico desta fragmentação da corporalidade sob o foco da possibilidade de utilização de dados que são captados a partir do corpo físico ou, ainda, de determinados comportamentos pessoais. Estes dados preciosos que trazem peculiares informações da pessoa com o fim de identificá-la precisamente, tendo em

---

<sup>16</sup> Como, por exemplo, em relação às técnicas de reprodução assistida e outras, ainda mais complexas, que levam, inclusive aos questionamentos sobre a questão da clonagem humana, ou ainda, para alguns, como Pierre Levy, para a possibilidade de advento de verdadeiros corpos pós-humanos, “cyborgs”, em qualquer caso potencializando não apenas as possibilidades individuais mas, também, as intervenções políticas de controle mediante as diversas tecnologias.(Op cit, p. 27-33). Nesse sentido, também, RODOTÀ, Stefano. Transformações...,cit, p.106.

vista a unicidade de cada ser e suas características físicas singulares, são chamados de biométricos.<sup>17</sup>

São inúmeras as tecnologias recentes que se aproveitam indiscriminadamente de dados biométricos, visando a segurança na identificação, partindo da premissa questionável da confiabilidade na utilização destes dados.

Os sistemas chamados biométricos, portanto, podem basear seu funcionamento em características de diversas partes do corpo humano, sendo variáveis os graus de confiabilidade e de custos de cada tecnologia de captação, como, por exemplo: a identificação pelas veias das mãos<sup>18</sup> (recente tecnologia de leitura biométrica, considerada de médio custo); impressão digital (considerado método mais rápido, não higiênico, confiabilidade média, mas de baixo custo); reconhecimento da face (menor confiabilidade, maior tempo exigido para leitura e pesquisa, de alto custo); identificação pela íris (considerado muito confiável, imutável com o

---

<sup>17</sup> Biometria [bio (vida) + metria (medida)] é o estudo estatístico das características físicas ou comportamentais dos seres vivos. Recentemente este termo também foi associado a medida de características físicas ou comportamentais das pessoas como forma de identificá-las unicamente. Hoje a biometria é usada na identificação criminal, controle de ponto, controle de acesso, etc. Os sistemas chamados biométricos podem basear seu funcionamento em características de diversas partes do corpo humano, por exemplo: os olhos, a palma da mão, as digitais do dedo, a retina ou íris dos olhos. A premissa em que se fundamentam é a de que cada indivíduo é único e possui características físicas e de comportamento (a voz, a maneira de andar, etc.) distintas. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/biometria>. Ainda pode-se conceituar como uma característica ou um processo: “*Biometrics: A general term used alternatively to describe a characteristic or a process. As a characteristic: a measurable biological (anatomical or physiological) and behavioral characteristic that can be used to recognition. As a process: Automated methods of recognizing based on a measurable biological (anatomical or physiological) and behavioral characteristics*”. Definição contida no site <http://www.biometrics.gov/Documents/Glossary.pdf>. Acesso em 10.09.2007.

<sup>18</sup> Em <http://www.fujitsu.com/br/services/bio/> há explicações da empresa sobre a tecnologia biométrica da Palm Secure, que é um sistema da Fujitsu para autenticação baseada nas veias da palma da mão, direcionado para atender a necessidades de verificação de identidade tanto para a área governamental quanto para o setor privado e com a vantagem da higiene, por dispensar contato físico, já que utiliza raios infra-vermelhos para capturar a imagem do padrão de veias da palma da mão. Para destacar as vantagens da tecnologia, a empresa afirma que: “A autenticação ocorre ao comparar o padrão de veias detectado com os padrões previamente registrados no sistema. As veias de uma pessoa têm uma riqueza de características distintas, o que torna extremamente difícil as tentativas de fraudar uma identidade e permite um alto nível de segurança. Além disso, o sensor só pode reconhecer o padrão de veias se a corrente sanguínea estiver fluindo pelo corpo do usuário”. Acesso em 26.11.2008.

passar dos anos, de alto custo); reconhecimento pela retina (considerado confiável, imutável, leitura difícil e incômoda na medida em que exige que a pessoa olhe fixamente para um ponto de luz, de alto custo); reconhecimento de voz (considerado menos confiável, por conta de problemas com ruídos no ambiente, problemas por mudança na voz do usuário devido a gripes ou estresse, demora no processo de cadastramento e leitura, de baixo custo); geometria da mão (considerado menos confiável, problemas com anéis, o usuário precisa encaixar a mão na posição correta, de menor custo); reconhecimento da assinatura (considerado menos confiável, algumas assinaturas mudam com o passar do tempo, também há problemas na velocidade e pressão na hora da escrita, de alto custo); reconhecimento da digitação (considerado pouco confiável, demora no cadastramento e leitura, de baixo custo).<sup>19</sup>

Há ainda outras tecnologias em processo de aprimoramento, como a de odores e salinidade do corpo humano, padrões das veias por imagens térmicas do rosto ou punho e, especialmente, a análise de DNA.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Confira-se os parâmetros utilizados em CAVALCANTE, Adalberto Luiz Sobral, BACCI, Márcio Demétrio, HOKAMA, Marçal De Lima, *Assinatura de Documentos Digitais através da Biometria no Exército Brasileiro*. Disponível em [http://www.ensino.eb.br/artigos/artigo\\_biometria.pdf](http://www.ensino.eb.br/artigos/artigo_biometria.pdf). Acesso em 26.11.2008: “A Biometria, também conhecida como Antropometria, é a ciência que estuda a mensuração dos seres vivos (FERREIRA, 2002. Hoje, calcada em muitos anos de evolução tecnológica, é considerada uma das formas mais eficazes para comprovar a identidade de um indivíduo (HAICAL, 2001). As técnicas biométricas baseiam-se nas características físicas (reconhecimentos de íris, retina, face, mão e impressão digital) ou nas comportamentais (reconhecimento de assinatura manuscritas), para realizarem a identificação das pessoas. Os sistemas biométricos podem ser configurados para serem mais ou menos tolerantes gerando dois índices complementares: a falsa aceitação (TFA) e a falsa rejeição (TFR) (IDSYSTEM, 2005), isto é, o sistema aceita como verdadeira uma assinatura falsificada ou recusa a assinatura verdadeira, respectivamente. A idéia é encontrar um ponto de equilíbrio entre estes dois índices”.

<sup>20</sup> Quanto aos dados genéticos há controvérsia, principalmente no plano doutrinário, pois para alguns, como Stefano Rodotà é um dos mais significativos dados biométricos, inclusive por possibilitar a apropriação de dados de um inteiro grupo biológico, não obstante, muitos não os considerem como biométricos por não submeterem-se, por enquanto, a um processo mais simples e rápido de automatização, tendo em vista que demora-se algumas horas, atualmente, para se criar uma identificação por DNA, enquanto os demais dados biométricos são identificados em segundos. Confira-se em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Biometria>. Diante da delimitação da pesquisa realizada, não foi abordada a problemática relativa aos dados genéticos.

O desenvolvimento dessas tecnologias, que não vêm encontrando óbices na maior parte do mundo, intencionam, inclusive, ultrapassar os fronteiros recônditos da mente humana, como ocorre no caso da tecnologia desenvolvida por Larry Farwell, denominada “*brain fingerprinting*”, a qual realiza uma sondagem da memória individual na busca de “impressões cerebrais” que revelem lembranças especiais que comprovem a participação em episódios criminosos passados. A técnica consiste na aplicação de eletrodos na cabeça da pessoa, ligados a um eletroencefalógrafo especial e a submissão da pessoa a uma série de estímulos, alguns relacionados ao crime e outros neutros, de molde a verificar, a partir do padrão de mobilização de memórias, se o cérebro reconhece o ambiente, pessoas, objetos. Segundo Farwell, essa reação imediata, que seria expressa por uma onda conhecida como p300, ocorre em frações de segundos, automática e involuntariamente, não sendo possível um inocente simulá-la ou um criminoso suprimi-la.<sup>21</sup>

Nos EUA também está sendo desenvolvido pelo Departamento de Segurança o Projeto Intenção Hostil (PHI), objetivando identificar, através de expressões faciais, modos de andar, pressão arterial, transpiração, sinais de hostilidade e desejo de ludibriar.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Mais informações sobre esta técnica estão disponíveis em <http://www.brainwavescience.com/>. Acesso em 06.01.2010.

<sup>22</sup> MARKS, Paul. Filtro contra o terror. *Época*. Editora Globo, 15.10.2007, p. 72. Na reportagem jornalística há declarações, como a do especialista Kerstin Dautenhahn, duvidando do sucesso do projeto, bem como a do psicólogo Paul Ekman – conhecido pelo desenvolvimento do sistema de identificação de emoções através de expressões faciais, denominado *facial Action Coding System* – que também tem muitas dúvidas sobre o empreendimento, tendo em vista o problema de identificar com coerência microexpressões de hostilidade, principalmente em lugares como aeroportos, onde as pessoas estão cansadas ou fragilizadas por despedidas. É algo complexo e, dependendo dos sinais que se busque, corre-se grande risco de apontar inocentes. No entanto, a postura adotada pelo Departamento de Segurança dos EUA, expressada pelo seu porta-voz, é no sentido de implementar o projeto, ainda que haja o risco de fracasso, se houver a mais remota chance de melhorar. (Ibidem). Infelizmente, a postura de se buscar a segurança a todo custo, alimentado por um clima fóbico, pode causar graves danos à pessoa humana.

Neste contexto de constante intervenção corporal, a combinação de tecnologias pode servir, inclusive, para rastreamento e controle de pessoas, seja a partir da coleta de seus próprios dados biométricos, seja pela inserção de *chips*, situações muitas vezes autorizadas sem qualquer reflexão e por finalidades banais.<sup>23</sup>

As tecnologias que concomitantemente servem para autenticação e controle da vida pessoal e coletiva, cujo uso, em virtude do avanço tecnológico, tornam-se cada vez mais acessíveis, baratas e corriqueiras, também vêm sendo oferecidas em um grau cada vez mais sofisticado.

A título ilustrativo pode-se mencionar superficialmente a tecnologia denominada *radio frequency identification technology*, já popularizada sob a sigla “RFID”<sup>24</sup>, a qual adota minúsculos circuitos eletrônicos (*chips*) que usam sinais de radiofrequência para emitir dados que podem ser captados em um raio de alguns metros, os quais, em consequência, possibilitam o monitoramento do usuário que pode ser facilmente rastreado em qualquer região onde se implemente uma rede de sensores. Os Estados Unidos e países da União Europeia já estão, há algum tempo, analisando oficialmente o uso desta tecnologia em seus

---

<sup>23</sup> A VeryChip Corporation oferece diversos serviços, inclusive de inserção de *chips* em pessoas para múltiplas finalidades, desde controle de pacientes com risco de saúde, como para acesso em determinados locais. (<http://www.verichipcorp.com/> Acesso em 26.11.2008). Confira-se também TEIXEIRA, Daniele, *A tutela da privacidade e seus limites*, dissertação de conclusão do mestrado em Direito Civil pela Uerj, 2008, que relata alguns casos de utilização de *chips* como o da boate *Baja Beach*, entre outros.

<sup>24</sup> Informações detalhadas sobre esta tecnologia podem ser encontradas na EPC Global em [www.epcglobalinc.org](http://www.epcglobalinc.org) (acesso em 29.08.2007), uma organização criada especialmente para difundir o seu uso. Os *chips* RFID já estão sendo usados correntemente. A ECS Holdings, uma das maiores distribuidoras de produtos eletrônicos de Singapura, Ásia, anunciou que já usa a tecnologia para monitorar não só o armazenamento como o tráfego de seus produtos em toda a ilha conforme informação disponível em [http://news.zdnet.com/2100-1035\\_22-5431013.htm](http://news.zdnet.com/2100-1035_22-5431013.htm). Acesso em 29.08.2007 (PC distributor puts RFID tags in goods). Há alguns anos, alguns países já permitem a aplicação subcutânea de *chips* RFID para identificação de animais de estimação, fazendo as vezes de uma coleira eletrônica.

passaportes<sup>25</sup>. No Brasil, a partir de janeiro de 2006, também se estabeleceu um novo padrão de passaporte.<sup>26</sup> As mudanças seguem orientações de normas internacionais estabelecidas pela ICAO – *International Civil Aviation Organization* (Organização de Aviação Civil Internacional), agência vinculada às Nações Unidas responsável por definir os critérios de segurança a serem obrigatoriamente implementados nos documentos oficiais de viagem dos países membros.<sup>27</sup> Desse modo, o novo passaporte é personalizado digitalmente e os cidadãos são identificados por um sistema biométrico.<sup>28</sup> Cabe ressaltar que o projeto do novo passaporte brasileiro também prevê que, em um segundo momento, possa ser incluído um chip RFID no documento.<sup>29</sup>

Indubitavelmente, o corpo, agora sob novos prismas, torna-se a fonte primordial de informações, com o uso cada vez mais disseminado, e cada vez mais banalizado,<sup>30</sup> de dados

---

<sup>25</sup>Desde 2004, pelo menos, conforme *Biometric passports win EU approval*. Disponível em <http://news.zdnet.co.uk/business/legal/0,39020651,39171741,00.htm>. Acesso em 26 de agosto de 2007.

<sup>26</sup> Para viabilizar a produção do novo passaporte brasileiro, o Departamento de Polícia Federal (DPF) do Ministério da Justiça firmou convênios com o Serpro e com a Casa da Moeda do Brasil, que serão responsáveis pela implementação das novas tecnologias adotadas na caderneta e no sistema de controle de passaporte. Mais informações em [www.serpro.gov.br](http://www.serpro.gov.br). Acesso em 29 de agosto de 2007.

<sup>27</sup> O Serpro adotará o padrão Nist (*National Institute of Standards and Technology*) para o tratamento de dados biométricos. Além disso, o Serpro cuidará da integração de sistemas da Polícia Federal em postos de fronteira e desenvolverá novos sistemas que farão cruzamentos com outros, já administrados pela Polícia Federal, como o próprio Sistema Nacional de Passaportes (Sinpa), Sistema Nacional de Estrangeiros (Sincre), Sistema Nacional de Procurados e Impedidos (Sinpi) e o Sistema de Controle do Tráfego Internacional de Passageiros. Uma vez concluído, este será um dos maiores casos de Gestão Eletrônica de Documentos (GED) para tratamento de informações oficiais no país, que utilizará a certificação digital durante a coleta dos dados biométricos e a impressão dos passaportes, de modo que toda transferência das informações seja absolutamente segura (Ibidem).

<sup>28</sup> Com o anúncio do governo brasileiro de que “ninguém precisará mais sujar os dedos para deixar gravadas as suas impressões digitais [porque] uma máquina fará este registro que será incorporado ao documento, juntamente com a fotografia feita na hora.” (Ibidem).

<sup>29</sup> Até que ponto haverá ou não a possibilidade de opção pelo Estado brasileiro do uso desta tecnologia, mais cara e sofisticada, é algo para se pensar.

<sup>30</sup> Nádía Souki, analisando a questão da banalidade do mal em Hannah Arendt, reflete que a aparência de banalidade tem justamente a função de ocultar o verdadeiro escândalo do mal. E, principalmente: “O problema do mal sai, verdadeiramente, dos âmbitos teológico, sociológico e psicológico e passa a ser focado na sua dimensão política. *Hanna Arendt e a banalidade do mal*. Belo Horizonte. Ed. UFMG, 1998, p. 104.

biométricos. Pode-se vislumbrar, inclusive, o imenso risco de um progressivo mitridatismo<sup>31</sup> social em relação a este problema, que diminua e dificulte, nas pessoas individualmente consideradas e na sociedade em geral, a sensibilidade quanto aos riscos para os seus direitos fundamentais – como liberdade, privacidade, identidade –, bem como dificulte a necessária percepção acerca da gradativa perda de controle sobre o próprio corpo, e, em consequência, sobre a própria autonomia.

A corporeidade, assim, se destaca, renovadamente, não obstante a abrangência do virtual, sob o domínio, porém, da tecnologia, inclusive da que se posta a serviço da informação. Neste sentido, observa Stefano Rodotà:

Este retorno ao físico não implica a dissociação entre corpo e tecnologia. Ao contrário, são as inovações tecnológicas que permitem a renovada decomposição do corpo mediante a coleta de informações que reduzem a identidade do sujeito a um só detalhe – a um traço do rosto, ao reconhecimento da íris. E aqui surgem novas e mais dramáticas questões, derivadas do fato de que alguns dados biométricos contêm uma multiplicidade de informações – muitas delas sensíveis – que excedem a finalidade de identificação ou de verificação, e que se referem a uma multiplicidade de sujeitos, não apenas aquele de quem se trata. É o caso dos dados genéticos, que revelam informações tanto sobre a pessoa de que provêm quanto de seus consangüíneos. Deste modo, através dos dados genéticos de uma única pessoa, os dados genéticos de um inteiro grupo biológico são apropriados.<sup>32</sup>

### 1.3 Dados sensíveis

---

<sup>31</sup> Conforme, resumidamente, as lições de Stefano Rodotà, numa feliz analogia com o mitridatismo (o qual consiste num processo de imunização contra o efeito de um ou de vários venenos ao se ministrar ao paciente doses gradualmente crescentes destes mesmos veneno) - (RODOTÀ, Stefano. *Transformações...cit*, p. 100), sintetizadas, ainda, à luz dos trabalhos realizados pelo GRUPO DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS instituído pelo artigo 29.º da Directiva 95/46/CE, que alerta: “Uma preocupação específica ligada aos dados biométricos consiste no risco de o público, devido à utilização generalizada dos dados, ficar insensível aos efeitos que o seu tratamento pode comportar para a vida quotidiana. A utilização de elementos biométricos nas bibliotecas escolares, por exemplo, pode tornar as crianças menos conscientes dos riscos ligados à proteção de dados que podem ter possíveis repercussões na sua vida futura”.Disponível em [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2003/wp80\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2003/wp80_pt.pdf). Acesso em 30 de agosto de 2007.

<sup>32</sup> RODOTÀ. *Transformações...cit*, p. 98. Observa, ainda, no mesmo artigo, Rodotà, p. 93: “Volta-se assim a dar relevância, em modo renovado, ao corpo, que vira fonte de novas informações, objeto de um contínuo *data mining*, verdadeira mina a céu aberto da qual se extraem dados continuamente.”

Uma especial categoria de dados se realça pela sua imensa potencialidade lesiva, inclusive de cunho discriminatório, não só para os indivíduos isoladamente considerados como para determinados grupos ou coletividades inteiras: a dos dados denominados “sensíveis”.<sup>33</sup>

A diferença conceitual deste tipo de informação advém, portanto, não apenas do pragmático reconhecimento de que o tratamento dessa categoria de dados, ainda que legítima e até necessária para determinados fins, tem uma expressiva probabilidade de utilização para fins ilegítimos sob o ponto de vista da igualdade substancial da pessoa humana, como, também, da valoração que lhes é atribuída em nome da preservação da privacidade e do próprio desenvolvimento da personalidade.

Por outro lado, não se pode deixar de reconhecer que as variadas técnicas de tratamento<sup>34</sup> podem fazer com que dados não qualificados como sensíveis venham a revelar aspectos importantes da personalidade, adquirindo, assim, o mesmo carácter potencialmente discriminatório.

---

<sup>33</sup> Segundo José Afonso da Silva, “assim chamados os de origem racial, opinião política, filosófica, religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual etc”. SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 20ª edição, São Paulo. Malheiros Editores. 2002 p. 451, A Constituição Portuguesa, embora não utilizando esta expressão, dispõe no art. 35. 3. que “a informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa ou vida privada (...).” (Disponível em [http://www.parlamento.pt/const\\_leg/crp\\_port/](http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/). Acesso 30.08.2007). Na Itália, estabelece, por exemplo, o Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196 : *Codice in materia di protezione dei dati personali* (pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 174 del 29 luglio 2003 - Supplemento Ordinario n. 123) - Art. 4 d) "*dati sensibili*", i *dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonche' i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale*; (disponível em <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/Testi/03196dl.htm>. Acesso em 30.08.2007).

<sup>34</sup> Como o *data mining*, exemplificativamente citado em nota anterior .

Isto ressalta o fato de que, precipuamente, é o uso que é feito dos dados coletados que representa um real ou potencial perigo para a dignidade da pessoa, tanto sob o ângulo da liberdade quanto da igualdade material.

Não obstante, é inegável que as informações provenientes dos dados sensíveis já, por si mesmas, tornam-se mais sincera e generosamente explicitadoras até das mais recônditas características identitárias, não só de pessoas como de grupos, como no caso dos dados genéticos.<sup>35</sup>

Incluídos, de modo especialmente expressivo, na categoria de dados sensíveis, estão, portanto, aqueles que são o objeto específico desta proposta de pesquisa, ou seja, os denominados “dados biométricos”, muitos dos quais oferecem grande facilidade de captação, e todos eles, de qualquer modo, enorme possibilidade de tratamento através da tecnologia existente, a qual passou a ser direcionada e aprimorada<sup>36</sup>, tornando cotidiana<sup>37</sup> e quase banal a sua utilização.

---

<sup>35</sup> Observe-se que dados genéticos referem-se a uma multiplicidade de sujeitos e revelam informações sensíveis tanto sobre a pessoa de que provêm quanto de seus consangüíneos. Em razão da delimitação do projeto, não será abordada a problemática concernente aos dados genéticos.

<sup>36</sup> Segundo consta da notícia veiculada em 03.10.2003 “Chile usará biometria em aeroportos e fronteiras”, constante de <http://info.abril.com.br/aberto/infonews/102003/03102003-10.shl>, acesso em 30.08.07, a sociedade empresária Unisys no Brasil, desde janeiro de 2004 iniciou a implementação nos aeroportos do Chile de um sistema de segurança baseado na biometria, destacando este país como o primeiro no mundo a validar a entrada de imigrantes com base em dados biométricos faciais. Por este sistema, ao chegar no país, o imigrante é fotografado por uma câmera digital, seu passaporte escaneado e o sistema examina a validade e alguns dados básicos de controle. As fotos do passaporte e a digital, então, são utilizadas para verificar dados de biometria facial como pupilas, diferença entre nariz e testa, tamanho da boca entre outros. O sistema pega a foto e a converte em duzentas outras, passando para 3D, simulando várias posições da cabeça. Compara, então, com as fotos do banco de dados que, após, são comparados com os dos bancos de dados da Polícia de Investigações do Chile (PICH) e da Interpol, em tempo real. As fotos para uso da técnica de biometria facial podem ser tiradas sem que a pessoa perceba — mesmo estando ela em movimento. O tempo máximo da operação de reconhecimento não chega a 30 segundos.

<sup>37</sup> A Microsoft e a I/O Software Inc., por exemplo, anunciaram sua cooperação para ampliar o uso da Biometria através da integração da tecnologia de autenticação biométrica nas versões futuras do sistema operacional

Sob este enfoque cabe também considerar o alerta de Stefano Rodotà sobre a possibilidade ilegítima de sua colheita e aproveitamento, tendo em vista, inclusive, a ausência sequer do conhecimento destes fatos pela pessoa envolvida :

[...] uma outra questão central é representada pelo fato de que alguns sistemas biométricos se baseiam em dados que, como aqueles relativos às impressões digitais e ao DNA, podem ser obtidos sem que as pessoas às quais se referem, disso tenham qualquer consciência, desde que se trata, na maior parte dos casos, de vestígios inteiramente deixados. As impressões digitais podem ser colhidas de qualquer lugar por onde uma pessoa passou, mesmo se por um brevíssimo espaço de tempo; para obter dados genéticos basta recolher um fio de cabelo, uma ponta de cigarro, um copo de papel com um traço de saliva, um lenço de papel com que se assoou o nariz. Isso pode incentivar utilizações excessivas, ou até mesmo legítimas, sob a alegação, justamente, do baixo índice de invasão na coleta de tais dados.<sup>38</sup>

#### **1.4 Dilemas que envolvem o tratamento de dados biométricos**

Muitas questões relevantes estão relacionadas ao uso de dados biométricos. Entre elas, pode-se ressaltar, por exemplo, a problemática do consentimento do interessado para a captura e o tratamento dos seus dados.

Há que se considerar que, em determinadas situações concretas, a opção pela autodeterminação pode ser colocada em termos tais que a opção, se negativa, possa significar

---

Windows. Informação disponível em [www.microsoft.com/brasil/pr/windows2000\\_biometria.htm](http://www.microsoft.com/brasil/pr/windows2000_biometria.htm). Acesso em 26.08.2007. Também como anunciado pelo governo brasileiro, em [www.serpro.gov.br](http://www.serpro.gov.br), acesso em 31.08.07, a Biometria será usada em salas de aula e em urnas eletrônicas. O Governo quer cadastrar mais de 44 milhões de alunos da educação básica. O TSE, por sua vez, testou urnas biométricas na eleição de 2008 em três cidades e o resultado considerado positivo permitirá a implementação do sistema em outras cidades nas eleições de 2010, abrangendo 3% do eleitorado nacional. Informação disponível em: <http://www.fraudeurnaseletronicas.com.br/2009/05/justica-eleitoral-define-os-municipios.html>. Acesso em 26.10.2009. Quanto à identificação biométrica dos eleitores, importantes são as críticas de Amílcar Brunazo Filho em matéria intitulada “Urna eletrônica com biometria. Disponível em: [http://brasilacimadetudo.lpchat.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=4086&Itemid=224](http://brasilacimadetudo.lpchat.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4086&Itemid=224). Acesso em 27.10.2009. Nesta matéria o Autor expõe que o sigilo de voto é inviolável e que a utilização desta ferramenta tecnológica, ainda em desenvolvimento, ao identificar os eleitores pode abrir portas para a coação destes e, consequentemente para a distorsão da representação democrática.

<sup>38</sup> RODOTÀ, Stefano. *Transformações...*, cit, p. 100.

uma exclusão ao acesso de determinados bens e serviços, com grave comprometimento da vida pessoal e social.

Outro aspecto relevante é que o tratamento a que serão submetidos os dados bem como as suas reais conseqüências podem ser facilmente dissimulados, fragilizando, de forma manipuladora, a capacidade de consentir.

Ademais, numa perspectiva de caráter patrimonialista, o consentimento pode vir a representar apenas um instrumento de legitimação que, inclusive, propicie a sua apropriação para atender aos interesses do mercado.

Não obstante, como já se enfatizou, o risco se configura mais propriamente na modalidade de tratamento e uso que será atribuído aos dados biométricos recolhidos. Sendo assim, o consenso não pode prescindir da evocação da informação sobre a finalidade do uso dos referidos dados, incluindo não apenas o fim imediato da sua utilização como a possibilidade de sua transmissão a terceiros, por exemplo.

Atente-se ao fato que o recurso à biometria vem sendo apresentado como uma verdadeira panaceia tecnológica que tende a superestimar a sua precisão e a segurança no seu próprio uso, quando parece quase inevitável considerar que o contínuo aperfeiçoamento da tecnologia pode vir a demonstrar a inadequação desse otimismo tecnológico em relação à sua infalibilidade pelo menos em relação a algumas de suas propaladas serventias.

Além disso, as tecnologias biométricas aumentam o risco de versões mais sofisticadas e danosas dos já tão disseminados “furtos de identidade”,<sup>39</sup> já que uma senha tradicional pode ser substituída, mas no furto, por exemplo, de uma impressão digital, a substituição é impossível porque haveria uma falsificação total de identidade, com conseqüências ainda não imagináveis, implicando na necessidade de total abandono dessa modalidade de identificação pelo sujeito lesado e, paralelamente, sua exclusão total de todos os sistemas também baseados em impressões digitais, com um prejuízo pessoal e social que será tanto mais dilatado quanto mais difundido for o uso desta tecnologia.

Observe-se que é real e factível esta possibilidade de furto total de identidade, já que dados biométricos, como as digitais, são facilmente captados, deixam rastro e constituem a principal modalidade de identificação atual, tanto para identidades, passaportes, como “senhas de acesso” a serviços.

Na Alemanha, a “UK privacy” veiculou campanha que compelia os alemães a captarem impressões digitais de autoridades, inclusive com recompensa monetária, como

---

<sup>39</sup> No portal de notícias da Globo de 21.10.2008 foi veiculada notícia de que currículo na internet aumenta riscos de roubo de identidade, conforme estudo realizado pela sociedade empresária iProfile para analisar a vulnerabilidade dos internautas em parceria com a Polícia Metropolitana de Londres e a organização IAAC, ligada à proteção de informação. De acordo com a companhia, os criminosos precisam de apenas três informações para roubar uma identidade e se passar por outra pessoa. E os currículos enviados pelos internautas continham, em média, oito dados pessoais. Na reportagem, há explicação de que a pesquisa indica que, das 107 pessoas que responderam ao anúncio, 68% não procuraram informações sobre a sociedade divulgada. De todos os currículos enviados, 57% continham data de aniversário, 91,5% divulgavam endereço completo, 19% colocavam terceiros em risco (dando referências) e um interessado enviou até o número de seu passaporte. Para que não seja vítima de roubo de identidade, o internauta que envia currículos deve tomar alguns cuidados como não incluir data de aniversário e local de nascimento. A iProfile ensina que o interessado só deve fornecer mais dados pessoais em um estágio avançado da negociação, quando tiver confiança no estabelecimento onde deseja trabalhar e na pessoa que realiza as entrevistas. Disponível em <http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/>. Acesso em 17.11.2008.

forma de protesto contra a utilização de dados biométricos nos passaportes europeus.<sup>40</sup> Esta organização conjuntamente com outra inglesa, a “No2ID”, também está promovendo outra campanha que visa alertar políticos e o público em geral quanto à natureza dúbia da intenção e coleta de dados biométricos.<sup>41</sup>

Destaca-se, ainda, que às constatações de que a desmaterialização do corpo no meio eletrônico poderia se caracterizar pela total insegurança na identidade do sujeito virtual, se acresceram as inquietações crescentes com as questões de segurança, que atingiram um inimaginável ápice após os atentados terroristas aos EUA em 11 de setembro de 2001. Daí em diante, se avolumaram estas preocupações, muitas vezes num clima quase fóbico, que vem possibilitando, inclusive, a construção de uma verdadeira indústria do medo,<sup>42</sup> cada vez mais, num vertiginoso, preconceituoso, difuso e inquietante processo de globalização da desconfiança e da intolerância.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> Nesta mobilização, foram captadas e divulgadas as digitais do Ministro de Interior da Alemanha, inclusive com as explicações dos métodos adotados. A coleta dos dados biométricos foi simples. Um copo de vidro utilizado pelo Ministro para beber água em um debate. (Biometric Technology Today, Volume 16, Abril de 2008. Disponível em [www.periodicos.capes.gov.br](http://www.periodicos.capes.gov.br). Acesso em 08.06.2008).

<sup>41</sup> Ibidem.

<sup>42</sup> Sobre o tema, interessante artigo publicado no *Le Monde Diplomatique*, agosto de 2005, p.16-17, denominado “*Ces industries florissantes de la peur permanente*” que, em resumo, conclui que a permanente guerra contra o terrorismo fortalece um projeto de sociedade que ameaça as liberdades civis e é gerido pela colaboração sem limites de instituições públicas com poderes privados, que encontram na gestão do medo uma reserva durável de lucro, alertando: “Os ataques espetaculares de 11 de setembro de 2001 deram lugar a uma avalanche de dispositivos com o objetivo de acumular um saber preciso sobre milhões de pessoas”. Disponível em <http://www.monde-diplomatique.fr/2005/08/DUCLOS/12433>. Acesso em 27.08.2007.

<sup>43</sup> Ressalte-se que este clima de medo e a política de segurança extrema permanece, mesmo após a mudança de governo nos EUA. Episódio recente envolvendo um nigeriano ligado à Al-Qaeda, pego após tentativa frustrada de detonar explosivos em um avião no dia do natal, serviu como justificativa para a aplicação de regras mais rígidas de revista para cidadãos e passageiros oriundos de 14 países classificados por Washington como financiadores do terrorismo, incluindo Nigéria, Paquistão, Arábia Saudita, Cuba, Irã, Sudão, Síria, Afeganistão, Algéria, Iraque, Líbano, Líbia, Somália, Iêmen. Estes passageiros ficam submetidos à revista de bagagem de mão, revista manual de corpo inteiro ou submissão ao questionável scanner 3D de corpo inteiro, que revela o que está debaixo da roupa, caso este aparelho esteja disponível no aeroporto. Os demais ficam sujeitos à seleção aleatória. Grupos de direitos civis protestaram, afirmando que a medida estabelece tratamentos diferenciados por nacionalidade, além de classificar as pessoas como possíveis terroristas, pelo simples fato de terem ingressado em

Sendo assim, não se podem minimizar os aspectos políticos que estão intrinsecamente relacionados ao uso de dados biométricos, principalmente quando a propalada luta global contra o terrorismo, capitaneada por uma potência militarmente hegemônica, não apenas, fundamentalmente, fragiliza o ser humano enquanto tal, “globalmente”, como também transforma “o outro”, o “estrangeiro”, o “diferente”, já aprioristicamente, num “suspeito” potencial. Por isso, nessa batalha, onde a tecnologia ocupa destaque armamentista, cabe ainda reconhecer que a suscetibilidade dos povos dos países periféricos é ainda mais acentuada.<sup>44</sup>

Assim, aguça-se, assustadoramente, cada vez mais, a já antes renovada percepção de que os elementos físicos do corpo devem também ser incorporados como importantes componentes das engrenagens tecnológicas não só para a certificação da identidade, mas, inclusive para a vigilância e o controle da pessoa humana.

O fato incontestável é que, desde os ataques terroristas de 11 de setembro, a utilização dos dados biométricos foi imensamente expandida e aprimorada na medida em que a luta contra o terrorismo tende a priorizar, de modo absoluto, a questões de segurança em franco detrimento dos direitos fundamentais, especialmente, sob uma ótica generalizada, no que diz respeito à proteção dos dados pessoais.

Certamente, não se pode negar a comodidade da utilização destes mencionados dados no que concerne a vários aspectos pragmáticos da vida cotidiana que dependem da confiança na identificação pessoal, inclusive, ao menos pretensamente, para a proteção mesma daquele

---

tais países.(Revista mais dura entra em vigor, mas aeroportos europeus não alteram rotina. *Jornal OGLBO*, 5.01.2010, p.25).

<sup>44</sup> Como se exemplifica, na prática, com o conhecido drama do trabalhador brasileiro Jean Charles, morto no metrô de Londres por policiais ingleses.

que se pretende identificar. Também não se pode excluir, reiterar-se, principalmente no que respeita aos dados de carácter genético,<sup>45</sup> a contribuição relevante que o seu tratamento pode propiciar à evolução da pesquisa científica em benefício do próprio ser humano.

São indispensáveis, entretanto, balizas de carácter ético e jurídico para determinar quando, quais, de que forma, por quem e com quais finalidades poderão os denominados dados biométricos ser captados, tratados e utilizados.

---

<sup>45</sup> Conforme já explicado anteriormente, a problemática relativa aos dados genéticos, especificamente, não será objeto de estudo.

## 2 O CORPO NA REFLEXÃO ÉTICA

(...) el hombre siente que “es” cuerpo, pero también que “tiene” cuerpo. De ese modo puede saber sobre sí, contemplarse a sí mismo, escindiéndose en ele contemplador y lo contemplado.<sup>46</sup>

### 2.1 A Ética

O ser humano é o único ser vivo que age com consciência ética. Ele é um ser ético pois tem consciência do bem e do mal, assim como é capaz de viver com autonomia, guiando-se pelas normas que ele próprio edita através de sua vontade racional, como afirmou Kant.<sup>47</sup>

O estudo da ética nasce na Grécia, como uma reflexão sobre os dois aspectos do comportamento humano, o subjetivo, relativo à noção de *êthos* – a maneira de ser ou os hábitos de uma pessoa – e o objetivo, relativo à noção de *ethos* – os usos e costumes de uma coletividade.<sup>48</sup> Hodiernamente, na linguagem filosófica usual, utiliza-se a expressão “*ethos*” para referir-se ao conjunto de atitudes, convicções, crenças morais e formas de condutas, tanto de um indivíduo quanto de um grupo social ou étnico. O *ethos* é um fenômeno cultural, que diz respeito à moralidade, relacionado à faticidade normativa que acompanha a vida humana.<sup>49</sup> Esta acepção envolve uma pluralidade de códigos de normas ou sistemas de valores ou determinadas concepções do que é moral e do que não é, o que importa em certo

---

<sup>46</sup> MALIANDI, Ricardo. *Ética: conceptos y problemas*. 3ª ed. Buenos Aires: Biblos, 2004, p. 45. Tradução livre: “(...) o homem sente que é corpo, mas também que tem corpo. Deste modo pode saber sobre si, contemplar-se a si mesmo, cingindo-se em contemplador e contemplado.”

<sup>47</sup> Kant, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzida do alemão por Paulo Quintela. Coimbra. 1960, p. 37-92.

<sup>48</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 496.

<sup>49</sup> MALIANDI, Ricardo. *Ética: conceptos y problemas*. 3ª ed. Buenos Aires: Biblos, 2004, p. 20.

relativismo. Deste relativismo, no entanto, emerge a reflexão ética racional, isto é, a aplicação da razão aos problemas normativos. No momento em que muitos afirmam o que se deve fazer, surge a pergunta acerca do que se deve fazer e por quê. A partir destes questionamentos, a ética procura explicitar e reconstruir os princípios que regem a vida moral, de forma a revelar o fundamento das normas, consciente da complexidade desta tarefa.<sup>50</sup>

Na concepção aristotélica, as virtudes morais não são naturais ao homem, não obstante a natureza confira ao homem a capacidade de recebê-las e aprimorá-las pelo hábito. Para Aristóteles, as virtudes só são adquiridas pela prática.<sup>51</sup> Por isso a norma ética só vigora quando está viva na consciência dos homens e quando há uma correspondente disposição individual e coletiva de viver eticamente. Ela não pode ser pautada por um interesse puramente subjetivo, mas é compartilhada por toda a comunidade, objetivamente, de molde a ser considerada em todas as suas dimensões: no indivíduo, no grupo, no povo, na humanidade.<sup>52</sup> Há, por conseguinte, em cada sociedade um sistema ético que possui a função de organizar ou ordenar aquela sociedade, em vista de uma finalidade geral, que para os grandes filósofos gregos – Platão e Aristóteles - era a felicidade, realizada através da justiça.<sup>53</sup>

A realização da reflexão ética ocorre em razão do que Helmuth Plessner conceitua como “posição excêntrica”<sup>54</sup> do ser humano – o fato do homem poder se desprender de si mesmo, distanciar-se e observar a si mesmo – conjugado com o diálogo argumentativo, o discurso. Deste modo, há níveis de reflexão ética, isto é, há maneiras distintas em que se

---

<sup>50</sup> Ibidem, p. 22-23.

<sup>51</sup> *Ética a Nicômaco*, livro II. Tradução, estudo bibliográfico e notas Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2002, p. 65-66

<sup>52</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Op. Cit, p.497-500.

<sup>53</sup> Idem, ibidem, p. 23-102.

<sup>54</sup> PLESSNER, Helmuth *apud* MALIANDI, Ricardo, Op. Cit., p. 45.

opera tal reflexão, que, segundo Ricardo Maliandi, podem ser ordenadas em graus ou níveis, dos quais emergem a reflexão moral, a ética normativa, a metaética e a ética descritiva. A reflexão moral diz respeito ao *ethos* pré-reflexivo, ou seja, o conjunto de crenças morais, atitudes morais, códigos de normas e costumes ainda não tematizados. A ética normativa dirige-se à reflexão deliberada e conscientemente à validade dos princípios morais, buscando-se os fundamentos das normas e das valorações. A metaética corresponde à dimensão semiótica ou linguística do *ethos*, onde há um esforço para esclarecer o que diz a reflexão moral e o que diz a reflexão da ética normativa. Na ética descritiva, também chamada de “metamoral”, realiza-se uma tarefa científica de observação e descrição da faticidade normativa, o que denomina-se por *ethoscopia* e *ethografia*. A ética aplicada, por fim, é a tarefa que realiza a reflexão moral quando orientada pela ética normativa. O caráter reconstrutivo da ética ressalta-se, pois ela é prática na medida que reconstrói o saber prático originário, o explicita e, esclarecendo-o, evita confusões.<sup>55</sup>

Há diversas classificações das teorias éticas que podem ser agrupadas segundo as abordagens de estudo escolhidas. Certamente não se pode dizer que tais níveis de reflexão são estanques, pelo contrário, muitas vezes confluem. O que importa nesta pesquisa é revolver a questão relativa ao tratamento dos dados biométricos sob mais de um enfoque, acrescentando a abordagem filosófica, uma vez que o corpo vem sendo indiscriminadamente captado e manipulado por diversos recursos tecnológicos sem os precedentes questionamentos sobre as possíveis consequências para a vida humana. Neste sentido, a interdisciplinaridade da bioética, bem como a proposta inovadora da abordagem da ética do cuidado pode fornecer material importante para as reflexões sobre o tratamento da matéria. Previamente, contudo, os

---

<sup>55</sup> MALIANDI, Ricardo, Op. Cit., p. 45-65. Esta é uma das classificações relativas ao estudo da Ética.

questionamentos suscitados pela tese desenvolvida por Agamben sobre a politização da vida nua são particularmente levantados tendo em vista a importância da contribuição deste pensamento para o presente estudo.

## 2.2 A biopolítica e a politização da vida nua

Giorgio Agamben, no desenvolvimento da sua tese filosófica, parte dos conceitos gregos de *bíos* e *zoé*, respectivamente, a vida qualificada e a simples vida natural ou biológica para explicar que na Antiguidade a segunda ainda não fazia parte da política. Ressaltando trechos dos textos de Platão e Aristóteles, demonstra que não havia teorizações sobre a *zoé*, na medida em que ela não era em si mesmo um bem, posto que natural a todos os seres vivos, diferentemente da *bíos politicós* que tratava da vida qualificada na *pólis*, ou das demais formas de vida qualificada.<sup>56</sup> Retomando a tese de Foucault sobre biopolítica<sup>57</sup> – em que a vida natural começa a ser incluída nos mecanismos do poder estatal – e conjugando-a com os

---

<sup>56</sup> AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 1ª reimpressão, 2004, p.9-10.

<sup>57</sup> “O conceito de biopolítica foi enunciado pela primeira vez numa conferência que Foucault ministrou em 1974 na Universidade Estadual de Rio de Janeiro. A palestra foi publicada em 1977 com o nome de O nascimento da medicina social (Foucault, 1989). Nesse texto Foucault aponta um deslocamento significativo nas estratégias de poder, o controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo. Foi no biológico, no somático, no corporal que, antes de tudo, investiu a sociedade capitalista. O corpo é uma realidade biopolítica (Foucault, 1989). Porém, será no quinto capítulo da *Vontade de saber* que Foucault esclarece e aborda detidamente o conceito de biopoder por oposição ao direito de morte que caracterizaria o poder do soberano (Michaud, 2000). Por fim, essa temática será retomada no curso do Collège de France dos anos 75 e 76, dedicado à problemática da guerra de raças e das suas relações com o biopoder (Foucault, 1992); no curso dos anos 77-78 “Segurança, território e população”, e no curso dos anos 78-79 dedicado ao nascimento da biopolítica (Foucault, 1997).” (CAPONI, Sandra. A biopolítica da população e a experimentação com seres humanos. *Ciência e saúde coletiva*, vol.9, nº.2. Rio de Janeiro, Apr./Jun 2004, p. 3. Disponível em [www.scielo.br](http://www.scielo.br). Acesso em 07.08.2009).

estudos de Hannah Arendt sobre a estrutura dos Estados totalitários, Agamben aprofunda o estudo e todas as implicações da biopolítica e sua influência na politização da vida nua.<sup>58</sup>

Nesta tarefa ele rememora o arquétipo previsto no direito romano conhecido como *homo sacer* – condição que ostentava a pessoa que o povo havia julgado por um delito e que simultaneamente e contraditoriamente não poderia servir ao sacrifício, ou seja, ser levada à morte em um rito, mas qualquer pessoa que a matasse não seria punida pelo homicídio.<sup>59</sup> Com a referência desta condição ambígua da sacralidade da vida nua do ser humano, Agamben a associa à origem do direito de vida e morte, que Foucault afirmava como um dos privilégios do poder do soberano sobre os súditos, mas que já estava contido na fórmula *vitae necisque potestas* que traduzia o poder incondicional do *pater* sobre os filhos homens e definia um modelo próprio do poder político em geral ao investir todo cidadão varão livre ao nascer a esta peculiar condição de vida sujeita à dupla exceção de matabilidade e insacriticabilidade, ou seja, à condição da vida nua ou vida sacra.<sup>60</sup>

A tese de Agamben é complexa e bem fundamentada e será, no percurso deste estudo, ainda, algumas vezes pinçada, como ferramenta adicional para a complementação das reflexões sobre o tema. O que já foi exposto, entretanto, já fornece material para esta prodigiosa tarefa, uma vez que a politização da vida humana, que a torna insacriticável – já que não está sujeita a um ritual formal – e, concomitantemente, a sujeita a um poder absoluto de vida e morte – o biopoder, que, hoje, não está circunscrito ao Estado –, pode perfeitamente ser exemplificada com o tratamento conferido ao corpo na utilização de tecnologias

---

<sup>58</sup> Op. Cit, p. 12-19 e 126-127.

<sup>59</sup> AGAMBEN, Giorgio. Op. Cit, nota do tradutor nº 18, p. 79-80/196.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 90-98.

biométricas. A “nudez”<sup>61</sup> da corporeidade é captada, armazenada e pode ser manipulada de diversas formas, inclusive para controle e vigilância por uma entidade,<sup>62</sup> que pode passar a exercer este poder de vida e morte sobre a pessoa. Como já ressaltado, com a falaciosa alegação de que a intervenção dessas tecnologias possui diminuta capacidade de invasão, colhe-se uma parte específica do corpo – um dado biométrico – e omite-se todas as inúmeras possibilidades de uso e abuso presentes nestes procedimentos.

Um exemplo claro desta sujeição de vida nua ou sacra na utilização de tecnologias biométricas verifica-se no “*brain fingerprinting*”, que objetiva sondar a memória de indivíduos para detectar “impressões cerebrais” capazes de revelar lembranças de fatos passados e servir como provas de participação em determinados episódios criminosos. Neste caso, parece pouco distante da realidade a ficção contida no filme “*Minority Report*”, que trata da metáfora de uma vida onde a sociedade estaria sendo continuamente controlada por avançadas tecnologias de informação e comunicação. Neste contexto, que talvez não permaneça muito mais tempo no âmbito da ficção, os indivíduos, mediante a utilização, em larga escala, de dados biométricos – especialmente, no mencionado filme, a íris – têm seus comportamentos constantemente monitorados, e se reduzem, em última instância, a nada mais que pontos localizáveis numa série de redes de dados que se entrecruzam. O programa desenvolvido, cujo nome intitula o filme e visa ao combate da criminalidade, sujeita todos a um procedimento que é capaz de antecipar fatos criminosos e retirar completamente o sujeito – que não concretizou o fato criminoso mas foi condenado pela previsão antecipada dele – da

---

<sup>61</sup> Interessante é que literalmente o corpo humano nu pode ser analisado pelos já mencionados e controvertidos aparelhos de scanner 3D.

<sup>62</sup> O termo é utilizado para apontar genericamente aqueles que passam a exercer este biopoder tendo em vista que não somente o Estado o detêm, mas o que se constata é que empresas diversas, até mesmo escolas, planos de saúde, e mesmo clubes e academias de ginástica, em ritmo avassalador tornam comezinha e usual esta invasão do corpo humano através de tecnologias biométricas.

vida em sociedade, trancafiando-o em um lugar que o transforma em um completo morto-vivo, que lhe retira a consciência através de um aparelho ligado ao cérebro e o condiciona a uma vida vegetativa, isto é a uma sobrevida, ou melhor dizendo à condição de vida nua.

Ressalvada a distinção entre o ficcional e o real, os liames que separam o *brain fingerprinting* do fictício programa *Minority Report* são muito tênues, pois, a sondagem de impressões cerebrais, por mais precisas que sejam as tecnologias adotadas para a leitura dos padrões cerebrais, invade campo extremamente complexo e nebuloso que é o mental.

Alusão semelhante pode ser feita ao Projeto de Intenção Hostil, desenvolvido pelo Departamento de Segurança dos EUA, o qual também se assemelha à realidade fictícia tratada em *Minority Report*, já que, imperceptivelmente, aparelhos instalados em aeroportos servirão para identificar àqueles que apresentem “sinais de intenção hostil” e poderão ser tratados como possíveis terroristas sem cometer qualquer ato ou estar em posse de qualquer instrumento que seja indício de um atentado.<sup>63</sup>

Em todos os casos, porém, a evidência da zona de indistinção da condição do *homo sacer* é inegável.

A zona de indistinção em que reside a vida nua revela-se pelo verdadeiro estado de exceção em que ela se encontra, “na qual o que é capturado é, ao mesmo tempo excluído, e a vida humana se politiza somente através do abandono a um poder incondicionado de morte”<sup>64</sup> e onde a política torna-se biopolítica, uma vez que a vida biológica e suas necessidades passa a fazer parte das apostas no jogo da política do mundo moderno. Neste tocante, Agamben

---

<sup>63</sup>Em *The daily galaxy* também se verifica tal alusão. Disponível em [http://www.dailygalaxy.com/my\\_weblog/2008/02/the-realworld-m.html#more](http://www.dailygalaxy.com/my_weblog/2008/02/the-realworld-m.html#more). Acesso em 06.01.2010.

<sup>64</sup> AGAMBEN, Giorgio. Op. Cit, p. 98.

identifica alguns eventos históricos em que se encontram registros da vida nua como novo sujeito político. O primeiro exemplo é o *habeas corpus* em que ele constata que “em seu centro não esteja nem o velho sujeito das relações e das liberdades feudais, nem o futuro *citoyen*, mas o puro e simples *corpus*”.<sup>65</sup> Ele informa que na época medieval havia uma figura análoga que visava garantir a presença de um imputado em um processo que era denominada *homine replegiando* e que no *habeas corpus* ela se converte em obrigação do xerife exibir o corpo do imputado e motivar sua detenção.<sup>66</sup> Segundo Agamben:

O que emerge à luz (...) é, mais uma vez, o corpo do *homo sacer*, é mais uma vez uma vida nua. Esta é a força e, ao mesmo tempo, a íntima contradição da democracia moderna: ela não faz abolir a vida sacra, mas a despedaça e dissemina em cada corpo individual, fazendo dela a aposta em jogo do conflito político.<sup>67</sup>

Correlacionando a tese de Agamben com as preocupações de Rodotà sobre as possíveis intervenções políticas advindas da distribuição do corpo físico a partir das novas tecnologias,<sup>68</sup> reafirma-se o paradigma da vida humana e a zona de indistinção a qual a biopolítica relega as vidas humanas. Esta correlação se realça na medida em que é o próprio Agamben que enfatiza os riscos da inserção da vida biológica nos eventos políticos:

O rio da biopolítica, que arrasta consigo a vida do *homo sacer*, corre de modo subterrâneo, mas contínuo. É como se a partir de um certo ponto, todo evento político decisivo tivesse sempre uma dupla face: os espaços, as liberdades e os direitos que os indivíduos adquirem no seu conflito com os poderes centrais simultaneamente preparam, a cada vez, uma tácita porém crescente inscrição de suas vidas na ordem estatal, oferecendo assim uma nova e mais temível instância ao poder soberano do qual desejariam liberar-se.<sup>69</sup>

---

<sup>65</sup> Ibidem, p. 129

<sup>66</sup> Ibidem, p. 129-130.

<sup>67</sup> Ibidem, p.130.

<sup>68</sup> RODOTÁ, Stefano. Op. Cit, p. 106

<sup>69</sup> AGAMBEN, Giorgio. Op. Cit, p. 127

A incorporação do corpo, especialmente sob o prisma dos dados biométricos, nas estratégias da biopolítica, destaca as ambiguidades da vida nua e suscita angustiantes questões quanto à captação e tratamento dos dados corporais. Conseqüentemente, o ponto mais preocupante da tese de Agamben e extremamente relevante na reflexão ética sobre o tema possui traços tormentosos. Ao confluir as ideias de Foucault com a pesquisa de Hannah Arendt sobre a estrutura dos Estados totalitários do segundo pós-guerra, Agamben defende que o paradigma da biopolítica, presente na realidade, não é a cidade mas o campo, mais precisamente os campos de concentração, pois ele é um pedaço de território que é colocado para fora do ordenamento normal mas não é um simples espaço externo e sim espaço onde o estado de exceção é desejado e no qual, por isso, a norma torna-se indiscernível da exceção.<sup>70</sup>

Nos campos de concentração o inimaginável ocorreu, pois todos que entravam no campo moviam-se na zona de indistinção entre exceção e regra, lícito e ilícito, onde os que ali eram obrigados a viver eram reduzidos à condição de vida nua. Agamben, então relembrando as observações de Hannah Arendt sobre a evidenciação, no campo de concentração, do princípio que rege o domínio totalitário, segundo o qual “tudo é possível”, exclama:

A questão correta sobre os horrores cometidos nos campos não é, portanto, aquela que pergunta hipocraticamente como foi possível cometer delitos tão atroz para com seres humanos; mais honesto e sobretudo mais útil seria indagar atentamente quais procedimentos jurídicos e quais dispositivos políticos permitiram que seres humanos fossem tão integralmente privados de seus direitos e de suas prerrogativas, até o ponto em que cometer contra eles qualquer ato não mais se apresentasse como delito (a esta altura, de fato, tudo tinha-se tornado verdadeiramente possível).<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> Ibidem, p. 176-177. “*O campo é o espaço que se abre quando o estado de exceção começa a tornar-se regra. Nele, o estado de exceção, que era essencialmente uma suspensão temporal do ordenamento com base numa situação factícia de perigo, ora adquire uma disposição espacial permanente que, como tal, permanece, porém, estavelmente fora do ordenamento normal*(Ibidem, p. 175-176).

<sup>71</sup> Ibidem, p. 178.

Concluindo seu raciocínio, Agamben defende que a essência do campo é a materialização do estado de exceção em que cria-se um espaço em que a vida nua e a norma entram em um limiar de indistinção e por isso ela se revela sempre que tal estrutura se repete, “independentemente da natureza dos crimes que aí são cometidos e qualquer que seja a sua denominação ou topografia específica.”<sup>72</sup> Curiosamente Agamben deparou-se com esta realidade que ele defendeu como tese filosófica em um episódio recente de sua própria vida, relatado em artigo jornalístico como um verdadeiro manifesto de oposição a começar pelo título: “*La humanidad, clase peligrosa*”, publicado no jornal *Clarín*, em 20.01.2004. O filósofo italiano explica na matéria que optou em cancelar o curso que ia fazer em Nova York para não se submeter ao procedimento de captação de digitais por tecnologias biométricas adotado pelo governo americano para quem ingressa em seu território. Para ele, os EUA impõem uma tatuagem biopolítica àqueles que ingressam em seu território, ao realizar o fichamento do elemento mais privado e incomunicável da subjetividade: a vida biológica do corpo. Ele ressalta que já havia há alguns anos afirmado que o paradigma do Ocidente passou de Atenas para Auschwitz e lembra que a tatuagem foi a maneira mais normal e econômica para registrar os deportados no campo de concentração. Seu manifesto foi no sentido de que tal procedimento pode ser o símbolo precursor do que mais adiante se pedirá para aceitar

---

<sup>72</sup> Ibidem, p. 181. E exemplifica: “Será um campo tanto o estádio de Bari, onde em 1991 a polícia italiana aglomerou provisoriamente os imigrantes clandestinos albaneses antes de reexpedi-los ao seu país, quanto o velódromo de inverno no qual as autoridades de Vichy recolheram os hebreus antes de entregá-los aos alemães; tanto o *Konzentrationslager für Auslander* em Cottbus-Sielow, no qual o governo de Weimar recolheu os refugiados hebreus orientais, quanto as *zones d'attente* nos aeroportos internacionais franceses, nas quais são retidos os estrangeiros que pedem o reconhecimento do estatuto do refugiado. Em todos estes casos, um local aparentemente anódino (como, por exemplo, o Hotel Arcades, em Roissy) delimita na realidade um espaço no qual o ordenamento normal é de fato suspenso, e que aí se cometam ou não atrocidades não depende do direito, mas somente da civilidade e do senso ético da polícia que age provisoriamente como soberana (por exemplo, nos quatro dias em que os estrangeiros podem ser retidos nas *zone d'attente*, antes da intervenção da autoridade judiciária”. (ibidem, p. 181).

como registro normal da identidade do bom cidadão aos mecanismos e engrenagens do Estado.<sup>73</sup>

### 2.3 A bioética

Com o fim da Segunda Guerra Mundial foram reveladas as atrocidades cometidas por médicos nazistas às pessoas presas nos campos de concentração em prol de pretensas pesquisas científicas. A reação da comunidade internacional a todo absurdo e abuso cometido nesta guerra foi a normatização através de diplomas internacionais de princípios que garantissem maior proteção à pessoa humana. O código de Nuremberg foi pioneiro – elaborado em 1947 pelos julgadores dos vinte e três acusados de crimes de guerra, dentre eles vinte médicos, pela prática de experiências brutais em seres humanos – estabelecendo diretrizes e recomendações éticas nas pesquisas realizadas em seres humanos.<sup>74</sup> Outras

---

<sup>73</sup> Disponível em <http://www.clarin.com/diario/2004/01/20/o-02701.htm>. Acesso em 07.10.2008.

<sup>74</sup> O código possui 10 itens que informam o que é permitido em pesquisas com seres humanos: “ 1. O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente. 2. O experimento deve ser tal que produza resultados vantajosos para a sociedade, que não possam ser buscados por outros métodos de estudo, mas não podem ser feitos de maneira casuística ou desnecessariamente. 3. O experimento deve ser baseado em resultados de experimentação em animais e no conhecimento da evolução da doença ou outros problemas em estudo; dessa maneira, os resultados já conhecidos justificam a condição do experimento. 4. O experimento deve ser conduzido de maneira a evitar todo sofrimento e danos desnecessários, quer físicos, quer materiais. 5. Não deve ser conduzido qualquer experimento quando existirem razões para acreditar que pode ocorrer morte ou invalidez permanente; exceto, talvez, quando o próprio médico pesquisador se submeter ao experimento. 6. O grau de risco deve ser limitado pela importância do problema que o pesquisador se propõe a resolver. 7. Devem ser tomados cuidados especiais para proteger o participante do experimento de qualquer possibilidade de dano, invalidez ou morte, mesmo que remota. 8. O experimento deve ser conduzido apenas por pessoas cientificamente qualificadas. 9. O participante do experimento deve ter a liberdade de se retirar no decorrer do experimento. 10.

declarações de proteção aos direitos humanos, tutelando a dignidade da pessoa humana, surgiram logo em seguida, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, ambas de 1948.

Mais violações a seres humanos foram cometidas em pesquisas científicas, o que motivou a Associação Médica Mundial a elaborar em 1964 a Declaração de Helsinki, a qual é considerada por muitos como a primeira padronização mundial para a pesquisa biomédica, conferindo proteção adicional para pessoas com autonomia diminuída e exigindo do pesquisador maior responsabilidade quando este arrola seus próprios pacientes na pesquisa. Neste documento, que representou a consolidação dos preceitos éticos já instituídos pelo Código de Nuremberg, transformando-se na maior referência para a regulamentação da ética em pesquisa para a comunidade médico-científica de vários países, há princípios importantes a serem observados, como o bem-estar do participante, o qual deve ter precedência sobre os interesses da ciência e da sociedade, assim como o consentimento por escrito e a redução dos riscos.<sup>75</sup>

Não obstante os avanços contidos na Declaração de Helsinki, muitas pesquisas científicas foram realizadas em países subdesenvolvidos com a desvalorização da vida humana e a verificação da estrutura da vida nua.<sup>76</sup> Um dos casos mais recentes diz respeito a

---

O pesquisador deve estar preparado para suspender os procedimentos experimentais em qualquer estágio, se ele tiver motivos razoáveis para acreditar que a continuação do experimento provavelmente causará dano, invalidez ou morte para os participantes. Cf em <http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=DiretrizesDeclaracoesIntegra&id=2>. Acesso em 30.07.2009.

<sup>75</sup> Disponível: <http://www.fhi.org/sp/RH/Training/trainmat/ethicscurr/RETCPo/ss/Contents/Section2/s2s113.htm>. Acesso em 30.07.2009. A Declaração de Helsinki, desde a sua elaboração já sofreu algumas alterações. Verifique-se em WORLD MEDICAL ASSOCIATION DECLARATION OF HELSINKI-Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects. Disponível em <http://www.wma.net/e/policy/pdf/17c.pdf>. Acesso em 30.07.2009.

<sup>76</sup> “Apesar do progresso das democracias no ocidente, em nada comparáveis ao Estado nazista, o século XX é marcado por sucessivas denúncias de pesquisas com seres humanos que, pelo menos até o início da década de

uma pesquisa na África no final da década de 90 com o medicamento AZT, na medida que, comprovadamente, já se tinha conhecimento por estudos prévios, realizados em 1995, que o tratamento da mãe com AZT reduz em 66% a transmissão de HIV para o filho. Na nova pesquisa o objetivo era determinar se um tratamento curto com AZT poderia garantir uma redução da transmissão, pois o tratamento era custoso e, considerando a hipótese da transmissão do vírus ocorrer no momento do parto, pretendia-se provar que um tratamento curto seria tão eficaz quanto um tratamento longo. O grave na pesquisa foi o procedimento adotado, pois as pessoas foram divididas em dois grupos, onde o primeiro teve a dose reduzida ministrada, enquanto o segundo grupo, ao invés de receber o tratamento completo, recebeu placebo.<sup>77</sup> Este caso revela que as desvalorizações à vida humana permanecem mas hoje deslocam-se para locais onde as pessoas estão mais vulneráveis.<sup>78</sup>

---

70, ainda eram realizadas sem maiores compromissos éticos. Um dos exemplos mais frequentemente mencionados é o Estudo Tuskegee sobre a sífilis, realizado no Alabama nos Estados Unidos, de 1932 até 1972. Nele, 400 homens negros contaminados pela doença permaneceram sem tratamento para que o curso natural da doença fosse observado, ainda que a cura pela penicilina tivesse sido descoberta desde o final da década de 20. Após 40 anos de experimentos com os participantes, ao término do projeto, somente 74 sobreviveram. Outro exemplo bastante comentado é o artigo "Ethics and Clinical Research", publicado por Henry Beecher<sup>7</sup> em 1966. Nesse estudo, o autor selecionou 50 relatos de pesquisas eticamente questionáveis com seres humanos publicadas em revistas científicas, dos quais divulgou 22 exemplos com internos em hospitais de caridade, crianças, adultos com deficiência mental, presidiários e recém-nascidos. Essas pessoas não foram informadas ou esclarecidas o suficiente sobre o objetivo e a própria realização da pesquisa, tornando-se meros objetos experimentais (Diniz & Corrêa, 2001)." ARÁN, Márcia; PEIXOTO JÚNIOR, Carlos Augusto. Vulnerabilidade e vida nua: bioética e biopolítica na atualidade. *Rev. Saúde Pública*, vol.41, no<sup>o</sup>5. São Paulo. 2007, p. 6-7. Disponível em [www.scielo.br](http://www.scielo.br). Acesso em 03.06.2008.

<sup>77</sup> CAPONI, Sandra. A biopolítica da população e a experimentação com seres humanos. *Ciência e saúde coletiva*, vol.9, n<sup>o</sup>.2. Rio de Janeiro, Apr./Jun 2004, p.7-8. Disponível em [www.scielo.br](http://www.scielo.br). Acesso em 07.08.2009

<sup>78</sup> Acompanha-se, neste ponto, a crítica de Sandra Caponi: "De fato, a resposta dada à demanda internacional sobre um posicionamento ético dos pesquisadores quando se questionou os limites os quais toda pesquisa deve respeitar foi a seguinte: Nossas pesquisas não são realizadas conforme as regras da ética? Pois bem, mudemos as regras da ética (apud Rothman, 2001). A dificuldade está na nova posição geográfica dos pesquisadores americanos e europeus que até os anos 90 conduziam suas pesquisas com sujeitos de seus próprios países. O peso econômico e as restrições éticas e legais que são exigidas no Primeiro Mundo não são idênticas às exigidas nos países pobres (...) Lembremos que a Declaração de Helsinque, de 1964, afirma que o bem-estar de cada sujeito (pertença ou não a um grupo vulnerável) deve prevalecer sobre as necessidades da ciência ou da sociedade. No entanto, parece que quando passamos essa afirmação para escala planetária, ela tende a perder sua força. Na medida em que se pretenda restringir a validade dessa declaração para determinadas regiões do mundo e considerar que outras regiões podem ter menores exigências éticas na realização de suas pesquisas, essas

Como consequência, portanto, de todo este movimento de maior proteção à pessoa humana, surgiu a bioética,<sup>79</sup> a qual vai assumindo na década de 70 um contorno interdisciplinar e plural,<sup>80</sup> possibilitando mais de uma linha temática, conforme o campo de atuação. A escola principialista de Georgetown estabeleceu os quatro princípios éticos básicos que devem nortear a investigação em seres humanos pelas ciências do comportamento e da biomedicina, quais sejam: autonomia, justiça social, beneficência e não maleficência.<sup>81</sup> O princípio da autonomia impõe o respeito à liberdade, escolhas pessoais e o consentimento voluntário e esclarecido para a participação em projetos terapêuticos ou pesquisas. O da justiça também relaciona-se à imparcialidade, à distribuição de riscos e benefícios e igualdade no tratamento. O da beneficência pressupõe que qualquer ato ou pesquisa biomédica objetiva

---

populações situadas nas margens deixam de ser pensadas como sujeitos de direito para passarem a ser consideradas exclusivamente em termos de corpos vivos que para poder contar com algum tipo de assistência devem contribuir para a construção de um conhecimento aplicável a todos.” (Ibidem, p. 8)

<sup>79</sup> “Vários autores situam o surgimento da bioética no início da década de 70 do século passado. Um dos marcos históricos mais significativos na genealogia da disciplina foi a publicação da obra "Bioética: uma ponte para o Futuro", de Van Rensselear Potter (1971). Porém, teria sido André Hellegers, na Universidade de Georgetown, o primeiro a institucionalizar o termo com o objetivo de designar uma nova área de atuação, a qual deu origem à chamada escola principialista (Diniz & Guilhem, p.11).” ARÁN, Márcia; PEIXOTO JÚNIOR, Carlos Augusto. Vulnerabilidade e vida nua: bioética e biopolítica na atualidade. *Rev. Saúde Pública*, vol.41, nº5. São Paulo. 2007, p.7.

<sup>80</sup> GUIMARÃES, Adriana Esteves. Bioética e Direitos Humanos. *Revista de Direito Privado*, nº 23, RT, jul-set. 2005, p. 10. Marlene Braz ressalta que a “bioética, ao propor analisar, refletir e prescrever determinada conduta moral, parte sempre de um diálogo pluralista pois há diferentes concepções de vida/morte, saúde/doença, natureza/cultura, sentido/intenção, entre outras.(BRAZ, Marlene. Bioética, proteção e diversidade moral: Quem protege quem e contra o quê na ausência de um referencial comum? In: SCHRAM, Fermin et al (Org.) *Bioética, riscos e proteção*. Rio de Janeiro: UFRJ/Fiocruz, 2005, p. 47.

<sup>81</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito. In: BARBOZA, Heloisa et al (org.). *Novos Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.55. Explica ainda a autora que tais princípios decorreram da criação pelo Congresso dos Estados Unidos de uma Comissão Nacional encarregada de identificá-los. Os trabalhos iniciaram-se em 1974 e quatro anos após foram publicados três princípios no chamado Informe *Belmont*. O princípio da não maleficência surge pouco tempo depois em obra publicada em 1979 por Tom L. Beauchamp e James F. Childress. V. Também KOTOW, Miguel. Bioética de proteção: Considerações sobre o contexto latino-americano. In: SCHRAM, Fermin et al (Org.) *Bioética, riscos e proteção*. Rio de Janeiro: UFRJ/Fiocruz, 2005, p. 29.

o bem e o da não maleficência determina que não se deve causar mal algum nas práticas e pesquisas biomédicas.<sup>82</sup>

Os princípios bioéticos persistem como contribuição indispensável e referência para procedimentos de pesquisas, todavia novas teorias passaram a surgir a partir da década de 90 questionando a hegemonia da teoria principalista e procurando novas formas de lidar com os problemas gerados pela globalização, exclusão social dos países periféricos, inacessibilidade e desigualdade de grupos vulneráveis ao desenvolvimento científico-tecnológico.<sup>83</sup>

Antes, contudo, desta sistematização em princípios, segundo Warren Thomas Reich – primeiro editor da *Encyclopedia of Bioethics* – teria existido um mesmo tipo de projeto interdisciplinar e inovador no campo da moral pelos pioneiros da bioética: Van Renselaer Potter – hoje reconhecido como o criador do neologismo *bioethics* com o sentido amplo de ética da sobrevivência e autor de uma concepção global – e André Hellegers – considerado o responsável pela institucionalização do novo campo disciplinar da ética aplicada, concretizada com a fundação do *Joseph and Rose Kennedy Institute for Study of Human Reproduction and Bioethics* na Universidade de Georgetown, em 1971.<sup>84</sup> A bioética global de Potter no seu

---

<sup>82</sup> ARÁN, Márcia; PEIXOTO JÚNIOR, Carlos Augusto. Op. cit, p. 7. Vide também BARBOSA, Heloisa. Op. cit, p.55.

<sup>83</sup> ARÁN, Márcia; PEIXOTO JÚNIOR, Carlos Augusto. Op. Cit, p. 7.

<sup>84</sup> SCHRAMM, F. R.: 'Nilismo tecnocientífico, holismo moral e a bioética global de V. R. Potter'. *História, Ciências, Saúde*. Manguinhos: vol. IV(1):95-115 mar.-jun. 1997, p. 96. Disponível em [www.scielo.br](http://www.scielo.br). Acesso em 06.08.2009. Neste mesmo artigo, mais adiante, o autor explica que “desde seu começo, uma primeira questão relevante para a identidade da bioética foi a de saber se deveria ser uma disciplina científica, uma disciplina filosófica ou alguma 'interdisciplina', situada na fronteira comum entre ciência e filosofia e delineada por algum problema moral emergente (como os problemas ambientais ou outros). Caso se optasse pela terceira possibilidade, isso implicaria a transgressão da lei de Hume, que postula a distinção e a separação rigorosas entre fatos e valores, os fatos sendo referidos àquilo que supostamente é, os valores àquilo que deve ser. Esta lei é em princípio aceita em filosofia moral desde que George Moore (1903) a indicou para evitar aquela que chamou de falácia naturalista e que consiste em deduzir os aspectos normativos (o que 'deve ser') a partir de descrições da realidade (o que 'é'). Tanto Potter quanto Hellegers optaram pelo questionamento desta separação rigorosa, utilizando a metáfora da 'ponte' para sublinhar a vocação programaticamente interdisciplinar da bioética: 'ponte' entre ciência biológica e filosofia, para Potter (1971, 1970); 'ponte' entre medicina e filosofia para Hellegers

sentido original é resgatada por estudiosos da área, como Fermin Schram, o qual entende que os problemas provocados pelo o que ele denomina de biotecnociência e biotecnologias não podem ser solucionados apenas com os princípios da escola de Georgetown, mas sim com a visão global da bioética de Potter, o qual, ao concebê-la, preocupava-se com as diversas ameaças à espécie humana decorrentes dos conhecimentos perigosos que só poderiam ser evitados com mais conhecimentos através da bioética visando a qualidade de vida aos seres humanos no presente e no futuro.<sup>85</sup>

O contexto das constantes ameaças tecnológicas permanece e agrava-se na atualidade. A biotecnociência – definida por Fermin Schramm como o “conjunto de ferramentas teóricas, técnicas, industriais e institucionais que visam entender e transformar seres e processos vivos, de acordo com necessidades/desejos de saúde e, de maneira geral, visando o bem-estar dos indivíduos e populações humanas”<sup>86</sup> – transforma aceleradamente a realidade e gera ainda mais dilemas e conflitos morais quando associada à biopolítica. Desta forma, a abordagem da bioética de proteção é defendida por Fermin Schramm como capaz de enfrentar os desafios provocados pelo vínculo existente entre biotecnociência e biopolítica, tendo em vista que a bioética de proteção propõe-se a entender e compreender as implicações éticas das práticas humanas quando estas podem ter efeitos irreversíveis sobre os sistemas e processos vivos.<sup>87</sup>

---

(1976). Com a fundação do *Kennedy Institute*, em 1971, seguida em 1978 pela publicação da primeira *Encyclopedia of Bioethics* (Reich, 1978), estabeleceu-se um consenso entre especialistas, que passaram a considerar a bioética como campo interdisciplinar da filosofia moral aplicada às ciências da vida e da saúde. Mais especificamente, a bioética, sem sair do campo da filosofia, tornou-se uma forma de ética aplicada que deveria lidar com os aspectos simultaneamente descritivos, explicativos e normativos relacionados aos fenômenos da biomedicina”. (Idem, p. 110-111)

<sup>85</sup> Ibidem, p. 106-107.

<sup>86</sup> SCHRAMM, Fermin. A moralidade da biotecnociência: A bioética da proteção pode dar conta do impacto real e potencial das biotecnologias sobre a vida e/ou qualidade de vida das pessoas humanas? *In*: SCHRAMM, Fermin et al (Org.) *Bioética, riscos e proteção*. Rio de Janeiro: UFRJ/Fiocruz, 2005, p. 21

<sup>87</sup> Ibidem, 21-22.

A evocação à bioética da proteção é justificada pelo autor não apenas pelo fato de, assim como as outras vertentes de bioética, ser concebida como ética aplicada e por isso ser ao mesmo tempo uma ética descritiva, assim como normativa, isto é, exercer simultaneamente duas funções – teórica e prática – mas, principalmente, por ter a pretensão de esclarecer as tensões sócio-culturais e defender, mediante políticas públicas eficientes e legítimas, os direitos da pessoa humana. A bioética de proteção, assim, além de exercer tais atribuições, buscando normatizar as práticas humanas, de molde a antecipar e incentivar efeitos positivos e prevenir eventuais efeitos prejudiciais aos seres humanos, pretende, ainda, de acordo com Fermin Schramm, “constituir um amparo contra as ameaças à “vida nua”.<sup>88</sup>

Neste mister, a bioética de proteção, consciente da fragilidade da vida humana, pode simultaneamente conhecer, refletir e proteger a vida humana, especialmente quando esta se encontra na estrutura que sujeita a vida à condição de vida nua, como, por exemplo, nas hipóteses em que o corpo, mediante tecnologias biométricas ou inserção de chips eletrônicos, torna-se componente indispensável das vicissitudes da biopolítica, tendo em vista que o objetivo da bioética de proteção é controlar os riscos prováveis e os efeitos factuais advindos das intervenções da biotecnociência. Por isso mesmo a bioética de proteção pode servir para legitimar/deslegitimar práticas que releguem a vida biológica à condição de vida nua ao confrontá-las com os valores considerados válidos em situações históricas determinadas.<sup>89</sup>

#### **2.4. A ética do cuidado**

---

<sup>88</sup> Ibidem, p. 24.

<sup>89</sup> Ibidem, p. 26.

Relevante ainda para as reflexões éticas sobre o tema do tratamento adequado aos dados biométricos é a ênfase conferida pela ética do cuidado. Desenvolvida na década de 70 e 80 por pesquisadoras respeitadas no meio acadêmico norte-americano, como Carol Gilligan, a proposta desta ética normativa não pode ser taxada como uma forma de ativismo feminista mas sim uma proposta de ética normativa que busca uma ênfase distinta da considerada distante ética masculina. Segundo Carol Gilligan, a abordagem da ética do cuidado e da responsabilidade, mais típica das mulheres, revela uma perspectiva moral de uma pessoa que tem noção de que faz parte de uma relação e por isso leva em conta detalhes específicos e as situações concretas, visando diminuir ao máximo os prejuízos, enquanto a ética da justiça é mais típica de uma moral masculina, revelando uma ênfase mais individualista, independente e imparcial, em que os julgamentos morais obedecem a princípios que definem direitos e deveres sem considerar as circunstâncias específicas e a implicação de custos.<sup>90</sup>

A proposta precursora de Carol Gilligan não é isenta de críticas, pelo contrário, tanto que renomados professores objetaram suas posições e outros a aderiram e a desenvolveram. Todavia, este movimento gerou repercussões relevantes. Em diversos assuntos este outro ponto de vista é capaz de trazer respostas distintas e, por vezes, mais adequadas, uma vez que com a consciência de que estamos sempre inseridos em contínuas relações, o egocentrismo cede espaço à alteridade, aproximação, envolvimento e cumplicidade.

Os proponentes de uma ética do cuidado realçam os papéis de interdependência mútua e resposta emotiva, principalmente nos relacionamentos humanos que envolvem pessoas que são vulneráveis, dependentes, doentes, e frágeis. Nesses casos, a resposta moral desejável não

---

<sup>90</sup> NUNNER-WINKLER, Gertrud. Two moralities? A critical discussion of an ethic of care and responsibility versus an ethic of rights and justice. Gilligan's view. In: *Moral Development: Caring voices and women's moral frames*. Edited with introductions by Bill Puka New York/London: Garland publishing, 1994, p. 260-261.

pode basear-se apenas na razão, pois envolve emoção e atenção às necessidades destas pessoas.<sup>91</sup>

No âmbito do tratamento médico, a ética do cuidado e da responsabilidade tem contribuído muito para mudanças positivas na relação dos profissionais de saúde e pacientes, com maior proximidade, maior atenção dos profissionais às particularidades de cada pessoa. A ênfase da ética do cuidado também está presente nos apontamentos de uma das mais respeitadas obras de Beauchamp e Childress que trata dos princípios da bioética.<sup>92</sup>

No Brasil, o filósofo Leonardo Boff adere a esta ética do cuidado e defende que ela complementa a ética da justiça.<sup>93</sup> “Elas não se opõem, mas se compõem na construção de uma convivência humana, fecunda, dinâmica, sempre aberta a novas relações e carregada de sentimento de solidariedade, afetividade e, no termo, de amorosidade.”<sup>94</sup> Segundo ele, o cuidado é uma atitude permanente, é um modo-de-ser típico do ser humano. Em sua dimensão ontológica, o cuidado é constitutivo do ser humano, enquanto na sua dimensão afetiva-antropológica, é uma atitude de desvelo, solicitude, amor, assim como importa em preocupação e inquietação pelo outro, com quem se sente envolvido afetivamente e por isso tem responsabilidade com ele.<sup>95</sup>

---

<sup>91</sup> BEAUCHAMP Tom L, CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Loyola, 2002.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

<sup>93</sup> Em idêntico sentido defende GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da: “O cuidado compreende atitudes que envolvem as responsabilidades pessoais e institucionais, daí a necessária complementariedade entre a ética da justiça e a ética do cuidado”. (A parentalidade responsável e o cuidado: novas perspectivas. Revista do Advogado (São Paulo), v. 1, 2008, p. 35)

<sup>94</sup> BOFF, Leonardo. *Justiça e Cuidado: Opostos ou Complementares? In: O cuidado como valor jurídico*. Coord. PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de. Rio de Janeiro: Forense, p. 10.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p.6-8.

Tânia da Silva Pereira,<sup>96</sup> com a colaboração de outros doutrinadores, vem tentando demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro carrega esse matiz cuidadoso no tratamento de questões existenciais, especialmente nas relações familiares ou nas que envolvem crianças e adolescentes. Pode-se afirmar que o cuidado é um dos valores constitucionais e possui intrínseca relação com a dignidade da pessoa humana. Perlingieri reforça este entendimento ao correlacionar o cuidado com o próprio conceito de pessoa:

A ‘pessoa’ – entendida como conexão existencial em cada indivíduo da estima de si, do cuidado com o outro e da aspiração de viver em instituições justas – é hoje o ponto de confluência de uma pluralidade de culturas, que nela reconhecem a sua própria referência de valores. Trata-se ‘não de um compromisso entre culturas, mas do reconhecimento dialógico de um princípio comum a qualquer busca e afirmação de valores’. (...) O princípio da tutela da pessoa, como supremo princípio constitucional, funda a legitimidade do ordenamento e a soberania do Estado. A pessoa é inseparável da solidariedade: ter cuidado com o outro faz parte do conceito de pessoa.<sup>97</sup>

Como valor ou princípio jurídico,<sup>98</sup> o cuidado deve informar as questões relativas aos dados biométricos. Reporte-se, mais uma vez, às considerações de Rodotà sobre a premente necessidade de proteção destes dados como garantia da liberdade e respeito à dignidade:

A proteção dos dados constitui, atualmente, um dos aspectos mais significativos da liberdade das pessoas. Não é uma idéia abstrata de liberdade a ser tomada em consideração, assim como não foi desencarnada a idéia de pessoa a qual as garantias devem referir-se. Se parece reductionista e perigosa uma formulação que leve a concluir que “nós somos os nossos dados”, é indubitável porém que o nexó entre corpo, informações pessoais e controle social pode assumir contornos dramáticos, a ponto de fazer evocar de imediato o respeito à dignidade da pessoa, o qual impõe uma interpretação particularmente rigorosa do princípio de estrita necessidade na coleta e no tratamento de informações, no sentido de que somente se deve

<sup>96</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. O cuidado como valor jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A ética da convivência familiar*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 231-256.

<sup>97</sup> PIERLINGERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 460-461

<sup>98</sup> ALEXY, Robert, em seu livro *Teoría de los Derechos Fundamentales*, demonstra que valores e princípios estão extremamente vinculados, pois quanto aos dois é possível falar em colisão, assim como em realização gradual. A diferença maior é que os valores pertencem ao nível axiológico, enquanto os princípios ao âmbito deontológico. Assim, pode-se dizer que determinado valor é *prima facie* melhor, e que determinado princípio é *prima facie* devido. Como no direito são travadas discussões relativas ao âmbito do “dever ser”, há um favorecimento ao modelo dos princípios, todavia não há impedimentos para a adoção do modelo dos valores na argumentação jurídica. A vantagem sobretudo da adoção do modelo dos princípios, segundo Alexy, é a redução das falsas interpretações. (Madrid: *Centro de estudios políticos y constitucionales*. 2001.p. 138-157).

recorrer a dados capazes de identificar um sujeito quando este recurso for a única forma de alcançar tal finalidade.<sup>99</sup>

Desta forma, ganha importância a ênfase da ética do cuidado nas relações pessoais, pois cuidar “sempre tem a ver com relações humanas e com a proteção da vida, seja sanando as chagas passadas, seja prevenindo as chagas futuras.”<sup>100</sup> Especificamente no tratamento dos dados biométricos esta postura cuidadosa pode ser associada aos princípios da bioética, à bioética global e à bioética da proteção, de forma a coibir a banalização na manipulação de tais dados, tornar ilegítimas algumas formas de captação e uso dos dados biométricos e, precipuamente determinar regras básicas para este tratamento.

No campo jurídico, os direitos fundamentais assim como os princípios constitucionais, que em uma perspectiva denominada pós-positivista lhes garante normatividade, permitem a reinserção das questões éticas no direito de uma forma renovada diante das experiências dramáticas do pós-guerra.

---

<sup>99</sup> RODOTÀ. Transformações...cit., p. 96-97.

<sup>100</sup> BOFF. Op. Cit, p. 10.

### 3 O REENCONTRO DA ÉTICA COM O DIREITO

[...] no mundo moderno as normas éticas, antes consubstanciadas em usos e costumes tradicionais, formando o que os gregos denominavam lei não escrita (*nómos ágraphos*), passaram sempre mais, a ser expressas em declarações ou tratados internacionais, constituições e leis.<sup>101</sup>

#### 3.1 A estrutura normativa ética dos tratados internacionais e constituições dos Estados-Nações: Direitos humanos e direitos fundamentais

O mundo moderno caracteriza-se pelo maior e renovado alcance das normas éticas, que deixaram de integrar apenas os usos e costumes de determinada sociedade e passaram a ser expressas em declarações ou tratados internacionais, constituições e leis. Os valores éticos permeiam hoje tratados e convenções internacionais e resultam de um compromisso firmado entre as diversas nações visando impedir a repetição das atrocidades às vidas humanas ocorridas na Segunda Guerra Mundial. Por tal razão, o fundamento maior de tratados de direitos humanos é sempre a dignidade e a valorização da pessoa humana, como se observa, exemplificativamente, nos preâmbulos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 ou no Pacto de São José da Costa Rica de 1969.

O compromisso com os princípios éticos, em especial a dignidade da pessoa humana, passou a estar previsto também nas constituições de diversas democracias que sucederam a governos totalitários, tais como Espanha, Portugal e Itália, na Europa e Argentina, Chile e Brasil, na América do Sul.

---

<sup>101</sup> COMPARARTO. Op. Cit, p. 498.

Este enfoque revela-se, outrossim, na Carta Brasileira de 1988. Na época da Assembléia Constituinte, uma parcela significativa de constitucionalistas participou do processo constituinte, objetivando estabelecer um fundamento ético à nova ordem constitucional brasileira, tomando-a como uma estrutura normativa que incorpora os valores de uma comunidade histórica concreta.<sup>102</sup> A dignidade da pessoa humana tornou-se o epicentro axiológico da Constituição de 1988, condicionando todas as normas infraconstitucionais ao seu parâmetro ético e demais valores constitucionais, como, entre outros, a igualdade substancial, a liberdade e a solidariedade.

O sentido de dignidade da pessoa humana prevista na Constituição de 1988 refere-se à pessoa concreta, determinada e situada histórica e socialmente, tendo em vista as mudanças dos parâmetros éticos na história da humanidade e as diversas concepções de vida das inúmeras sociedades hoje existentes. O conceito de pessoa humana decorre de uma construção moral, desenvolvido por inúmeras gerações.<sup>103</sup>

A Constituição Brasileira trata, com ênfase, da dignidade da pessoa humana e não apenas da dignidade humana, esta ligada à noção de humanidade como um todo.<sup>104</sup> No Brasil, o Constituinte, estabelecendo uma nova ordem, a previu não apenas como princípio fundamental, no inciso III do artigo 1º da Constituição, com a clara intenção de lhe conferir a

---

<sup>102</sup> CITADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 1999. pp. 3-4/11-49.

<sup>103</sup> “A ideia de que as pessoas têm um valor que lhes é “intrínseco” não é, portanto, natural, mas uma construção de natureza moral. Assim, ninguém nasce com algum valor que lhe seja inerente. Este valor é artificialmente conferido às pessoas. Artificialmente, aqui, no sentido de que é um valor construído socialmente, e não presente na natureza ou na ordem cósmica.” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais. Uma leitura da jurisprudência do STF* – Colaboração de Flávia Scabin. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 66.

<sup>104</sup> Confira-se SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, 3.ed. rev atual e ampl, p. 111.

qualidade de norma base, unificadora e informativa de todo o sistema jurídico,<sup>105</sup> mas também como valor-fim da ordem econômica<sup>106</sup> e princípio norteador das relações familiares,<sup>107</sup> sendo, inclusive, invocada para assegurar proteção especial à criança, ao adolescente e ao idoso.<sup>108</sup>

A primazia da dignidade da pessoa humana, com localização privilegiada e estrategicamente antecedente ao título dos direitos fundamentais, reflete a opção do Constituinte em conferir-lhe *status* diferenciado, revelando sua condição de valor norteador não somente dos direitos fundamentais, mas, também, da ordem constitucional como um todo, o que, por sua vez, justifica a posição doutrinária que a caracteriza como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.<sup>109</sup>

Assim como a dignidade da pessoa humana, os demais direitos fundamentais representam a reaproximação do ordenamento jurídico com os valores éticos e correspondem a uma positivação na ordem jurídica interna dos direitos humanos reconhecidos em tratados e convenções internacionais.<sup>110</sup> Fruto de um processo histórico, os direitos fundamentais

<sup>105</sup> Neste sentido manifesta-se Ingo Wolfgang Sarlet, o qual acrescenta que a dignidade da pessoa humana não foi objeto de previsão do direito anterior. (Ib, p. 104).

<sup>106</sup> Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna (...)” <www.planalto.gov.br> Acesso em 13.07.2008

<sup>107</sup> Ibidem. “Art. 226 § 7º -Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

<sup>108</sup> Ibidem. “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

“Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”

<sup>109</sup> SARLET, *A eficácia...* cit, p. 115.

<sup>110</sup> “Nesse sentido, PEREZ LUÑO, Antonio Henrique, registra uma “propensão doutrinária e normativa a reservar o termo *direitos fundamentais*, para designar os direitos positivados em nível interno”. *apud* PEREIRA,

apresentam uma normatividade diferenciada – qualitativamente superior – em relação a outros direitos por comporem o “núcleo duro” do ordenamento jurídico. No Brasil são consideradas cláusulas pétreas, constituindo limites materiais ao poder de reforma pelo Constituinte Derivado.<sup>111</sup> Ademais, por servirem como veículo para a incorporação dos direitos da pessoa humana, constituem parte da reserva de justiça do sistema jurídico<sup>112</sup> no sentido atribuído por Oscar Vilhena Vieira, o qual considera que para se justificar a intangibilidade das cláusulas superconstitucionais não cabe a fundamentação nem no direito natural nem na sua positivação por um poder constituinte originário, devendo-se tomar em conta o valor ético dessas cláusulas e da Constituição, cujo conteúdo deve ser justificado e aceito racionalmente,<sup>113</sup> como esclarece:

As cláusulas constitucionais intangíveis apenas serão consideradas legítimas se servirem como elementos estruturantes, que habilitam e favorecem os cidadãos a se constituírem em sociedade, como uma comunidade de indivíduos iguais e autônomos, que decidem ser governados pelo Direito. Não devem, portanto, ser compreendidas ou, mesmo, utilizadas como instrumento de bloqueio absoluto de mudanças, de proteção de privilégios ou do *status quo*, mas como elementos que viabilizam a evolução da sociedade democrática e a promoção das mudanças necessárias na esfera constitucional, sem colocar em risco a sobrevivência daquelas liberdades de autonomia e participação e os direitos referentes às condições essenciais para uma sobrevivência digna. Não se pode negar à geração precedente o pretensão direito de assegurar, para todo sempre, uma situação de liberdade e igualdade – o que poderá fazer de diversas formas, entre as quais o direito constitucional e as cláusulas inatingíveis.<sup>114</sup>

---

Jane Reis Gonçalves *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.76.

<sup>111</sup> Art. 60 § 4º, IV, CRFB: “§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais”. Segundo, SARLET, Ingo Wolfgang, “a opção do Constituinte, ao erigir certa matéria à categoria de direito fundamental, se baseia na efetiva importância que aquela possui para a comunidade em determinado momento histórico, circunstância esta indispensável para que determinada posição jurídica possa ser qualificada como fundamental”. (A eficácia..., p. 99). “ (...) à luz de uma interpretação sistemática e teleológica, é possível sustentar a tese de que todos os direitos e garantias fundamentais da Constituição (inclusive os situados fora do catálogo) constituem limite material à reforma constitucional, já que o Constituinte contemplou a todos com a mesma força jurídica e fundamentalidade”. (A eficácia..., p. 167).

<sup>112</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: Uma leitura da jurisprudência do STF* – colaboração de Flávia Scabin. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36

<sup>113</sup> Idem, *A constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo, Malheiros, 1999, p. 224-225.

<sup>114</sup> Ibidem, p. 225.

### 3.2 A releitura do direito sob a influência do pós-positivismo

A justificação racional das normas jurídicas, em razão dos valores éticos presentes no ordenamento constitucional é uma das características do movimento pós-positivista. A utilização do termo busca evidenciar a mudança do pensamento jurídico que vai além do jusnaturalismo e do positivismo jurídico. Neste sentido, não se funda nem em direitos naturais inatos nem em direitos positivados no ordenamento e sim na justificação racional dos valores éticos que permeiam as normas jurídicas, tanto na forma de regras como de princípios.

A importância dos princípios constitucionais, a relevância da hermenêutica jurídica e a necessidade da argumentação jurídica para respaldar as decisões judiciais, principalmente para a solução dos casos difíceis – casos que demandam maior esforço argumentativo do intérprete diante da sua complexidade – estão no centro deste movimento,<sup>115</sup> consoante os esclarecimentos de Cláudio Pereira Neto:

Uma das inspirações centrais do pós-positivismo jurídico é a guinada kantiana que tem marcado a filosofia moral após o advento da publicação de *Uma Teoria da Justiça*, de John Rawls, em 1971. Esse novo ciclo kantiano, no entanto, não mais se confunde com o da redução da racionalidade à atividade de observação, operada por Kelsen, no campo da ciência do direito, a partir do conceito de aplicação teórica da razão. Com o advento da metodologia jurídica pós-positivista, passa-se a conceber que a norma do caso é também produto da razão prática e não só *objeto* da razão teórica.<sup>116</sup>

Nesta perspectiva pós-positivista revela-se a importância da atuação dos intérpretes para a definição da normativa do caso concreto, a qual deve ser justificada racionalmente, para ser considerada legítima, por envolver princípios éticos. Assim, ganha destaque a teoria construtivista de John Rawls em que os princípios morais resultam de um procedimento

---

<sup>115</sup> MAIA, Antonio Cavalcanti elucida bem as características do pós-positivismo no artigo intitulado “O direito constitucional do limiar do século XXI: Princípios jurídicos e pós-positivismo”, que consta no prefácio do livro de MORAES, Guilherme Peña de. *Readequação constitucional do Estado moderno. Transformações do conceito de Estado no Direito Constitucional do limiar do século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>116</sup> A Interpretação Constitucional Contemporânea entre o Construtivismo e o Pragmatismo. In: MAIA, Antonio Cavalcanti et al. *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 477.

racional de construção pelo homem, baseado na razão prática e não são dados anteriores à razão humana.<sup>117</sup> Esta teoria, porém, passa a poder ser concebida como reconstrutiva, de acordo com Habermas,<sup>118</sup> na medida em que Rawls, após críticas, fundamenta que as condições procedimentais se lastreiam na ideia de pessoa moral, livre e igual, isto é, nos mesmos fundamentos das “duas principais tradições informadoras da democracia constitucional, associadas, respectivamente, ao pensamento de Locke e Rousseau”.<sup>119</sup>

Esta compreensão reconstrutivista do discurso na filosofia moral de Rawls revela-se no discurso de aplicação de Ronald Dworkin na sua concepção de “direito como integridade”, caracterizado pelo esforço de interpretação do sistema de princípios como um todo coerente que trata a todos com igual consideração. Nesta concepção, Dworkin defende que a norma jurídica não é preenchida pelo ato de vontade do juiz e que o magistrado poderia valer-se de princípios, cujo conteúdo não derivaria da leitura do texto constitucional mas apenas alcançadas com o recurso à argumentação prática que considere argumentos situados no campo da filosofia e da moral.<sup>120</sup>

A tese construtivista no discurso jurídico, adotada por inúmeros juristas da atualidade, identifica a norma como produto da interpretação jurídica e permite – diante da abertura da Constituição, dos seus valores ínsitos e da realidade – conjugar todos esses fatores e construir a norma do caso concreto. Assim, Pietro Perlingieri sustenta que há um processo unitário de interpretação e qualificação, em que fato e norma são o objeto do conhecimento do jurista

---

<sup>117</sup> RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Revisão Álvaro de Vite. São Paulo: Ática, 2ªed, 2000, p.136-139.

<sup>118</sup> HABERMAS, Jürgen. Conciliação através do uso público da razão: observações sobre o liberalismo político de John Rawls. *Educação e Sociedade*, ano XVII, nº 57/especial, dez. 1996.

<sup>119</sup> RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Seleção, apresentação e glossário Catherine Audard ; tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 206-207.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p.481-482.

destinado a passar do particular ao particular, reduzindo tudo à unidade dos valores jurídicos sobre os quais se funda a convivência social e a justiça dos casos individuais.<sup>121</sup> Konrad Hesse, a seu turno, defende que há um contínuo intercâmbio da Constituição com a realidade, refletindo em uma conformação da realidade nas normas constitucionais ao mesmo tempo que as relações sociais condicionam a interpretação constitucional. A interpretação concretiza o conteúdo da Constituição ao incorporar a realidade de cuja ordenação se trata.<sup>122</sup>

Este processo de construção da norma adequada ao caso concreto não importa em arbítrio judicial, pelo contrário, a argumentação jurídica confere racionalidade ao processo hermenêutico. Deve a atividade de interpretação ser limitada por parâmetros que permitam seu controle. Desta forma, as teorias pós-positivistas confluem na retomada da razão prática do discurso mas distinguem-se nos critérios adotados, como elucidada Cláudio Pereira Neto:

Diversas são as correntes de pensamento que propugnam por essa retomada, que caracteriza desde um construtivismo moral, tal qual defendido por Rawls e Dworkin, até posições vinculadas à perspectiva tópico-retórica, de Perelman e Viehweg, alicerçadas em compromissos teóricos de inspiração linguístico-pragmática, passando por posições tendencialmente intermediárias, vinculadas à ética do discurso, de Habermas e Apel, e à teoria da argumentação jurídica, de Alexy e Günther.<sup>123</sup>

A construção da norma concreta também tem como característica o recurso aos princípios no processo hermenêutico e a elevação destes à categoria de normas jurídicas. Na linha pós-positivista, o sistema jurídico é composto de um conjunto de regras e princípios, operando os últimos como “portas de conexão entre o Direito e a Moral”.<sup>124</sup> Neste contexto releva-se a discussão da distinção entre regras e princípios, tendo em vista que a

<sup>121</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 1.<sup>a</sup> ed., rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.104

<sup>122</sup> HESSE, Konrad. *La interpretación constitucional*. In: *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 40.

<sup>123</sup> NETO, Cláudio Pereira de Souza. Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais In: BARROSO, Luís Roberto, *A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro/São Paulo, Renovar, 2003, p. 302.

<sup>124</sup> REIS, Jane. Op. Cit, p. 95.

normatividade e a importância dos princípios também é sustentada por positivistas. A diferença reside nos critérios de distinção adotados para distingui-los das regras. Neste sentido, Alexy classificou as diversas propostas de distinção dessas categorias em duas: distinção forte e distinção fraca. A distinção forte entre princípios e regras baseia-se em diferenças estruturais, lógicas e qualitativas.<sup>125</sup> Alexy e Dworkin fazem parte desse grupo, apesar de existirem notas dissonantes nos seus entendimentos.<sup>126</sup>

De acordo com Dworkin, as regras diferenciam-se dos princípios sob o ponto de vista estrutural e lógico por estes demandarem uma forma diferenciada de aplicação, em razão do seu papel de ponte entre direito e moral e por ostentarem uma dimensão de peso ou importância e por isso ao se intercruzarem o juiz que resolverá o caso deverá levar em conta a força relativa de cada um. As regras, distintamente, são aplicáveis de forma disjuntiva (tudo ou nada), pois são normas que contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível, que só podem ser válidas ou não.<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> Ibidem, p.96-109.

<sup>126</sup> Confira-se essas diferenças na crítica de Kai Möller no seu artigo: *Balancing and the structure of constitutional rights*. Ele critica a técnica de Alexy ao classificar princípios como mandados de otimização sujeitos à ponderação. Ele contra-argumenta com a posição de Dworkin ao subscrever direitos como princípios sem envolver uma ponderação. (*Research fellow, Fritz Thyssen Foundation, Institute for Public Law, University of Freiburg, and Linco In College, Oxford*).

<sup>127</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36 e ss. O Autor na sua explicação que objeta possíveis argumentos de um positivista sustenta que: “somente regras ditam resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem. Esta não parece uma razão para concluir que juízes que devem haver-se com princípios possuam poder discricionário, já que um conjunto de princípios *pode* ditar um resultado. Se um juiz acredita que os princípios que ele tem obrigação de reconhecer apontam em uma direção e os princípios que apontam em outra direção não têm igual peso, então ele deve decidir de acordo com isso, do mesmo modo que ele deve seguir uma regra que ele acredita obrigatória. Ele pode, sem dúvida, estar errado na sua avaliação de princípios, mas pode também estar errado em seu juízo de que a regra é obrigatória. Poderíamos acrescentar: com frequência, o sargento e o árbitro estão no mesmo barco. Nenhum fator dita quais são os soldados mais experientes ou qual lutador é mais agressivo. Essas autoridades devem avaliar os pesos relativos dos vários fatores: desse ponto de vista eles não têm poder discricionário. Um positivista poderia argumentar que os princípios não podem valer como lei, pois sua autoridade e mais ainda o seu peso são intrinsecamente *controversos*. É verdade que, em geral, não podemos demonstrar a autoridade ou o peso de um princípio particular, da mesma maneira que às vezes podemos demonstrar a validade de uma regra reportando-a

Alexy, distinguindo também qualitativamente os princípios das regras, define aqueles como “comandos de otimização”, em razão de poderem ser cumpridos em diferentes graus por dependerem das possibilidades reais e das jurídicas, as quais são determinadas pelas regras e princípios opostos. As regras, por sua vez, são “comandos definitivos”, isto é, são normas que ordenam uma consequência jurídica definitiva, no sentido de autorizar, ordenar ou proibir algo definitivamente.

A distinção fraca, a qual costuma estar mais associada à visão positivista, distingue as regras dos princípios quantitativamente, pelo grau de abstração e generalidade.<sup>128</sup>

A distinção qualitativa predomina nos debates jurídicos nacionais e, por isso, nas considerações críticas de Cláudio Pereira Neto, algumas confusões têm surgido. Afirma o autor:

Muitas vezes, por influência da perspectiva tópico-retórica, os princípios têm sido vistos como pautas normativas das quais o intérprete pode eventualmente lançar mão, bastando que se afigurem persuasivas para a resolução do caso concreto. Não há, na perspectiva tópico-retórica, uma preocupação mais consistente em inseri-los no complexo normativo mais amplo que compõe o estado democrático de direito. Não é assim, todavia, que a teoria contemporânea dos princípios foi pensada por Dworkin, para qual os princípios são mais que meros *topoi*, cujo conteúdo se extrai de acordo com a conveniência do caso concreto. O objetivo fundamental do autor é justamente o de desenvolver critérios para tornar controlável metodologicamente a utilização dos princípios.<sup>129</sup>

A tese de Dworkin visa não apenas a solução do caso concreto com a conjugação de elementos fáticos e normativos que se mostrem mais persuasivos, mas sim promover uma

---

a um ato do Congresso ou ao voto de um tribunal autorizado. Em lugar disso argumentamos em favor de um princípio e seu peso apelando para um amálgama de práticas e outros princípios, nos quais as implicações da história legislativa e judiciária aparecem juntamente com apelo às práticas e formas de compreensão partilhadas pela comunidade. Não existe papel de tornassol para testar a consciência deste argumento – ele é matéria que depende de juízo e pessoas razoáveis podem discordar a respeito dela. Uma vez mais, porém, isso não diferencia um juiz de outros funcionários públicos. O sargento não tem um papel de tornassol para experiência; o árbitro não tem nenhum para agressividade. Nenhum dos dois possui poder discricionário, pois eles têm a obrigação de chegar a uma compreensão, controversa ou não, a respeito do que suas ordens ou as regras exigem e agir com base nessa compreensão. Esse é, também, o dever do juiz. (Ibidem, p. 57-58).

<sup>128</sup> REIS, Jane. Op. Cit, p. 96-109.

<sup>129</sup> NETO, Cláudio Pereira de Souza. *A interpretação constitucional entre...*, p. 482.

interpretação em que haja uma reconstrução do sistema de princípios capaz de lhe atribuir integração e coerência. Neste sentido, Dworkin assume a dificuldade da integração do sistema de maneira perfeita e por esta mesma razão ressalta a necessidade de empenho para remediar as incoerências de princípios que venham a surgir. Em virtude desta necessidade de coerência, o referido pensador defende que a atividade de reconstrução seja pautada pela reflexão moral – com função tanto descritiva quanto normativa – incorporada no ordenamento jurídico através das diretrizes políticas e dos princípios jurídicos, os quais, muitas vezes, são também princípios morais. Para ele, as normas não são válidas se violam direito moral e por isso deve haver um ativismo judicial, cabendo ao magistrado se orientar pela moralidade social cambiante, promovendo incessantemente a reconstrução do ordenamento jurídico vigente com base nos princípios da moralidade política.<sup>130</sup>

A teoria da ponderação de interesses de Robert Alexy, talvez em razão do predomínio de uma tradição romano-germânica no direito brasileiro, tem muita aceitação e é muito utilizada no Brasil.<sup>131</sup> Ela é uma ferramenta de interpretação muito utilizada para a solução dos chamados “casos difíceis” e também se propõem a trazer racionalidade à atividade jurídica. A expressão, contudo, é empregada por muitos doutrinadores e aplicadores do direito com sentido diverso, por vezes para preencher o conteúdo de conceitos indeterminados, outras

---

<sup>130</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127-564. Idem. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 185-331.

<sup>131</sup> Como esclarece BARROSO, Luís Roberto: “A ponderação como mecanismo de convivência de normas que tutelam valores ou bens jurídicos contrapostos, conquistou amplamente a doutrina e repercutiu nas decisões dos tribunais. A vanguarda do pensamento jurídico dedica-se, na quadra atual, à busca de parâmetros de alguma objetividade, para que a ponderação não se torne uma fórmula vazia, legitimadora de escolhas arbitrárias.” (Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) In: BARROSO, Luís Roberto (org) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 33).

para identificar as exceções às normas jurídicas e muitas vezes como um processo dialético de avaliação das razões e contra-razões.<sup>132</sup>

A utilização da ponderação neste sentido lato, no entanto, acaba por confundi-la com o processo cognitivo de individuação da norma concreta. Segundo Jane Reis, “ponderar razões é um conceito amplo que equivale a interpretar. *Ponderar interesses e bens*, diversamente, consiste em empregar uma técnica interpretativa que, por suas especificidades, merece ser conceituada de forma autônoma”.<sup>133</sup>

Com razão, a técnica de ponderação de interesses é uma técnica interpretativa mas não se confunde com a interpretação, uma vez que sua utilização ocorre quando presentes situações onde é preciso sopesar os bens e interesses colidentes circunstancialmente, sem a exclusão de um em favor do outro.<sup>134</sup>

---

<sup>132</sup> Como exemplo do emprego da ponderação nessas três abordagens, cite-se ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. SP: Malheiros, 2.<sup>a</sup> ed, 2003, pp.45-48: “(...) a atividade de ponderação de regras verifica-se na delimitação de hipóteses normativas semanticamente abertas ou de conceitos jurídico políticos, como estado de direito, certeza do direito, democracia. Nesses casos, o intérprete terá de examinar várias razões para decidir quais constituem os conceitos jurídicos políticos(...)”“(...)O processo mediante o qual as exceções são constituídas, também é um processo de valoração de razões : em função da existência de uma razão contrária que supera axiologicamente a razão que supera a própria regra, decide-se criar uma exceção.Trata-se do mesmo processo de valoração de argumentos e contra-argumentos, isto é, de ponderação(...)”(....) não se pode estremar a interpretação da ponderação. Com efeito, a decisão a respeito da incidência das regras depende das razões que sustentam e daquelas que afastam a inclusão do conceito do fato no conceito previsto na regra.Se, ao final, pode-se afirmar que a decisão é de mera subsunção de conceitos, não se pode negar que o processo mediante o qual esses conceitos foram preparados para o encaixe final é da ponderação de razões.”

<sup>133</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 264.

<sup>134</sup> Neste mesmo sentido posiciona-se Canotilho: “Em muitas propostas metodológicas a ponderação é apenas um elemento de procedimento da interpretação/aplicação das normas conducentes à atribuição de um significado normativo e aberto à elaboração de uma norma de decisão. Aqui o *balancing process* vai recortar-se em termos autônomos para dar relevo à idéia de que no momento de ponderação está em causa não tanto atribuir um *significado normativo* ao texto da norma, mas sim equilibrar e ordenar bens conflitantes (ou, pelo menos, em relação de tensão) num determinado caso.Neste sentido, o balanceamento de bens situa-se a jusante da interpretação. A actividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, e, face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2.<sup>a</sup> ed, 1998, P.1109-1110.

A distinção e precisão da técnica da ponderação é essencial, tendo em vista que a razão para adoção dessa ferramenta metodológica específica decorre de inúmeros fatores presentes na realidade constitucional, a qual conjuga inúmeros e por vezes colidentes valores, direitos e princípios fundamentais.<sup>135</sup>

A técnica da ponderação, estritamente, é, portanto, técnica de decisão para particularizar a norma do caso concreto que envolva conflito de bens e interesses especialmente tutelados pelo ordenamento constitucional. Assim, “aparentes possibilidades ponderativas correspondem tão somente ao processo dialético que é inerente ao raciocínio jurídico, não podendo ser confundidas com o contrapeso de bens enquanto ferramenta metodológica destinada a solucionar conflitos envolvendo normas que veiculem direitos fundamentais.”<sup>136</sup>

A normatividade do caso concreto respaldada pela argumentação não pode prescindir da constatação da estrutura diferenciada dos direitos fundamentais e as repercussões desta dogmática na hermenêutica constitucional.

### **3.3. A dupla perspectiva do direitos fundamentias: a perspectiva subjetiva e as diferenças ideológicas do direito subjetivo em relação à situação jurídica subjetiva e a**

---

<sup>135</sup> Segundo Canotilho, “A agitação metódica e teórica em torno do método de balanceamento ou ponderação no direito constitucional não é uma “moda” ou um capricho dos cultores do direito constitucional. Várias razões existem para esta viragem metodológica: (1) inexistência de uma ordenação abstracta de bens constitucionais o que torna indispensável uma operação de balanceamento desses bens de modo a obter uma *norma de decisão situativa*, isto é, uma norma de decisão adoptada às circunstâncias do caso; (2) *formatação principal* de muitas normas do direito constitucional (sobretudo das normas consagradoras dos direitos fundamentais) o que implica, em caso de colisão, tarefas de “concordância”, “balanceamento”, “pesagem”, “ponderação” típicas dos modos de solução de conflitos entre princípios (que não se reconduzem, como já se frisou, a alternativas radicais de “tudo ou nada”); (3) fractura da unidade de valores de uma comunidade que obriga a leituras várias dos conflitos de bens, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e uma *fundamentação* rigorosa do balanceamento efectuado para a solução de conflitos.” Idem, *Ibidem*, p.1109.

<sup>136</sup> PEREIRA, Jane Reis. Op. cit, p. 262.

**perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e suas conseqüentes eficácias: irradiante e nas relações entre particulares**

Os direitos fundamentais podem revelar uma dupla perspectiva, ou seja, podem ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais quanto elementos objetivos fundamentais da ordem jurídica. Como direitos subjetivos, referem-se os direitos fundamentais a um “feixe de posições estruturalmente diferenciadas, não só no que diz com a forma de positivação, conteúdo e alcance, mas também no que concerne às diferentes funções que desempenham no âmbito do conjunto dos direitos fundamentais”.<sup>137</sup> De acordo com Sarlet, inspirado em Robert Alexy, estas posições jurídicas compreenderiam direitos (positivos e negativos), liberdades (no sentido de negação de exigências e proibições), bem como poderes (através de competências ou autorizações).<sup>138</sup>

Percebe-se, deste modo, claramente, que esta visão dos direitos fundamentais como direitos subjetivos é distinta da concepção clássica de direito subjetivo, cujo conteúdo era inspirado por uma filosofia individualista e patrimonialista. Isto se torna possível porque os conceitos jurídicos não possuem um sentido estagnado, tendo em vista que após o momento em que são concebidos, há contínuas releituras contextuais.<sup>139</sup>

Flávio Galdino, ciente das controvérsias relativas ao conceito de direito subjetivo, adota posição de que o direito subjetivo fundamental deve ser compreendido como *situação*

---

<sup>137</sup> Ibidem, p. 157-158.

<sup>138</sup> Ibidem, p. 158.

<sup>139</sup> HESPANHA, António M. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997, p. 25.

*jurídica subjetiva*.<sup>140</sup> Segundo o autor, a noção privatística e individualista despreza a natureza pública dos direitos subjetivos reconhecidos em face do Estado, principalmente dos direitos fundamentais. Para ele, a expressão direitos subjetivos “é manifesta e absolutamente inadequada para designar as situações subjetivas referentes aos direitos subjetivos públicos, e bem assim para assegurar-lhes a respectiva tutela, notadamente aquelas que referem situações jurídicas existenciais”.<sup>141</sup>

Galdino entende, portanto, que a denominação *situação jurídica* – referente a uma categoria genérica concebida para substituir a categoria do direito subjetivo – expressa melhor a complexidade estrutural que envolve os direitos fundamentais. Reconhece, não obstante, que se no direito civil esta categoria ganhou espaço, no direito público ainda não é cabível a substituição da expressão “direitos fundamentais” por “situações jurídicas de direito fundamental”, embora também compreenda que a utilização da expressão “direito subjetivo” para os direitos fundamentais se encontra relacionada à situação jurídica ativa.<sup>142</sup>

Se o direito público, porém, ainda se utiliza da expressão originariamente carregada de um matiz ideológico individualista, ainda que com sentido atual diverso, no solo do direito civil-constitucional, há clara opção pela utilização do conceito de situação jurídica subjetiva, tendo em vista que a situação jurídica é modelo que atribui conseqüências jurídicas a partir da valoração de fatos concretos, sob uma ética personalista, no sentido de que a pessoa é o valor-fim do direito.<sup>143</sup> Assim sendo, este modelo identifica centros de interesses jurídicos inseridos

---

<sup>140</sup> GALDINO, Flávio, *Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 25.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 85 e 143.

<sup>143</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito civil e teoria geral, vol. III, relações e situações Jurídicas*. Coimbra Editora, 2002, p. 11-12.

em relações jurídicas, revelando a complexidade das situações jurídicas, composta tanto de poderes como de deveres, obrigações e ônus e, inclusive, de direitos subjetivos, de tal forma que à atribuição de direitos aliam-se deveres e obrigações.

A relevância desta categoria decorre do fato de que hoje se vive em um Estado de Direito Democrático e Social, o qual impregna o ordenamento jurídico de forte teor solidarista, não cabendo apenas falar em interesse juridicamente protegido que atribui ao seu titular o poder de exigir algo a partir do exercício da sua vontade, como ainda hoje conceitua-se o direito subjetivo.<sup>144</sup> O que existem são centros de interesses, que quantitativamente distinguem-se em situações jurídicas passivas e ativas – já que em ambas há frequentemente direitos, poderes e deveres gerais e específicos, de forma a evidenciar a complexidade das situações jurídicas – conforme a prevalência de determinados comportamentos em detrimento de outros dentro da relação jurídica.<sup>145</sup>

Elucida, assim, Perlingieri, que há uma contextualidade entre situação subjetiva e relação jurídica, pois não se concebe um direito ou um dever fora de uma relação jurídica, de forma que a conexão entre as duas exprime a exigência de valoração de um determinado comportamento não apenas no momento estático, isto é, no momento da descrição de determinado efeito, mas também no momento dinâmico, qual seja, no da realização concreta do programa predeterminado na disciplina do fato jurídico.<sup>146</sup>

Deste modo, não obstante seu uso não ser ainda difundido no direito público, a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais certamente é melhor expressa pela categoria da situação subjetiva, na medida em que esta revela toda a complexidade destes direitos, os

---

<sup>144</sup> GALDINO, Flávio, Op. cit., p. 129

<sup>145</sup> PERLINGIERI, Pietro, *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.735

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 735.

quais não se reduzem aos clássicos direitos de liberdade, pois, repita-se, trata-se de um conjunto de posições estruturalmente diferenciadas, não apenas em razão da sua positivação, conteúdo e alcance, mas também por conta das diferentes funções que desempenham no âmbito do conjunto dos direitos fundamentais.<sup>147</sup>

No caso desta pesquisa, os dados biométricos certamente configuram-se como situações jurídicas existenciais, precipuamente situações jurídicas ativas, merecendo ampla proteção do Estado, exigindo não apenas a pertinente intervenção, mas posturas positivas, de forma a coibir intervenções ilegítimas por terceiros, bem como ter assegurado mecanismos eficientes de proteção, os quais serão mais adiante estudados.

A perspectiva objetiva, por sua vez, determina que os preceitos relativos aos direitos fundamentais apresentam-se na seara constitucional também como valores ou fins diretivos buscados objetivamente pela comunidade, já que as escolhas valorativas constitucionais, prioritariamente aquelas que compõem o “núcleo duro” da Constituição – como, no caso, os direitos fundamentais – devem orientar a ação do Estado e de todos os setores da sociedade.<sup>148</sup> Esta perspectiva representa também uma autêntica mutação dos direitos fundamentais provocada, principalmente, pela transição do modelo de Estado Liberal para o Estado Social e Democrático de Direito, de forma a garantir efetiva liberdade para todos,<sup>149</sup> não apenas no sentido da não ingerência no espaço individual de cada pessoa, mas de assegurar efetivas condições para o desenvolvimento de potencialidades pessoais no seio de uma comunidade solidária.

---

<sup>147</sup> SARLET, *A eficácia...*, cit, p. 157-158.

<sup>148</sup> Quanto ao tema, ver Pereira, Jane Reis, Op. cit.. SARLET, Ingo, op.cit. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações privadas*. Rio de Janeiro. Lumen Juris editora.

<sup>149</sup> SARLET, *A eficácia...*, p. 156.

Embora reconhecida na teoria constitucional, não há consenso quanto aos efeitos e significados da referida dimensão objetiva.<sup>150</sup> De acordo, porém, com Jane Reis, há convergência na identificação de alguns caracteres, quais sejam, a função legitimadora dos direitos fundamentais – os quais corporificam a base axiológica do Estado Democrático e Social de Direito – bem como a função de reforço jurídico, de mais-valia jurídica, a qual desencadeia efeitos jurídicos autônomos.<sup>151</sup>

Desta função autônoma da dimensão objetiva deflui a chamada eficácia irradiante das normas constitucionais que prevêem direitos fundamentais, tendo em vista fornecerem subsídios e diretrizes para uma interpretação conforme os direitos fundamentais, servindo como ferramenta para a interpretação e aplicação às normas infraconstitucionais, bem como método de legitimação e aferição da constitucionalidade.<sup>152</sup>

No âmbito hermenêutico, portanto, a eficácia irradiante revela o que designa-se por filtragem constitucional<sup>153</sup>, fenômeno que relê e atualiza as normas infraconstitucionais sob a

---

<sup>150</sup> Na Alemanha, a metodologia científico-espiritual de Rudolf Smend que propugna a idéia de Constituição como ordem vinculada a valores, apesar das críticas, até hoje influencia a jurisprudência alemã. Sobre o tema confira-se CITTADINO, Gisele, Op. cit., p. 29. Confira-se, ainda, SARMENTO, Daniel, *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: Fragmentos de uma teoria in* Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais, coord. José Adércio Leite Sampaio, pp.270-275: “Como afirmou Peter Häberle, o sistema de valores da Constituição não corresponde a “valores válidos a priori, sem qualquer referência ao espaço e ao tempo no qual se encontram”. Pelo contrário, trata-se, como afirmou o Professor da Universidade de Bayreuth, dos valores “de uma comunidade concreta e dos homens que vivem nela, e que na sua Lei Fundamental fixaram os próprios parâmetros axiológicos e determinaram as posições e a hierarquia dos bens jurídicos”. Mas esta ancoragem dos valores numa matriz culturalista também vai provocar reações, como a de Ernst Forsthoff, defensor da concepção liberal dos direitos fundamentais e da hermenêutica constitucional clássica, adstrita aos métodos de Savigny. De acordo com o jurista alemão, a teoria da ordem dos valores torna a interpretação dos direitos fundamentais refém das correntes valorativas arraigadas em cada época, sujeitas a rápidas e constantes mutações. Na verdade, a concepção da Constituição como ordem de valores é objeto de severas reticências e intensa crítica por parte de amplos setores da doutrina.”

<sup>151</sup> PEREIRA, Jane Reis. Op. cit.p. 459-460.

<sup>152</sup> SARLET, op. cit., p.152.

<sup>153</sup> Paulo Ricardo Schier, que defendeu dissertação sobre o tema, explica que a expressão “Filtragem Constitucional” é utilizada para referir-se a um processo ao qual toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, incluindo procedimentos e valores, se submete, no momento de aplicação do direito, através da releitura e atualização de suas normas, ao filtro axiológico da Constituição. O Autor explica que esta expressão

ótica constitucional, especialmente dos direitos fundamentais, o que, indubitavelmente, também, possibilita a defesa de uma metodologia de direito civil-constitucional.

Associada intrinsecamente à eficácia irradiante há o desenvolvimento da noção de eficácia externa ou horizontal ou perante terceiros - *Drittwirkung*, expressão da doutrina alemã – no sentido dos direitos fundamentais não serem oponíveis apenas perante o Estado mas, também, perante terceiros.<sup>154</sup>

Outra importante consequência da dimensão objetiva é a dedução da possibilidade dos direitos fundamentais gerarem deveres de proteção do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, tanto contra os poderes públicos quanto contra agressões oriundas de outros Estados e/ou de particulares, adotando medidas positivas.<sup>155</sup>

As verdadeiras transformações provocadas pela dogmática dos direitos fundamentais confirmam a constante interação do direito com a realidade social. Tais normas implicam em uma via de mão dupla de direitos e deveres de todos, sejam nas relações do Estado com as pessoas, sejam das pessoas entre si. Daí, como já explicitado, a opção, neste estudo, pela terminologia situação jurídica existencial, em razão dos bens jurídicos envolvidos.

Os complexos dilemas éticos e jurídicos que envolvem a atual coleta, armazenamento e controle dos dados biométricos só podem ser solucionados com a consciência da imbricação dos valores éticos no ordenamento jurídico e de todas as consequências destas implicações,

---

foi utilizada pela primeira vez, no Brasil, por Clémerson Merlin Cléve. (*Filtragem Constitucional Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p.104).

<sup>154</sup> Ibidem, p. 152. Ressalte-se que este tema é controvertido no direito público, mas os adeptos da dogmática de direito civil-constitucional defendem a aplicabilidade imediata das normas constitucionais às relações jurídicas entre particulares. Exemplificativamente, TEPEDINO, Gustavo; BODIN, Maria Celina, dentre outros.

<sup>155</sup> SARLET, *A eficácia...cit.*, p. 153.

que como visto, revela-se na proteção diferenciada promovida pela dogmática dos direitos fundamentais, na proposta pós-positivista de justificação racional do discurso jurídico no exercício hermenêutico.

#### **4 TRATAMENTO DE DADOS BIOMÉTRICOS ADEQUADO À TUTELA INTEGRAL E UNITÁRIA DA PESSOA HUMANA**

“Não iremos tocar em ti”. Esta era a promessa contida na *Magna Charta*: respeitar o corpo em sua integridade. Tal promessa sobrevive às mudanças tecnológicas. O tratamento de cada dado biométrico, portanto, deve ser considerado como se referisse ao corpo em seu conjunto, ou melhor, a uma pessoa, que deve ser respeitada em sua integridade física e psíquica.”<sup>156</sup>

##### **4.1 Algumas considerações da situação no Brasil frente ao enfoque europeu no tratamento de dados biométricos**

Alguns fatores podem distinguir a carência, no Brasil, do tratamento legislativo da matéria comparativamente aos países da União Europeia, a começar pela consciência de cidadania.<sup>157</sup> O que se nota em veículos midiáticos são reações espontâneas e organizadas de grupos de cidadãos frente ao uso indiscriminado de dados pessoais, inclusive biométricos, como visto no item 1.4 do capítulo 1. Isto não quer dizer que também não falte sensibilidade de muitos europeus para estes fatos, mas, infelizmente, a carência de um mínimo existencial que garanta uma existência digna para milhares de brasileiros não possibilita, em regra, um

<sup>156</sup> RODOTÀ, *Transformações...*, cit, p. 96.

<sup>157</sup> A cidadania é um conceito-chave que determina o sentimento de pertencimento e participação em uma determinada comunidade não só no aspecto político mas também sócio-econômico e jurídico-moral. Assim, Oscar Vilhena Vieira elucida esses três aspectos: “Pertencimento e participação política, como sujeitos ativos do processo de tomada de decisão coletiva. Pertencimento e participação jurídico-moral, enquanto sujeito de direitos voltados à proteção da dignidade e realização da autonomia. Pertencimento e participação social e econômica, como produtores e beneficiários das riquezas (demais recursos) socialmente produzidas. (*Direitos Fundamentais...*cit, p. 607).

amadurecimento da cidadania, nem cria condições para a participação democrática ou conhecimento de direitos e deveres.<sup>158</sup>

Neste diapasão, como esperar uma sensibilidade especial dos brasileiros em geral para os possíveis efeitos danosos de tecnologias biométricas? Nem mesmo pessoas de classes mais esclarecidas e com recursos disponíveis se opõem a tais práticas, seja porque, têm interesse na sua utilização para variados fins,<sup>159</sup> seja porque, concomitantemente ou não a estes interesses, estão totalmente alienadas quanto ao assunto, seja porque simplesmente não encontram mecanismos para reagir e as engrenagens do sistema lhes impõem tais tecnologias para o acesso a serviços muitas vezes indispensáveis.

Tomando como parâmetro as reincidentes violações provocadas aos consumidores no país por banco de dados de consumidores inadimplentes e todas as implicações nas relações advindas da existência destes bancos, apesar de todos os mecanismos de proteção previstos no Código de Defesa do Consumidor, não é de se espantar que a maioria dos brasileiros possa não se dar conta dos efeitos da captação, armazenamento e tratamento de seus dados biométricos.<sup>160</sup>

---

<sup>158</sup> É grande ainda o número de brasileiros que não podem ser considerados como cidadãos simplesmente por não existirem documentalmente. Recente propaganda governamental veiculada na mídia com a participação do jogador de futebol Ronaldo é uma das estratégias do governo para tentar reduzir esse número. Informação disponível em: <http://www.arpenbrasil.org.br>. Acesso em 23.08.2009.

<sup>159</sup> Fins estes que podem ser banais como ocorre na a E-Musik de São Paulo, casa noturna que utiliza o sistema *finger print* não somente para acesso de freqüentadores cadastrados, mas também como substituto dos cartões de consumação. Disponível em <http://tecnologia.uol.com.br/especiais/ultnot/2005/07/21/ult2888u71.jhtm>. Acesso em 13.08.2008.

<sup>160</sup> Francisco Eduardo Pizzolante ressalta que o brasileiro, intoxicado por um discurso midiático, acaba por admitir passivamente a consulta dos seus dados em bancos de crédito cuja finalidade, natureza e correção das informações desconhece totalmente, os quais subliminarmente lhe impõe rótulos de “inadimplente *prima facie*”. PIZZOLANTE, Francisco Eduardo Pires e Albuquerque. *Habeas Data e Bancos de Dados: Privacidade, Personalidade e Cidadania no Brasil Atual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.22. Com o discurso de proteção ao bom consumidor tramita no Congresso há 6 anos projeto de lei que prevê um banco de dados para cadastro positivo de consumidores, com uma espécie de listagem dos bons pagadores de dívidas, semelhante a bancos de dados de outros países, com a finalidade de permitir a estes bons pagadores juros e condições melhores. Diante

Na Revista Época de 29/09/2009 há o depoimento de todos os percalços sofridos por uma mulher – cujas marcas digitais que a identificam foram se desgastando com o tempo – na utilização do serviço de plano de saúde quando a sociedade empresária, com a intenção de evitar fraudes, passou a adotar tecnologia biométrica para cadastramento dos usuários. Ela relata que três anos após o recolhimento das digitais por tecnologia biométrica, durante uma consulta médica, o leitor de digitais não a reconheceu em razão do desgaste das linhas dos dedos das suas mãos, expondo-a a uma situação constrangedora, resolvida parcialmente, naquele momento, com um cheque-caução. Este episódio repetiu-se em vinte outras ocasiões sem que a sociedade empresária tomasse medidas eficazes. A própria prejudicada, porém, não achou que a sociedade agisse abusivamente, acreditando tão somente que esta não sabia lidar com a situação. Depois se constatou que o desaparecimento das linhas das suas mãos decorreu de uma conjugação de fatores, tanto genéticos – pois sua pele fina propicia o aparecimento de “cristas datiloscópicas” – como outros, decorrentes tanto de atividades profissionais como de lazer. Ocorre que ela não é a única a padecer com este problema. No corpo da matéria jornalística informa-se que há uma estimativa de que três mil pessoas no mundo apresentem a síndrome de Nagali – síndrome genética em que as pessoas nascem sem as marcas nos dedos – sem contar nas inúmeras pessoas que por diversos fatores tiveram suas linhas das mãos desgastadas.<sup>161</sup> Conclui-se que não poderia a sociedade empresária adotar uma tecnologia, tornando-a obrigatória para seus clientes, sem a avaliação de todos os possíveis prejuízos que poderiam causar aos mesmos.

---

da realidade, sobrevêm a dúvida quanto ao custo-benefício para os brasileiros de mais um banco de dados. (Informação disponível em <http://www.webrisco.com/2009/07/o-bom-pagador-merece-credito.html>. Acesso em 14.07.2009)

<sup>161</sup> *A mulher que perdeu suas digitais*. Época, editora Globo, ciência e tecnologia anatomia, 29.09.2008

Este caso reflete bem uma das grandes críticas feitas por filósofos, bioéticos, juristas e cidadãos no sentido de que não é porque algo é possível tecnologicamente que deva ser necessariamente permitido. Não se pode permitir a prevalência deste “postulado” da vontade da técnica em situações existenciais.<sup>162</sup> Sociedades empresárias, Estado e pessoas jurídicas ou físicas, públicas ou privadas, que imponham tais tecnologias a qualquer pessoa devem ser inevitavelmente responsabilizadas por todas as consequências decorrentes desta imposição.

Na Europa, a preocupação sobre o tema o conduz a ser debatido em diversas instâncias. Destaca-se o projeto BITE, que conta com nove parceiros europeus, e que tem por objetivo levar à indústria e à área acadêmica suas preocupações e indagações sobre o tema, de molde a provocar um debate profundo sobre suas implicações éticas. Dentre os motivos para este projeto situam-se desde considerações sobre as dificuldades e violações que podem surgir

---

<sup>162</sup> DONEDA. Op. Cit, p. 17. Neste contexto, válidas são as considerações de Doneda sobre o vetor da técnica na nova arquitetura do tecido social provocada pelas mudanças tecnológicas, as quais relacionam informação e privacidade: “Sem perder de vista que o controle sobre a informação foi sempre um elemento essencial na definição de poderes dentro de uma sociedade, a tecnologia proporcionou a intensificação dos fluxos de informação e, conseqüentemente, a multiplicação de suas fontes e de seus destinatários. Esta mudança, a princípio quantitativa, acaba por influir qualitativamente, mudando os eixos de equilíbrio na equação poder – informação – pessoa – controle (...) Uma das chaves para compreender esta estrutura (...) é a consciência do papel da técnica e de como utilizá-la para uma eficaz composição jurídica do problema da informação. Deve-se verificar como o desenvolvimento tecnológico age sobre a sociedade e, conseqüentemente, sobre o ordenamento jurídico; há de se considerar o seu potencial para imprimir suas próprias características ao meio sobre o qual se projeta – e não somente ressaltar as possibilidades latentes neste meio. Entra em cena, portanto, a técnica como um elemento dotado de características próprias e, conseqüentemente, inicia-se a discussão em torno do que seria a “vontade da técnica” (...) na década de 1960, o departamento do Censo dos Estados Unidos passou a colher dados dos cidadãos americanos sobre suas habitações privadas e sobre a história pessoal dos próprios ocupantes. Mais tarde, na década seguinte, cresceu a “curiosidade” deste órgão, que passou a exigir que os cidadãos que tivessem rompido seu matrimônio esclarecessem seus motivos para tal. Sem levar em conta o caráter intrínseco das informações requisitadas, podemos aventar que não foi um crescimento da necessidade do Estado de conhecer mais a fundo os detalhes dos insucessos matrimoniais de seus cidadãos que originou tal medida, porém o mero fato de que tornou-se factível, para a tecnologia da época, processar estas informações e delas extrair alguma utilidade – e a novidade não era a utilidade em si, mas o fato de sua obtenção ter sido tornada possível. Tudo em acordo com o que poderíamos denominar um verdadeiro “postulado” da vontade da técnica: “o que pode ser feito, será feito”. Para além destes exemplo, a “vontade da técnica” penetrou em muitas outras instâncias da vida cotidiana, moldando-as segundo seus padrões, em uma lógica segundo a qual as vantagens eram claras: maior eficiência, rapidez ou infalibilidade. No entanto, as conseqüências da técnica podem ser diversas, conforme sejam examinadas no âmbito das situações patrimoniais ou no das não patrimoniais.” (Ibidem, p.15-17)

no caso de pessoas que tenham dificuldades de comprovar sua identidade – tal como imigrantes – até à questões sobre as distinções existentes nas leis de privacidade dos países e as implicações que podem surgir na partilha de dados e na própria relação de bancos de dados.<sup>163</sup> Outro importante projeto europeu, o FIDIS (*Future of Identity in the Information Society* - Futuro da identidade na sociedade da informação), organizado por um consórcio de universidades e entidades públicas e privadas na Europa, tem como objetivo definir requisitos e contribuir para as tecnologias e infraestruturas necessárias para a gestão da identidade na sociedade da informação europeia.<sup>164</sup>

No âmbito da União Europeia realça-se ainda o grupo de proteção de dados constituído ao abrigo do artigo 29.º da Diretiva 95/46/1995 da Comunidade Europeia. Trata-se de um órgão consultivo europeu independente em matéria de proteção de dados e privacidade cujas atribuições são descritas no artigo 30.º da Diretiva mencionada e no artigo

---

<sup>163</sup> [http://www.biteproject.org/press\\_book/gesventure\\_noticias.pdf](http://www.biteproject.org/press_book/gesventure_noticias.pdf). Acesso em 26 de agosto de 2007: Projeto BITE inicia debate europeu centrado na ética da biométrica(...)A biométrica usa informação física comportamental para identificar uma pessoa. Os dados podem ser impressões digitais, a íris ou o ADN. Os proponentes reivindicam que a biométrica pode contribuir muito para a segurança, numa altura em que o terrorismo é uma ameaça credível e mundial. Neste contexto, aeroportos e alfândegas foram nomeados como os primeiros potenciais operadores a usarem a tecnologia. Emílio Mordini, coordenador de BITE, defende que a recolha e armazenamento de tais dados pessoais levanta enormes questões éticas. (...) Mordini descreve o acesso à informação médica por dados biométricos como o procedimento mais controverso sobre a tecnologia (...)há ainda a pergunta de como é que os dados podem ser usados mais tarde e isto sobrepõe-se à questão da confiança. Desde que começou a trabalhar em Outubro de 2004, o consórcio do BITE já teve duas reuniões centradas nas questões éticas relacionadas à biométrica.As reuniões demonstraram que os interesses não são partilhados da mesma maneira. Os participantes não conseguiram chegar a um consenso numa das reuniões sobre o risco que a biométrica representa para a privacidade. "Os engenheiros disseram que há tecnologias mais intrusas. Nós, do campo ético temos algumas dúvidas sobre isso", disse o professor Mordini. O projeto BITE (*Biometric Identification Technology Ethics* - Ética na tecnologia de identificação biométrica) começou em Outubro de 2004. Os objetivos de BITE são suscitar a investigação e lançar o debate público sobre a bioética da tecnologia biométrica

<sup>164</sup> Consulte <<http://www.fidis.net>>. Acesso em 02.08.2007.

14º da Diretiva 97/66/CE,<sup>165</sup> sendo constituído pelas autoridades de controle dos países da comunidade.<sup>166</sup>

De fato, na Europa, o tratamento da matéria atingiu um patamar paradigmático com a referida Diretiva 95/46/1995, a qual impõe a todos os países da Comunidade Europeia a elaboração de legislação específica para o tratamento de dados pessoais – baseado em premissas que vinculam a proteção a princípios<sup>167</sup> que devem ser observados por todos – e sugere um conteúdo normativo mínimo para a proteção de dados pessoais aos países do Bloco.<sup>168</sup>

Pelo sistema, cada país deve escolher uma ou mais autoridades públicas para exercer a função de fiscalização, prevenção e intervenção em questões envolvendo o tratamento de dados, conforme o artigo 28º da Diretiva 95/46/1995, cabendo recurso ao Judiciário das decisões proferidas por estas autoridades administrativas independentes. Estes órgãos de vigilância complementam o sistema substancialmente pois cumprem um dever de controle geral e continuado e não apenas eventual e fragmentado.<sup>169</sup> Em 2002 foi promulgada a Diretiva 2002/58 que, apesar de não inovar no modelo já presente na Diretiva de 1995, “fornece instrumentos que permitem a adequação de suas finalidades à realidade tecnológica

---

<sup>165</sup> Disponível em [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/tasks-art-29\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/tasks-art-29_en.pdf). Acesso em 02.08.2007.

<sup>166</sup> Disponível em [http://www.cnpd.pt/bin/actividade/gt\\_dados.htm](http://www.cnpd.pt/bin/actividade/gt_dados.htm). Acesso em 02.08.2007.

<sup>167</sup> Como os princípios da necessidade, finalidade, publicidade, da exatidão, do acesso, da segurança física e lógica.

<sup>168</sup> Diretiva 95/46/1995. Disponível em [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46\\_part2\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part2_pt.pdf). Acesso em 13.04.2008.

<sup>169</sup> RODOTA, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância – A privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 85-87.

constituída pela comunicação em rede (excluindo-se de seu âmbito, de forma genérica, os serviços de telecomunicações).”<sup>170</sup>

O amplo sistema de proteção europeu alçou este grau – praticamente de excelência quando comparados com o Brasil –, paulatinamente, a partir dos anos 70, com a iniciativa de alguns países que legislaram sobre o tema e a tomada de consciência de que só uma regulação para além dos limites internos de cada Estado seria realmente eficaz. As *guidelines on the protection of privacy and transborder flows of personal datas da OCDE* (Organização para a cooperação e desenvolvimento econômico) de 1980 – cujo escopo principal era assegurar o desenvolvimento do mercado de informática e transações comerciais – resultam exatamente desta tentativa em enunciar referências mínimas sobre a matéria. As *guidelines*, inobstante a ausência de força vinculativa, elencaram princípios importantes que influenciaram o tratamento da matéria pela Diretiva europeia.<sup>171</sup> Logo em seguida, em 1981, foi editada a Convenção de Strasbourg, a qual teve o diferencial de associar o tratamento de dados pessoais aos direitos humanos.<sup>172</sup>

Ressalta-se, ainda, no contexto europeu, a Carta dos Direitos Fundamentais, a qual prevê a proteção dos dados pessoais como direito fundamental distinto do direito à vida privada no seu aspecto individualista.<sup>173</sup>

---

<sup>170</sup> DONEDA, Op. Cit, p. 239.

<sup>171</sup> Princípios como o da limitação da coleta e do uso, da finalidade, da segurança, da transparência, da participação individual, da responsabilidade. Confira-se em RODOTÁ, *A vida na sociedade...*, cit, p. 377-382.

<sup>172</sup> DONEDA, Op. Cit, p. 231-235.

<sup>173</sup> A Carta dispõe no seu artigo Artigo 7º, intitulado, “Respeito pela vida privada e familiar” que “Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.” e no artigo 8º, que trata da proteção de dados pessoais, dispõe que: “1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito; 2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação; 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade

Especificamente quanto aos dados biométricos, o sistema europeu vem promovendo expressivas mudanças. Rodotà informa que o grupo de Garantes europeus estabeleceu condições rigorosas para o tratamento de forma eventual e limitada por entes privados no tocante às impressões digitais, opondo-se, por exemplo, à sua utilização para mero controle de acesso a refeitórios universitários. O grupo também fez contatos importantes com o Departamento de Segurança Pública do Ministério do Interior para que se adote uma política distinta entre as impressões digitais de cidadãos comuns e de pessoas suspeitas. A estratégia adotada pelo grupo é a de refutar fichamentos massificados ou utilizações (ainda que potencialmente) discriminatórias, em obediência ao princípio da igualdade.<sup>174</sup> Relativamente aos objetivos desta estratégia, assinala Rodotà:

Ressaltar a referência aos princípios da necessidade, finalidade, pertinência e proporcionalidade, evidencia a necessidade de uma distinção precisa entre finalidade de identificação e de verificação. Manifesta uma preferência por sistemas descentralizados em relação aos centralizados e por uma identificação sobre bases estritamente individuais (1:1) em detrimento de outras que se referem a bancos de dados contendo a identificação de uma multiplicidade de sujeitos (1:M). Diversas autoridades de controle europeias, de fato, já sustentam que os dados biométricos não devem ser inseridos em bancos de dados centralizados, porém inseridos em objetos que não saíam da disponibilidade imediata do interessado, como um cartão com *microchip*, um telefone celular, um cartão de crédito. A identificação e a verificação, em outros termos, deveriam ser efetuadas pela comparação do dado contido neste objeto com o dado fornecido pelo interessado no momento da identificação e/ou verificação.<sup>175</sup>

---

independente.” Disponível em [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf). Acesso em 13.04.2008. Segundo Rodotà, esta distinção não é de fachada, uma vez que no direito ao respeito à vida privada e familiar está presente o momento individualista e a tutela é estática, exaure-se substancialmente na exclusão da interferência de outrem. “Já a proteção dos dados pessoais, ao contrário, fixa regras sobre a modalidade de tratamento dos dados e concretiza-se em poderes de intervenção; a tutela é dinâmica, segue os dados em sua circulação”. (RODOTÀ *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. Prefácio de RODOTÀ, *A vida na sociedade...*, cit, p. 8).

<sup>174</sup> RODOTÀ, *A vida...*, cit, p. 269-270.

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 270.

Como ainda aponta Rodotà, a sensibilidade europeia para os direitos direciona o grupo de autoridades europeias a adotar uma estratégia em que não se permita o abrandamento da proteção de dados pessoais em prol da segurança.<sup>176</sup>

O que se observa é que se na Europa o tratamento da matéria encontra-se em estágio avançado, no Brasil as intervenções das tecnologias biométricas não geram, na população em geral, as reações que se deveriam esperar. Em nichos acadêmicos essas discussões estão em pauta,<sup>177</sup> porém não vêm encontrando na sociedade o devido eco nem têm vulto na mídia. Não há ações visando frear tais expedientes. O que se percebe no país é a já rotineira captação de dados mediante tecnologias biométricas tanto por sociedades empresárias privadas, bem como pelo Estado, tal qual, exemplificativamente, nos passaportes brasileiros, em urnas eletrônicas para apuração de votos em eleições ou para monitoramento da frequência e realização das provas de pessoas que queiram habilitação para dirigir.<sup>178</sup>

Tramita, no entanto, no Congresso, desde 2004, o projeto de lei nº 321, que traz disposições sobre o tratamento de dados pessoais por entidades públicas e privadas, visando assegurar o uso eficaz das informações sem que sejam violados os direitos e garantias fundamentais do titular de dados, principalmente dos dados sensíveis. Este projeto traz princípios importantes, como o da finalidade, da necessidade, do consentimento prévio, assim

---

<sup>176</sup> Neste sentido, em ação conjunta com o parlamento europeu, vem conseguindo frear as pretensões da administração norte-americana de obter dados dos milhares de passageiros de linhas aéreas que viajam rumo aos Estados Unidos. (Ibidem, p. 271)

<sup>177</sup> O tema sobre a proteção da esfera da privacidade relacionada à proteção de dados pessoais vem sendo objeto de pesquisas acadêmicas, tais como a tese de DONEDA, Danilo (op.cit) e a dissertação de TEIXEIRA, Daniele. *A tutela da privacidade e seus limites*, dissertação de conclusão do mestrado em Direito Civil pela Uerj, 2008. Vide, também artigo de MACHADO, Diego Carvalho. Autonomia privada, consentimento e corpo humano: para a construção da própria esfera privada na era tecnológica. *RTDC*, nº 37, p. 17-52, jan./mar. 2009.

<sup>178</sup> O Detran vem adotando o sistema de controle de frequência e realização das provas de habilitação, através da biometria. Disponível em <http://tecnologia.uol.com.br/especiais/ultnot/2005/07/21/ult2888u71.jhtm>. Acesso em 13.08.2008.

como destaca os direitos e deveres dos bancos de dados.<sup>179</sup> Em parecer da Comissão de Educação do Senado se elucida que o projeto destina-se a materializar, no plano jurídico interno, o compromisso firmado pelo Estado brasileiro por ocasião da assinatura da Declaração de Santa Cruz de la Sierra – produzida durante a XIII Cimeira Ibero-americana de Chefes de Estado e de Governo, realizada na Bolívia, em novembro de 2003 –, em que é expressamente reconhecida a importância de iniciativas regulatórias para a proteção de dados pessoais dos cidadãos dos países da comunidade ibero-americana. Para este fim, estabelece os princípios aplicáveis ao tratamento dos dados, regras especiais para os dados sensíveis, os direitos do titular dos dados e os deveres do proprietário ou gestor de bancos de dados, além de normas sobre a segurança, a interconexão, a retificação, a oposição, o cancelamento de dados e as responsabilidades cíveis e administrativas. No parecer se reconhece a carência de regulamentação no país, que dispõe apenas de princípios constitucionais e de normas setoriais – como o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), a Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dispõe também sobre a proteção da pessoa, no que concerne ao uso de seus dados pessoais, e a Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997, que regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data* – e conclui que tais leis não cobrem todo o espectro de necessidades regulatórias demandadas pela sociedade.<sup>180</sup>

---

<sup>179</sup> Disponível em [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br). Acesso em 07.08.2009.

<sup>180</sup> Disponível em <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/getPDF.asp?t=24609>. Acesso em 07.08.2009. DONEDA, também destacando este panorama de ausência de leis específicas para tratamento de dados pessoais expõe que a maior parte dos projetos de lei que tramitam no Congresso propõem apenas soluções pontuais para problemas relacionados à proteção de dados sem realizar uma abordagem sistemática e integrada da proteção de dados pessoais. Ele menciona que o projeto de lei nº 321/2004 que, originariamente, fugia à esta regra e propunha uma abordagem semelhante ao modelo europeu de proteção de dados foi, em seu trâmite, bastante modificado e reduzido em escopo. No entanto, ele ressalta que, “além destas iniciativas, encontra-se atualmente em preparação por alguns setores do poder executivo um projeto de lei interministerial que procura realizar uma

A proteção legislativa dos dados pessoais certamente constituirá um importante primeiro passo para o tratamento dos dados biométricos, ainda que sob um caráter generalista. A falta, porém, de uma autoridade administrativa semelhante ao padrão europeu e os rumos indiscriminados e potencialmente nefastos que as tecnologias biométricas vêm tomando em território brasileiro, reclamam, não obstante, uma proteção específica. Neste sentido é importante retomar a noção de deveres de proteção vislumbrada na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, em que compete ao Estado tomar uma atitude positiva capaz de garantir efetiva proteção aos direitos fundamentais, preventiva e repressivamente, contra quaisquer agressões provindas dos poderes públicos, dos particulares e, inclusive, de outros Estados, elaborando assim leis e implementando políticas públicas necessárias para tais fins e criando instituições para estas tarefas ou readequando as já existentes.<sup>181</sup>

Diante desta noção, parâmetros devem ser fixados para a tutela dessas situações jurídicas existenciais que importem em ações positivas e negativas, preventivas e repressivas, tais quais a criação de leis específicas pelo Legislador – que coíbam excessos, estabeleçam limites –, a veiculação de propagandas pelo Executivo que conscientizem a população e promovam debates, o ajuizamento de ações coletivas pelo Ministério Público, a postura ativa do Judiciário construindo as normas dos casos concretos racionalmente fundamentadas, todos comprometidos com os valores constitucionais.

Relevante, também, para a tutela efetiva na proteção dos dados biométricos, em razão, inclusive, das suas peculiaridades, como anteriormente enfatizado, é a criação de uma

---

abordagem integral e moderna do problema da proteção de dados, apto a inserir o Brasil em um grupo de países que proporcionam efetiva tutela ao direito fundamental à proteção de dados pessoais.”(DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais no direito brasileiro. In: *Blog del foro de Habeas Data* <[http://www.habeasdata.org/Doneda\\_Protecao\\_dados\\_pessoais\\_direito\\_brasileiro](http://www.habeasdata.org/Doneda_Protecao_dados_pessoais_direito_brasileiro)> Acesso em 07.05.2008).

<sup>181</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações...cit*, p. 161.

instituição ou adaptação de alguma já existente para a solução de questões que envolvam dados pessoais com funções semelhantes às dos Garantes europeus, independente do Executivo e capaz de servir como órgão consultivo, de controle e com iniciativa para pleitear proteção em todos os âmbitos.<sup>182</sup>

#### **4.2. A pessoa humana como parâmetro unificador do ordenamento jurídico**

Como visto, uma das importantes consequências da dogmática dos direitos fundamentais é a eficácia irradiante destas normas. A Constituição de 1988 – lei fundamental, hierarquicamente superior, que confere unidade a todo o ordenamento jurídico –, com seu amplo rol de direitos fundamentais e tendo como norte central a dignidade da pessoa humana, demanda a necessária realização de um processo de filtragem constitucional, o qual condiciona a renovada interpretação e aplicação de todas as normas infraconstitucionais e possibilita, neste sentido, do mesmo modo, a reunificação do direito civil<sup>183</sup> em consonância com esta referida ética personalista.

Esta nova e inovadora ordem constitucional, centrada na pessoa humana, possibilitou a defesa de uma “despatrimonialização” e “repersonalização” do direito civil, a qual já vinha se

---

<sup>182</sup> Esta também é a posição de Danilo Doneda, o qual chega a cogitar no Ministério Público para o cumprimento de algumas tarefas mas reconhece que nem todas seriam possíveis dentro das prerrogativas constitucionais deste instituição. Por isso destaca como mais adequado uma autoridade independente nos moldes de uma agência reguladora. (Op. Cit, p. 385-402).

<sup>183</sup> No direito brasileiro, o interregno de quase um século entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002, ensejou a promulgação de inúmeras leis esparsas e estatutos como o Código do Consumidor e o Estatuto da Criança e Adolescente, o que fragmentou o sistema do direito privado.

verificando em países alienígenas e passou a ser inserida no debate brasileiro,<sup>184</sup> alavancada pelos avanços da “Constituição Cidadã”.<sup>185</sup>

As expressões “despatrimonialização”<sup>186</sup> e “repersonalização” conjugam-se, pois enquanto a primeira remete à ideia de transformação das bases ideológicas do direito civil, o qual perderia sua lógica individualista e proprietária, inadequada aos ditames constitucionais, a segunda revela a mudança de paradigma do direito civil em consonância com a dignidade da pessoa humana. Essas idéias norteiam o fenômeno da constitucionalização do direito civil.

Segundo Perlingieri, esta perspectiva confere uma tutela qualitativamente diversa.<sup>187</sup> A lógica proprietária do “ter” é substituída pela lógica personalista do “ser”, em razão de uma remodelagem dos institutos e conceitos do direito civil sob a ótica dos valores evidenciados na Constituição.

Esta proposta dogmática de constitucionalização do direito civil ainda enfrenta obstáculos dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a defesa de correntes doutrinárias que, segundo Tepedino, são nostálgicas da concepção do código civil como o estatuto orgânico das relações patrimoniais, sem alteração da estrutura e função destas diante

---

<sup>184</sup> Maria Celina Bodin foi uma das juristas pioneiras no Brasil na defesa da força normativa da Constituição e da necessária interpretação das normas de direito civil à luz da Constituição de 1988, bem como na “aplicação direta e efetiva dos valores e princípios da Constituição, não apenas na relação Estado-indivíduo, mas também na relação interindividual, situada no âmbito dos modelos próprios do direito privado”. *Revista de Direito Civil*, vol. 65, p. 28.

<sup>185</sup> Qualificação conferida pelo deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembléia Nacional Constituinte, em discurso proferido no Congresso Nacional no dia da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, em razão da previsão de amplo sistema de direitos e garantias. (V. Cittadino, Gisele, *Op. cit.*, p. 13).

<sup>186</sup> Despatrimonialização do Direito Privado, segundo a definição do Prof. Carmini Donisi, criador do termo, significa “(...) progressiva e cada vez mais destacada sensibilidade do direito privado contemporâneo, em todos os seus componentes (legislativo, doutrinário e jurisprudencial), a dados não confináveis nos esquemas e lógicas de índole econômica, mesmo – note-se – nos setores institucionalmente reservados às relações patrimoniais” (*apud* SARMENTO, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, cit., p. 115)

<sup>187</sup> PERLINGIERI, Pietro; tradução de: Maria Cristina de Chico. *Perfis do direito civil*. 1.<sup>a</sup> ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 34.

dos ditames constitucionais.<sup>188</sup> No entanto, o pensamento de Pietro Perlingieri<sup>189</sup> e a perspectiva da dimensão objetiva dos direitos fundamentais influenciam doutrinadores nacionais renomados e respeitados a adotarem a metodologia diferenciada e mais consentânea com as necessidades da realidade constitucional brasileira.<sup>190</sup>

Verifica-se que em alguns setores, esta tutela qualitativamente diversa é imprescindível, como no caso dos direitos da personalidade,<sup>191</sup> principalmente pela força vertiginosa das constantes mudanças do mundo atual. Com relação a estes direitos, os quais refletem o princípio da dignidade da pessoa humana, o legislador do Código Civil de 2002 –

---

<sup>188</sup> TEPEDINO, Gustavo. *O novo e o velho direito civil in* Temas de Direito Civil/Gustavo Tepedino. – Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 399.

<sup>189</sup> PERLINGIERI, *Perfis*, p. 155: “A esta matéria não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado sobre a categoria do “ter”. Na categoria do “ser” não existe a dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser e a titularidade é institucional, orgânica. Onde o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar; torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo de relação.”

<sup>190</sup> Daniel Sarmiento, em sua tese de doutorado da UERJ, defendeu expressamente a total compatibilidade da teoria alemã da dimensão objetiva dos direitos fundamentais ao direito brasileiro. Segundo o autor, esta teoria “não apenas se revela perfeitamente compatível com o espírito da Constituição de 88, como representa uma importante contribuição para o enfrentamento jurídico dos graves problemas da sociedade brasileira, marcada pela desigualdade e pela violência, e tão necessitada da afirmação concreta dos valores constitucionais e dos direitos humanos.” (*Direitos Fundamentais e Relações privadas*. Rio de Janeiro. Lumen Júris editora, p.172). Segundo o autor, se o predomínio do positivismo não contribuiu para o aprofundamento da discussão de teorias mais avançadas, “não há dúvidas de que a Constituição, como norma superior de uma comunidade política, consagra e juridiciza os valores mais relevantes dessa comunidade. Ademais, constituições como a brasileira, a alemã, a espanhola e a portuguesa, que representam marcos na superação de formas estatais autoritárias, são timbradas pela preocupação com a promoção de valores humanitários de dignidade humana, liberdade, democracia, igualdade e justiça. Não há como negar, diante de constituições com este teor e esta origem, a relevância da dimensão axiológica dos respectivos textos magnos”. (SARMENTO, Daniel, *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: Fragmentos de uma teoria in* Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais, coord. José Adércio Leite Sampaio, p.274-275).

<sup>191</sup> Oportunas são as elucidações doutrinárias sobre o conceito de personalidade: “A rigor, há dois sentidos técnicos para o conceito de personalidade. O primeiro associa-se à qualidade para ser sujeito de direito, conceito aplicável tanto às pessoas físicas quanto às jurídicas. O segundo traduz o conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada objeto de proteção privilegiada por parte do ordenamento, bem jurídico representado pela afirmação da dignidade humana, sendo peculiar, portanto, à pessoa natural (...) Personalidade como valor (...) é característico da pessoa humana, atraindo, por isso mesmo, disciplina jurídica típica e diferenciada, própria das relações existenciais. Já a qualidade para ser sujeito de direito o ordenamento confere indistintamente a todas as pessoas e, segundo opções de política legislativa, pode fazê-lo em favor de entes despersonalizados. Por isso mesmo, deve-se preferir designar este último sentido de personalidade com subjetividade”. (TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, BODIN DE MORAES, Maria Celina, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

lamentavelmente, em detrimento de uma perspectiva abrangente que, considerada a irreduzibilidade do valor da pessoa humana a qualquer espécie de padronização ou enquadramento, seja capaz de propiciar uma multifacetada e efetiva tutela diante das variáveis circunstâncias concretas – optou por estabelecer um rol de situações abstratas. Inúmeras as críticas doutrinárias<sup>192</sup> no sentido de que esta não é a técnica adequada, na medida em que tem por consequência não somente uma descabida restrição às hipóteses elencadas como enseja a proteção apenas no seu momento patológico, o que reafirma, infelizmente, os persistentes e perniciosos resquícios de uma lógica patrimonialista.<sup>193</sup>

Na doutrina, exemplificativamente, Gustavo Tepedino, entusiasta e divulgador da metodologia civil-constitucional, posiciona-se no sentido da existência de uma cláusula geral da personalidade,<sup>194</sup> em interpretação lógico-sistemática da Constituição, de forma a trazer

---

<sup>192</sup> Posicionam-se neste sentido, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin, Anderson Scriber, Danilo Doneda. “A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais (...) Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naquele de outras pessoas.”(...) (PERLINGIERI, Pietro, Op. cit, p. 155-156)

<sup>193</sup> “(...) mostra-se insuficiente qualquer construção doutrinária que, tipificando vários direitos da personalidade ou cogitando de um único direito geral da personalidade, acaba por limitar a proteção da pessoa à atribuição de poder para salvaguarda meramente ressarcitória, seguindo a lógica dos direitos patrimoniais” (TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*, in A Parte Geral do Novo Código Civil, coord. Gustavo Tepedino, Renovar, 2002, p. XXII). “A personalidade humana deve ser considerada antes de tudo como um valor jurídico, insuscetível, pois, de redução a uma *situação jurídica-tipo* ou a um elenco de *direitos subjetivos típicos*, de modo a se proteger eficaz e efetivamente as múltiplas e renovadas situações em que a pessoa venha a se encontrar, envolta em suas próprias e variadas circunstâncias.” (TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*, in A Parte Geral do Novo Código Civil, coord. Gustavo Tepedino, Renovar, 2002, p. XXIII). “Em que pese, pois, a extraordinária importância de construções doutrinárias que engendraram os direitos da personalidade, a proteção constitucional da pessoa humana supera a setorização da tutela jurídica (...) bem como a tipificação de situações previamente estipuladas, nas quais pudesse incidir o ordenamento.” (TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*, in A Parte Geral do Novo Código Civil, coord. Gustavo Tepedino, Renovar, 2002, p. XXIV).

<sup>194</sup> “Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2.º do art. 5.º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e proteção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.” (TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*, in A Parte Geral do Novo Código Civil, coord. Gustavo Tepedino, Renovar, 2002, p. XXV). No mesmo artigo, Tepedino

unidade para todo o sistema e garantir uma tutela adequada que não se limite às hipóteses elencadas no Código Civil. Isto porque, também segundo Perlingieri, “a tutela da pessoa não pode ser fracionada em isoladas *fattispecie* concretas, em autônomas hipóteses não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa.”<sup>195</sup>

Garantida pela cláusula geral da personalidade, a atividade hermenêutica do intérprete pode solucionar um sem-fim de problemas que assolam diariamente os direitos que mais evidenciam a centralidade do “ser” humano, afastando, por conseguinte, qualquer tipo de tutela que tenha como norte a patrimonialidade do direito civil oitocentista. As novas tecnologias inseridas no mercado, em ritmo acelerado, sem muitas vezes uma prévia análise das suas possíveis conseqüências, representam um exemplo de que apenas uma concepção dogmática do direito civil constitucional que altera qualitativamente a lógica do “ter” para o “ser” pode preservar os valores mais importantes do ser humano, permitindo-lhe o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Neste contexto de valorização do “ser” e abertura constitucional para as mudanças impostas pela realidade, o direito fundamental à privacidade passa a apresentar uma proteção multifacetada, compatibilizando-se com a proteção de dados pessoais conferida na Carta de Direitos Fundamentais Europeia e defendido por Rodotà, como o “direito de manter o

---

faz referência aos precursores da defesa desta cláusula geral de tutela da personalidade: “Atente-se para a palavra precursora de José Lamartine Correa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, *O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade*, cit. p. 14, que propuseram (em 1980!) uma cláusula geral de tutela da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, aos moldes da experiência alemã, relatada pelos autores, os quais destacam: “A tipologia que se pretende exaustiva não exaure a realidade e camufla o sentido único de toda *problemática*”.(Ibidem, nota 11)

<sup>195</sup> PERLINGIERI, *Perfis*, p. 155

controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada”,<sup>196</sup> como uma evolução do conceito defendida na doutrina nacional<sup>197</sup> e consentânea com a dogmática dos direitos fundamentais e com o direito civil constitucional. Defende, assim, Doneda, que a tutela da privacidade é enquadrada como uma situação subjetiva complexa, nos termos defendidos por Perlingieri, como uma situação que não se expressa através do exercício arbitrário do poder pelo seu titular, porém em um complexo de interesses, tanto do titular quanto da coletividade, que pode dar origem a poderes bem como a deveres, obrigações e ônus aos envolvidos.<sup>198</sup> Justifica Doneda:

A tutela remedial, típica do direito subjetivo, não é mais do que um dos instrumentos entre outros a serem utilizados para a tutela da privacidade, e de forma alguma é a estrutura na qual deva moldar-se. A ela faltam os instrumentos adequados á realização da função promocional da tutela da privacidade como meio de proteção da pessoa humana e da atuação da cláusula geral da personalidade; nela igualmente não é concebida a dimensão coletiva na qual se insere a problemática da privacidade através da responsabilidade civil que, se é uma perspectiva que não deve ser descartada como opção para uma série de situações, por si só não promove um avanço na tutela oferecida pelo ordenamento em relação à privacidade. Nesta perspectiva, ela continuaria a ser encarada como mera liberdade negativa, isto é, desconsiderando tanto a evolução da matéria como o alcance da norma constitucional, que ao considerar a privacidade e seu aspecto positivo, destaca sua função promocional – para o que deve lançar mão de outros institutos.<sup>199</sup>

Os desdobramentos da tutela da privacidade revelam, desta forma, uma série de interesses a ela relacionados, não somente com respeito à reserva da vida privada e ao isolamento, porém à construção de uma esfera pessoal na qual seja possível uma liberdade de escolha e, conseqüentemente, o desenvolvimento da personalidade, levando em consideração, inclusive, a cláusula geral de tutela da personalidade. Nesta configuração a tutela da privacidade, como visto e defendido por Rodotà, passa a incluir o direito de manter o controle

---

<sup>196</sup> RODOTÀ, Stefano. *A vida...,cit*, p.15.

<sup>197</sup> Confira-se, a título exemplificativo, DONEDA, Danilo. Op. Cit, o qual elaborou bem-sucedida tese sobre a tutela da privacidade e MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: José Ribas Vieira. (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?* Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. , p. 369-388

<sup>198</sup> DONEDA, Danilo. Op. Cit, p. 144.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 143-144.

sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada, o que se traduz no direito à autodeterminação informativa.<sup>200</sup>

A construção da tutela da privacidade como autodeterminação informativa resulta de uma imprescindível proteção à pessoa humana nesta era tecnológica, onde a informação pessoal se transformou em um bem, como já ressaltado no curso deste trabalho, que não só circula, como tem valor patrimonial e muitas vezes se torna requisito indispensável para a fruição de serviços. Controlar os próprios dados significa ter poder sobre si mesmo.<sup>201</sup> Para a efetiva proteção dos dados pessoais no direito brasileiro, Doneda propõe uma releitura compatível com os ditames constitucionais do instituto do consentimento livre e esclarecido, de forma a funcionalizá-lo, tomando como ponto de partida que informação deve ser entendida como uma extensão da sua personalidade, por se referir à própria pessoa<sup>202</sup> e por isso seria mais adequadamente tratado como ato unilateral de vontade, passível de autorização e revogação.<sup>203</sup> Importante ressaltar, conforme esclarece Diego Machado que:

Analogamente ao consentimento livre e esclarecido, também assume um cariz procedimental o consentimento para o tratamento dos dados pessoais, porque não é pontual ou eventual, e, se assim o fosse, teria meramente a somenos função de adornar de licitude (legitimar) a circulação de informação pessoal (inserção no “circuito informativo”). O ato autorizativo é um dos instrumentos assegurados que torna possível o efetivo controle desempenhado pela pessoa relativamente às informações que lhe dizem respeito, controle este que se opera in itinere – ou seja, presente em todo o circuito e em qualquer tratamento dos dados –, e que realiza o caráter procedimental que é próprio da proteção dos dados pessoais. Decorre que, para tanto, o interessado deve ser prévia, ampla e suficientemente informado a respeito do destino dos seus

---

<sup>200</sup> RODOTÀ, Stefano. *A vida...cit*, p.97.

<sup>201</sup> Assim expõe Maria Celina Bodin: “Percebe-se aqui, segundo Rodotà, um ponto de chegada na longa evolução de conceito de privacidade, da originária definição – the right to be let alone – ao direito de manter controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada. Visto desta maneira, configura-se o direito à privacidade como instrumento fundamental contra a discriminação, a favor da igualdade e da liberdade. De fato, nas sociedades de informação, como são as sociedades em que vivemos, pode-se dizer que “nós somos as nossas informações”, pois que elas nos definem, nos classificam, nos etiquetam; portanto, ter como controlar a circulação das informações e saber quem as usa significa adquirir, concretamente, um poder sobre si mesmo. (apresentação obra RODOTÀ, Stéfano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Organização, seleção e apresentação Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 7).

<sup>202</sup> DONEDA, Danilo. Op. cit, p. 168

<sup>203</sup> *Ibidem*, p. 377-378.

dados pessoais, da finalidade do seu tratamento e efeitos. Havendo qualquer alteração posterior ao inicial consentimento, é devida a imediata informação para fins de renovação deste ou mesmo sua revogação.<sup>204</sup>

Quando a informação pessoal exigida pelas engrenagens do sistema diz respeito a um dado corporal, cabem ainda considerações mais apuradas, tendo em vista que o corpo, apesar da possibilidade de fragmentação e dispersão provocada pela tecnologia, merece uma tutela integrada e unitária de pessoa, conforme a cláusula geral de tutela da personalidade. Consequentemente, a abertura constitucional à realidade social e aos valores erigidos constitucionalmente permite que se integre na tutela desta situação subjetiva existencial, mediante uma ponderação de valores – em conformidade com um verdadeiro biodireito<sup>205</sup> que se apresenta nessas circunstâncias – os princípios da bioética de não-maleficência e beneficência, sendo, assim, possível uma aproximação com os sistemas de princípios europeus, de forma que esses dados biométricos só seja utilizados quando necessários, em última instância, como última alternativa e, mesmo assim, com uma finalidade bem definida, de forma a não só não causar mal nenhum à pessoa envolvida mas também prevenir ou eliminar o dano e promover o bem.

O amparo efetivo da pessoa humana, por conseguinte, unifica o ordenamento e condiciona todas as normas ao seu parâmetro, refletindo-se, também, na atividade judicial. A resposta e soluções a todos os problemas concernentes à utilização em larga escala e real de tecnologias biométricas deve ser encarada através de uma concepção de dignidade da pessoa humana como unidade, a qual seja capaz de coibir, em consonância com as lições de Rodotà,

---

<sup>204</sup> MACHADO, Diego Carvalho. Autonomia privada, consentimento e corpo humano: para a construção da própria esfera privada na era tecnológica. *RTDC*, nº 37, p. 17-52, jan./mar. 2009, p. 34-35.

<sup>205</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito. In: BARBOZA, Heloisa et al (org.). *Novos Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-81.

as engrenagens perversas de desvalorização, banalização e utilização de uma corporalidade fragmentada e despojada da sua integridade física.<sup>206</sup>

No Brasil, o exercício hermenêutico nestes considerados termos, torna-se ainda mais imprescindível, tendo em vista, como já frisado, a inexistência de soluções já previstas em leis específicas, a aparente despreocupação do Poder Público e a ausência de maiores reflexões da sociedade sobre a questão.

### **4.3 Soluções jurisdicionais: judiciário engajado e a atividade hermenêutica**

O Judiciário, no Brasil, cumpre importante papel para a realização dos direitos fundamentais. Em inúmeras questões, presente está o ativismo judicial e a construção da norma concreta, através da interpretação segundo os princípios constitucionais.

A Constituição, ademais, prevê diversos mecanismos que possibilitam o acesso à Justiça, como instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública, E, ainda, instrumentos para uma postulação abrangente e eficaz, como a ação civil pública. Acresça-se a isso a mudança de postura do brasileiro, que, com a redemocratização do país e o advento da nova Constituição, vem confiando cada vez mais a realização de seus direitos ao Judiciário, como se comprova no aumento incessante de demandas judiciais.

Neste cenário, o papel do Supremo Tribunal Federal ganha destaque, não só por conta da importância das suas funções constitucionais mas também em virtude da repercussão das suas decisões no ordenamento brasileiro. Além disso, há poucos anos seus julgamentos passaram a ser transmitidos ao vivo pela televisão, popularizando-o na medida que suas

---

<sup>206</sup> RODOTÀ, *As transformações...*, cit, p. 96.

discussões jurídicas sofisticadas passaram a estar disponíveis tanto aos profissionais interessados como aos leigos.

Na solução de casos difíceis, verifica-se nas decisões do Supremo, frequentemente, a ênfase pós-positivista, com a justificação racional com base nos valores éticos da Constituição, a realização dos direitos fundamentais e a conexão com a realidade, influenciando e sendo influenciado por ela. Esta racionalidade<sup>207</sup> é extremamente importante na sua tarefa de controle da constitucionalidade das leis, onde lhe compete a difícil missão de simultaneamente respeitar os consensos mínimos consubstanciados na Constituição, bem como a deliberação política majoritária.<sup>208</sup>

Em decisões realizadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade a previsão da figura do *amicus curiae* no § 2º do artigo 7º da Lei nº 9.868/99 reafirma a abertura constitucional, contribuindo para decisões judiciais com a participação de indivíduos e grupos cujos interesses sejam afetados.<sup>209</sup>

---

<sup>207</sup> Dessa forma, válidas e compatíveis são as teorias procedimentais e substanciais de justificação racional das decisões. Assim defende BINEMBOJM, Gustavo: “não há qualquer inconsistência lógica em se sustentar que à jurisdição constitucional compete a guarda tanto dos direitos fundamentais (proposta de Dworkin) como do procedimento democrático (tese de Habermas). Ao revés, tais funções, longe de serem antagônicas, são compatíveis e complementares. Em muitos casos, na verdade, superpõem-se.” (*A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 118). No capítulo 3 deste trabalho foi traçado um rápido panorama da teoria de Dworkin. Quanto à teoria procedimental de Habermas, que possui um contorno procedimental e discursivo, traz grandes contribuições nas discussões sobre a legitimidade democrática das Cortes Constitucionais no controle das leis, discussão que transborda os limites desta pesquisa.

<sup>208</sup> BARROSO, Luís Roberto. Em Defesa da Vida Digna: Constitucionalidade e Legitimidade das Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias. In: SARMENTO, Daniel e PIOVESAN, Flávia (coord) *Nos limites da vida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 261. Quanto ao controle de constitucionalidade, Barroso elucida: “No desempenho desse papel relevante e delicado – inclusive por seu caráter *contra-majoritário* –, o tribunal constitucional, o Supremo Tribunal Federal, pode declarar a invalidade e paralisar a eficácia de atos normativos que atentem contra a Constituição. Sua missão é a de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais. No entanto, em nome da legitimidade democrática, tal atuação não pode desbordar para o exercício de preferências políticas, devendo conter-se nos limites da realização dos princípios constitucionais”. (Ibidem, p. 261)

<sup>209</sup> BINEMBOJM, Gustavo. Op. Cit, p. 155.

Um caso recente julgado pela Corte ressalta esta postura: o julgamento da ADI 3.510-0/DF proposta pelo então Procurador-Geral da República, Drº Cláudio Lemos Fonteles, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei Federal nº 11.105/2005 – Lei da Biossegurança, que trata da possibilidade de pesquisa com células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados quando estes já estão inviáveis – sob o argumento de que os dispositivos impugnados contrariavam a inviolabilidade do direito à vida e a dignidade da pessoa humana, fundamento maior do Estado democrático de direito. A posição do autor da ação direta era a que a vida tinha início na fecundação. A posição, contudo, defendida pelo Presidente da República e Congresso Nacional era pela constitucionalidade do texto impugnado, no sentido de que, com fulcro no direito à saúde e no direito de livre expressão da atividade científica, era permitida a utilização de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia, o que também se consubstanciaria em valores amparados constitucionalmente.

Neste julgamento paradigmático, o Relator teve que lidar com as diversas concepções de início da vida e com as diversas ideologias de uma sociedade plural como a brasileira para chegar a uma conclusão compatível com o que determina o sistema de princípios constitucionais. Foram admitidas na posição de “amigos da Corte” várias entidades da sociedade civil brasileira, em razão de sua saliente representatividade social (CONNECTAS DIREITOS HUMANOS; CENTRO DE DIREITO HUMANOS – CDH; MOVIMENTO EM PROL DA VIDA – MOVITAE; INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO – ANIS, além da CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL – CNBB), assim como foi realizada audiência pública, tudo com vistas a uma decisão legítima. As opiniões científicas, ideológicas, éticas – bioéticas – foram apreciadas na decisão do

Relator, bem como leis, princípios jurídicos e valores do ordenamento jurídico. Uma decisão tomada, assim, segundo o próprio Relator, “ao influxo desse olhar póspositivista sobre o Direito brasileiro, olhar conciliatório do nosso Ordenamento com os imperativos de ética humanista e justiça material” e levando em conta, também, os fundamentos constitucionais do direito à saúde e à livre expressão da atividade científica, a qual concluiu no sentido da improcedência do pedido.<sup>210</sup>

A postura do Supremo Tribunal Federal em decisões como esta, que exigem a construção da norma concreta pelo intérprete em observância aos valores constitucionais mas atento à realidade e os distintos interesses de uma sociedade plural, revela que o ativismo judicial é capaz de possibilitar a necessária proteção de questões relativas ao tratamento de dados biométricos, na medida em que como arquiteto da norma concreta assente sua edificação nos valores e princípios constitucionais.

---

<sup>210</sup> BRASIL.STF. ADI 3510. Informativos números 497 e 508. Julgamentos 28 e 29/05/2008.

## 5 CONCLUSÃO

Os limites éticos constituem os mais expressivos e difíceis desafios do homem contemporâneo tendo em vista que, apesar da sua incomensurável capacidade criadora, ele nem sempre consegue dimensionar as possibilidades deletérias das suas invenções ou as nefastas implicações que podem decorrer dos seus atos ou de suas omissões.

A vida, não obstante, há que ser preservada em sua integridade, seja em termos biológicos, seja em seus sentidos mais sutis e imateriais. E, nesta perspectiva, também o corpo físico do homem necessita ser preservado, e não apenas como o consagrado refúgio da sua existência, mas, sobretudo, como a preciosa morada da sua própria humanidade.

Verifica-se, contemporaneamente, a realidade incontestável de que o corpo humano torna-se a fonte primordial de informações, com o uso e o tratamento cada vez mais veloz e sofisticado e cada vez mais disseminado e banalizado de dados corporais, os quais, são transformados em elementos das tecnologias biométricas para os mais diversos fins.

Não se pode negar, sob o risco de se cometer reducionismos impertinentes, que a coleta e o processamento de dados pessoais, biométricos ou não, não significa, por si só, um mal, não se podendo excluir a contribuição relevante que a sua captura e tratamento pode propiciar, por exemplo, seja à evolução da pesquisa científica em benefício do próprio ser humano, seja, ainda, ao estabelecimento de políticas públicas benéficas para a população.

Por outro lado, a possibilidade já bastante real e próxima de perda do controle exclusivo sobre o próprio corpo e a questionável precisão desta “panacéia tecnológica”,<sup>211</sup> faz com que se torne imprescindível e urgente combater e coibir, de imediato, a banalização da captação de dados biométricos, até mesmo para impedir que em razão de um possível mitridatismo social, como alertado por Rodotà, a vida passe a estar irrefreadamente sujeita à condição de vida nua, de acordo com os contornos apontados por Agamben. Este refreamento, não obstante, deve se dar em diversas instâncias, inclusive em face do poder público, pois quando se permite, para fins de segurança, por exemplo, coletas generalizadas de dados biométricos, os cidadãos se transformam em suspeitos em potencial, fazendo crescer a vulnerabilidade social e o risco de abusos por aqueles que tenham acesso a tais dados, os quais podem ser tomados por indivíduos ou grupos inescrupulosos, e mesmo de índole criminosa ou terrorista.<sup>212</sup>

A tessitura principiológica da Constituição brasileira, embasada no fundamento da dignidade da pessoa, permite, indubitavelmente, uma proteção integrada e mais eficiente deste tema que ultrapassa fronteiras e soberanias territoriais. Neste ponto o direito fundamental à privacidade ganha relevo, não podendo ser objeto, porém, de uma leitura com um matiz ideológico individualista, tal qual originalmente formulada, porque a própria mutação do seu sentido e as necessidades promovidas pela realidade tecnológica impõem que na sua tutela esteja abarcado o controle dos próprios dados, com ênfase para o controle dos dados biométricos, como defendido por Stefano Rodotà.

---

<sup>211</sup> RODOTÀ, *A vida...*, cit, p. 267.

<sup>212</sup> *Ibidem*, p. 267.

Seria auspicioso, certamente, esperar que a sociedade brasileira encare, em várias frentes, institucionais ou não, e amplo apoio da mídia, com brevidade, um produtivo debate sobre a questão da coleta e utilização dos dados biométricos, do qual derivem políticas públicas e medidas legislativas pertinentes, cabendo frisar, mais uma vez, que a proteção dos dados biométricos exige uma postura ativa do Estado brasileiro também no âmbito internacional, tendo em vista que não há fronteiras para a circulação dos dados.

Na medida, não obstante, em que esta esperada condição não se realiza, ou que, viabilizada em algum momento, não se aperfeiçoe, compatibilizando a tutela integral e unitária da pessoa humana com os valores da liberdade, democracia, dignidade e cuidado,<sup>213</sup> é possível defender que o Judiciário, além de coibir abusos perpetrados tanto pelo Poder Público como por pessoas privadas, imponha a adoção de políticas públicas específicas para o adequado tratamento de dados biométricos e a preservação da pessoa humana.

Conclui-se assim, com Rodotà, que a realidade tecnológica impõe a reconstrução das liberdades e dos direitos para se cumprir a “promessa da *Magna Charta* - “não te tocaremos” - do corpo físico ao corpo eletrônico.”<sup>214</sup>

---

<sup>213</sup> O cuidado é um importante valor jurídico que deve pautar questões que envolvam situações existenciais, em obediência à dignidade da pessoa humana. Neste sentido, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira afirma: “O cuidado como valor jurídico implícito do ordenamento jurídico brasileiro acentua e potencializa a dignidade da pessoa humana na dimensão da solidariedade, do compromisso e da responsabilidade de cada pessoa para com todas as outras”. (Op. Cit, p. 36).

<sup>214</sup> RODOTÀ, *A vida...*, cit, p. 272.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I* – Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 1ª reimpressão, 2004.
- \_\_\_\_\_. *La humanidad, clase peligrosa*. <<http://www.clarin.com/diario/2004/01/20/o-02701.htm>> Acesso em 07.10.2008
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. 2001.
- A MULHER QUE PERDEU SUAS DIGITAIS. *Época*, editora Globo, ciência e tecnologia anatomia, 29.09.2008
- ARÁN, Márcia; PEIXOTO JÚNIOR, Carlos Augusto. Vulnerabilidade e vida nua: bioética e biopolítica na atualidade. *Rev. Saúde Pública*, vol.41, nº5. São Paulo. 2007, p. 6-7. Disponível em [www.scielo.br](http://www.scielo.br). Acesso em 03.06.2008
- ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém – um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. De José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, livro II. Tradução, estudo bibliográfico e notas Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2002.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito civil e teoria geral, vol. III, relações e situações Jurídicas*. Coimbra Editora, 2002.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. SP: Malheiros, 2.ª ed, 2003.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito. In: BARBOZA, Heloisa et al (org.). *Novos Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- \_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: \_\_\_\_\_. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-49
- \_\_\_\_\_. Em Defesa da Vida Digna: Constitucionalidade e Legitimidade das Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias. In: SARMENTO, Daniel e PIOVESAN, Flávia (coord). *Nos limites da vida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BEAUCHAMP Tom L e CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Loyola, 2002

BECK, Ulrich. *World Risk Society*. New Hampshire: Odissey Press Inc., 2008

BINEMBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BIOMETRIA <<http://pt.wikipedia.org/wiki/biometria>>. Acesso em 03.06.2007.

BIOMETRIA<<http://tecnologia.uol.com.br/especiais/ultnot/2005/07/21/ult2888u71.jhtm>> Acesso em 13.08.2008.

*BIOMETRICS GLOSSARY*. <<http://www.biometrics.gov/Documents/Glossary.pdf>>. Acesso em 10.09.2007.

*BIOMETRIC PASSPORTS WIN EU APPROVAL*. Disponível em <http://news.zdnet.co.uk/business/legal/0,39020651,39171741,00.htm>. Acesso em 26 de agosto de 2007

*BIOMETRIC TECHNOLOGY TODAY*, Volume 16, Abril de 2008. Disponível em [www.periodicos.capes.gov.br](http://www.periodicos.capes.gov.br). Acesso em 08.06.2008

BITEPROJECTION <[http://www.biteproject.org/press\\_book/gesventure\\_noticias.pdf](http://www.biteproject.org/press_book/gesventure_noticias.pdf)> Acesso em 26 de agosto de 2007:

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo in* Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Ingo Wolfgang Sarlet Organizador. Porto Alegre. Renovar. 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BOFF, Leonardo. Justiça e Cuidado: Opostos ou Complementares? In: *O cuidado como valor jurídico*. Coord. PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de. Rio de Janeiro: Forense

*BRAIN FINGERPRINTING LABORATORIES*<<http://www.brainwavescience.com>> Acesso em 06.01.2010.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988) <<http://www.planalto.gov.br>>

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL <<http://www.stf.jus.br>>

\_\_\_\_\_. SENADO FEDERAL <[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)> Acesso em 07.08.2009

BRUNAZO FILHO, Amilcar Urna eletrônica com biometria  
<[http://brasilacimadetudo.lpchat.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=4086&Itemid=224](http://brasilacimadetudo.lpchat.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4086&Itemid=224)> Acesso em 27.10.2009

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998

CAPONI, Sandra. A biopolítica da população e a experimentação com seres humanos. *Ciência e saúde coletiva*, vol.9, nº.2. Rio de Janeiro, Apr./Jun 2004, p. 3. Disponível em [www.scielo.br](http://www.scielo.br). Acesso em 07.08.2009

CAVALCANTE, Adalberto Luiz Sobral, BACCI, Márcio Demétrio, HOKAMA, Marçal De Lima. *Assinatura de Documentos Digitais através da Biometria no Exército Brasileiro*. Disponível em [http://www.ensino.eb.br/artigos/artigo\\_biometria.pdf](http://www.ensino.eb.br/artigos/artigo_biometria.pdf). Acesso em 26.11.2008

*CES INDUSTRIES FLORISSANTES DE LA PEUR PERMANENTE* <<http://www.monde-diplomatique.fr/2005/08/DUCLOS/12433>> Acesso em 27.08.2007.

CHILE USARÁ BIOMETRIA EM AEROPORTOS E FRONTEIRAS  
<<http://info.abril.com.br/aberto/infonews/102003/03102003-10.shl>> Acesso em 30.08.07

CITADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 1999.

CODICE IN MATERIA DI PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI  
<<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/Testi/03196dl.htm>> Acesso em 30.08.2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS  
<[http://www.cnpd.pt/bin/actividade/gt\\_dados.htm](http://www.cnpd.pt/bin/actividade/gt_dados.htm)> Acesso em 02.08.2007

CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA <[http://www.parlamento.pt/const\\_leg/crp\\_port/](http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/)> Acesso 30.08.2007.

CURRÍCULO NA INTERNET AUMENTA RISCOS DE ROUBO DE IDENTIDADE.  
<<http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/>> Acesso em 17.11.2008.

*DATA MINING* – Conceitos, Técnicas, Ferramentas e Aplicações. <<http://www.cce.puc-rio.br/informatica/dataminingcentro.htm>>. Acesso em 30 de agosto de 2007.

DIRETRIZES E DECLARAÇÕES (CENTRO DE BIOÉTICA CREMESP)  
<<http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=DiretrizesDeclaracoesIntegra&id=2>> Acesso em 30.07.2009.

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

\_\_\_\_\_. A proteção de dados pessoais no direito brasileiro. In: *Blog del foro de Habeas Data* <[http://www.habeasdata.org/Doneda\\_Protecao\\_dados\\_pessoais\\_direito\\_brasileiro](http://www.habeasdata.org/Doneda_Protecao_dados_pessoais_direito_brasileiro)> Acesso em 07.05.2008

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002,

\_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EPCGlobal <[www.epcglobalinc.org](http://www.epcglobalinc.org)> Acesso em 29.08.2007.

EUROPEANCOMISSION <[http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2003/wp80\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2003/wp80_pt.pdf)>. Acesso em 30 de agosto de 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª. ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FHI <<http://www.fhi.org/sp/RH/Training/trainmat/ethicscurr/RETCPo/ss/Contents/Section2/s2sl13.htm>> Acesso em 30.07.2009

FIDIS <<http://www.fidis.net>> Acesso em 02.08.2007.

FUJITSU < <http://www.fujitsu.com/br/services/bio/>> Acesso em 26.11.2008.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A parentalidade responsável e o cuidado: novas perspectivas*. *Revista do Advogado*, v. 1, 2008, p. 29-36.

GUIMARÃES, Adriana Esteves. Bioética e Direitos Humanos. *Revista de Direito Privado* nº 23, RT, jul-set. 2005.

HABERMAS, Jürgen. Conciliação através do uso público da razão: observações sobre o liberalismo político de John Rawls. *Educação e Sociedade*, ano XVII, nº 57/especial, dez. 1996.

HESPANHA, António M. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*. Portugal. Publicações Europa-América. 1997.

HESSE, Konrad. *La interpretación constitucional*. In: *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

JUSTIÇA ELEITORAL DEFINE OS MUNICÍPIOS QUE TERÃO URNAS BIOMÉTRICAS EM 2010 <<http://www.fraudeurnaseletronicas.com.br/2009/05/justica-eleitoral-define-os-municipios.html>> Acesso em 26.10.2009.

Kant, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzida do alemão por Paulo Quintela. Coimbra. 1960.

KONDER, Carlos Néelson. O consentimento no biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, n. 15, p. 41-72, jul./set. 2003.

KOTOW, Miguel. Bioética de proteção: Considerações sobre o contexto latino-americano. In: SCHRAM, Fermin et al (Org.) *Bioética, riscos e proteção*. Rio de Janeiro: UFRJ/Fiocruz, 2005

LÉVY, Pierre. *O que é o virtual ?* Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Ed.34 – 2005.

MACHADO, Diego Carvalho. Autonomia privada, consentimento e corpo humano: para a construção da própria esfera privada na era tecnológica. *RTDC*, nº 37, p. 17-52, jan./mar. 2009.

MALIANDI, Ricardo. *Ética: conceptos y problemas*. 3ª ed. Buenos Aires: Biblos, 2004.

MAIA, Antonio Cavalcanti. O direito constitucional do limiar do século XXI: Princípios jurídicos e pós-positivismo – prefácio de MORAES, Guilherme Peña de. *Readequação constitucional do Estado moderno. Transformações do conceito de Estado no Direito Constitucional do limiar do século XXI* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

MARKS, Paul. Filtro contra o terror. *Época*. Editora Gobo. 15.10.2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MICROSOFT E I/O SOFTWARE ADOTAM BIOMETRIA.  
<[www.microsoft.com/brasil/pr/windows2000\\_biometria.htm](http://www.microsoft.com/brasil/pr/windows2000_biometria.htm)> Acesso em 26.08.20076.

MÖLLER, Kai. *Balancing and the structure of constitutional rights*. Research fellow, Fritz Thyssen Foundation, Institute for Public Law, University of Freiburg, and Linco In College, Oxford.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo . Rumos cruzados do direito civil pós 1988 e do constitucionalismo de hoje. In: Gustavo Tepedino. (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito*

*civi- constitucional da cidade do Rio de Janeiro*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 1, p. 262-281.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. A Interpretação Constitucional Contemporânea entre o Construtivismo e o Pragmatismo. In: MAIA, Antonio Cavalcanti et al. *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais In: BARROSO, Luís Roberto, *A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro/São Paulo, Renovar, 2003

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

NUNNER-WINKLER, Gertrud. Two moralities? A critical discussion of an ethic of care and responsibility versus an ethic of rights and justice. Gilligan's view. In: *Moral Development: Caring voices and women's moral frames*. Edited with introductions by Bill Puka New York/London: Garland publishing, 1994

O BOM PAGADOR MERECE CRÉDITO <<http://www.webrisco.com/2009/07/o-bom-pagador-merece-credito.html>>. Acesso em 14.07.2009

PC DISTRIBUTOR PUTS RFID TAGS IN GOODS. <[http://news.zdnet.com/2100-1035\\_22-5431013.htm](http://news.zdnet.com/2100-1035_22-5431013.htm)> Acesso em 29 de agosto de 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. O cuidado como valor jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A ética da convivência familiar*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 5 ed. Madri: Tecnos, 1995

\_\_\_\_\_. *Libertad informática y Derecho a la autodeterminación informativa* in Congreso Sobre Derecho Informático, Facultad de Zaragoza, 1989, p. 361.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil Constitucional*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 1.ª ed. Rio de Janeiro. Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*, São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

PIZZOLANTE, Francisco Eduardo Pires e Albuquerque. *Habeas Data e Bancos de Dados: Privacidade, Personalidade e Cidadania no Brasil Atual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Revisão Álvaro de Vite. São Paulo: Ática, 2ªed, 2000.

\_\_\_\_\_. *Justiça e Democracia*. Seleção, apresentação e glossário Catherine Audard ; tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

*Revista mais dura entra em vigor, mas aeroportos europeus não alteram rotina*. Jornal OGLOBO, 5.01.2010.

RODOTÀ, Stefano. Do original *Transformações do corpo*. Tradução de Maria Celina Bodin de Moraes. RTDC. Vol. 19. Rio de Janeiro. Renovar. 2004.

\_\_\_\_\_. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Organização, seleção e apresentação Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Globalização e Direito – Palestra Rodotà -[www.rio.rj.gov.br/pgm/](http://www.rio.rj.gov.br/pgm/). Acesso em 26 de agosto de 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 3.ª edição, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2003.

\_\_\_\_\_. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível* in: SARLET, Ingo Wolfgang. Org. Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel, *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: Fragmentos de uma teoria in* Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais, coord. José Adércio Leite Sampaio, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais e Relações privadas*. Rio de Janeiro. Lumen Júris editora, 2004.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 20ª edição, São Paulo. Malheiros Editores. 2002

SCHIER, Paulo Ricardo Schier. *Filtragem Constitucional Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1999

SCHRAMM, Fermin: 'Nilismo tecnocientífico, holismo moral e a bioética global de V. R. Potter'. *História, Ciências, Saúde*. Manguinhos: vol. IV(1):95-115 mar.-jun. 1997.

\_\_\_\_\_. *A moralidade da biotecnociência: A bioética da proteção pode dar conta do impacto real e potencial das biotecnologias sobre a vida e/ou qualidade de vida das pessoas humanas?* In: SCHRAMM, Fermin et al (Org.) *Bioética, riscos e proteção*. Rio de Janeiro: UFRJ/Fiocruz, 2005

SERPRO <[www.serpro.gov.br](http://www.serpro.gov.br)> Acesso em 29.08.2007.

SOLOVE, Daniel. *TESTIMONY OF DANIEL J.SOLOVE “RFID TAGS AND INFORMATION PRIVACY” - Before the Subcommittee on Privacy and Confidentiality of the*

*National Committee for Vital Health Statistics* - Jan. 11, 2005. Disponível em <http://www.ncvhs.hhs.gov/050111p4.pdf>. Acesso em 28.12.09

SOUKI, Nádia. *Hanna Arendt e a banalidade do mal*. Belo Horizonte. Ed. UFMG, 1998.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, BODIN DE MORAES, Maria Celina, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro* in *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. *O novo e o velho direito civil* in *Temas de Direito Civil/Gustavo Tepedino*. – Rio de Janeiro: Renovar, 1999

\_\_\_\_\_. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*, in *A Parte Geral do Novo Código Civil*, coord. Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro: Renovar.

TEIXEIRA, Daniele. *A tutela da privacidade e seus limites* – dissertação de conclusão do mestrado em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2008.

THE REALWORLD "MINORITY REPORT"

<[http://www.dailygalaxy.com/my\\_weblog/2008/02/the-realworld-m.html#more](http://www.dailygalaxy.com/my_weblog/2008/02/the-realworld-m.html#more)> Acesso em 06.01.2010.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VERICHIP <<http://www.verichipcorp.com/>> Acesso em 26.11.2008.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2001.

VIEIRA, José Ribas. A Constituição Federal de 1988 e um modelo de Direitos Fundamentais incompleto. In: Margarida Maria Lacombe Camargo (org). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: Uma leitura da jurisprudência do STF* – colaboração de Flávia Scabin. São Paulo: Malheiros, 2006

\_\_\_\_\_. *A constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo, Malheiros, 1999.

WORLD MEDICAL ASSOCIATION DECLARATION OF HELSINKI-Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects <<http://www.wma.net/e/policy/pdf/17c.pdf>> Acesso em 30.07.2009.