

A PROTEÇÃO DE DADOS E O DIREITO FUNDAMENTAL À GARANTIA DA CONFIDENCIALIDADE E DA INTEGRIDADE DOS SISTEMAS TÉCNICO-INFORMACIONAIS NO DIREITO ALEMÃO

Fabiano Menke*

Sumário: 1. Considerações iniciais: a proteção de dados na Alemanha; 2. O marco da proteção de dados no direito alemão – a *Volkszählungsurteil*; 3. A autodeterminação informativa como direito geral da personalidade; 4. A questão da “propriedade” sobre os dados; 5. O contexto do surgimento do direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais; 6. O novo direito fundamental, o preenchimento de lacunas do direito geral da personalidade, e a distinção do novo direito fundamental de outras proteções da Lei Fundamental; 7. Limitações e requisitos para a restrição ao novo direito fundamental; 8. Críticas ao novo direito fundamental; 9. Conclusão.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS: A PROTEÇÃO DE DADOS NA ALEMANHA



Alemanha pode ser considerada um dos países que apresenta o maior desenvolvimento doutrinário e valorização quanto à proteção de dados, sendo que o tema apresenta tamanha importância que pode até

* Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e do Programa de Pós Graduação da mesma Faculdade. Doutor em Direito pela Universidade de Kassel, Alemanha. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

mesmo ser classificado como um instituto autônomo (*Datenschutz*) no universo jurídico daquele país. A primeira lei no mundo sobre o assunto foi editada em 1970 pelo estado alemão de Hessen. No ano de 1977, o Parlamento alemão aprovou lei federal de proteção de dados (*Bundesdatenschutzgesetz*). Todavia, o ápice do reconhecimento da proteção de dados ocorreu com a decisão do Tribunal Constitucional Federal sobre a questão do censo demográfico que se realizava na Alemanha no ano de 1983 (*Volkszählungsurteil*). Esta decisão estabeleceu o direito fundamental à autodeterminação informativa (*Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung*).

Há mais de dez anos, em julgado do Tribunal Constitucional Federal proferido em 27.2.2008, foi reconhecido um novo direito fundamental¹, em certa medida um desdobramento da *informationelle Selbstbestimmung*: o denominado direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais (*Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*), proclamado no contexto de uma reclamação constitucional ajuizada contra dispositivos da lei do Estado de Nordrhein-Westfalen que regulamentavam e permitiam a denominada busca ou investigação remota de computadores de pessoas suspeitas de cometerem ilícitos criminais.

O presente artigo tem por objetivo apresentar os principais aspectos desta decisão. Antes disso, revisita o seu antecedente mais importante, o caso do censo demográfico de 1983 do Tribunal Constitucional Federal, e examina a sua maior contribuição para a disciplina da proteção de dados: o referido direito

¹ Com efeito, como se verá até mesmo no título de alguns dos ensaios citados no presente artigo, a decisão do Tribunal Constitucional foi amplamente reconhecida pela doutrina como tendo pronunciado um “novo direito fundamental” (*ein neues Grundrecht*). Em que pese a ampla utilização do termo “novo direito fundamental”, como também se verá adiante, diversas foram as críticas na doutrina alemã acerca do reconhecimento deste novo direito, destacado da autodeterminação informativa. Neste trabalho a referência a “novo” direito fundamental tem em mira a relação com o mais antigo, a referida autodeterminação informacional, reconhecida em 1983.

à autodeterminação informativa. Ainda antes de se debruçar sobre a decisão que pronunciou o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais, o trabalho aborda a questão da inadequação de se acomodar a noção de dados pessoais no instituto do direito de propriedade.

2. O MARCO DA PROTEÇÃO DE DADOS NO DIREITO ALEMÃO – A *VOLKSZÄHLUNGSURTEIL*

A decisão mais importante da jurisprudência alemã relacionada à proteção de dados é a denominada *Volkszählungsurteil*, ou caso do censo demográfico, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal em 15.12.1983. O caso versou sobre diversas reclamações constitucionais ajuizadas por grupos de cidadãos que impugnavam a lei federal de recenseamento alemã, editada em 1982, que havia sido aprovada por unanimidade tanto pelo Parlamento quanto pelo Conselho Federal.

O texto legal previa que no ano de 1983 seria realizado um censo por parte de funcionários públicos e demais agentes encarregados, que não se limitaria apenas a fazer o levantamento do número de habitantes do país, mas também de coletar uma série de outros dados pessoais dos cidadãos.² Em sede de liminar, o Tribunal Constitucional Federal suspendeu os efeitos da lei de recenseamento e acabou por julgar parcialmente procedentes as reclamações constitucionais. Em sua base, a realização do censo foi mantida, mas foi consideravelmente modificada, conforme as ordens do Tribunal, para que fosse procedida por meios

² Entre outros, seriam coletados os seguintes dados: nome completo, endereço, número do telefone, idade, sexo, data de nascimento, estado civil, nacionalidade, religião, informação sobre se utiliza a moradia como domicílio ou residência, fonte principal de sustento, ocupação profissional, formação profissional e duração da mesma, formação escolar, eventual formação técnico-profissionalizante, endereço profissional ou do local de estudos, informações sobre os ramos de atuação de seu empregador, função desempenhada no emprego, meio de locomoção utilizado para o trabalho ou para o local de estudo.

que resguardassem a segurança dos dados dos cidadãos a serem entrevistados, como por exemplo, pela proibição de que alguns dados obtidos, como nome e endereço, fossem transferidos a outros órgãos de governo.³

É preciso contextualizar o ambiente histórico em que foi julgado o caso. Segundo Hoffmann-Riem⁴, entre outros fatores, pode ter influenciado na acentuada onda de protestos contra o censo os temores dos cidadãos alemães com relação às previsões do livro *1984*, de George Orwell, que chamava a atenção para os perigos do Estado espião. Havia, portanto, uma proximidade temporal entre o ano da realização do censo (1983) e o ano 1984, do título do livro de Orwell. Além disso, o desenvolvimento computacional da época se situava em estágio inicial, no qual o armazenamento e o tratamento de dados se davam a partir de grandes computadores centralizados, pesados e volumosos, não havendo a disseminação e a descentralização da informação hoje presente com a Internet e com a acessibilidade a computadores pessoais, onde a grande maioria das pessoas é, além de usuário da informação, produtor da informação⁵. Na época, as discussões da opinião pública concentravam-se nos temores e riscos da informação centralizada na figura do Estado.⁶ Também era o

³ Quanto a este ponto, ver página 74 da *Volkszählungsurteil*, cujo texto integral, em alemão, está disponível em: http://zensus2011.de/fileadmin/material/pdf/gesetze/volkszaehlungsurteil_1983.pdf

⁴ Hoffmann-Riem, *Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzer informationstechnischer Systeme*, Juristen Zeitung, vol. 21, 2009, 1009.

⁵ Podendo-se empregar aqui a figura do *prosumer*, já presente nos trabalhos de Alvin Toffler, *The Third Wave* (1980) e mais recentemente em *Revolutionary Shock* (2006). O *prosumer* seria o consumidor que, além de usuário, tem papel ativo na divulgação/criação da informação, do produto ou do serviço, ou seja, é ao mesmo tempo, produtor e consumidor. É a característica da denominada Web 2.0, em que o usuário da Internet passa a ter um papel muito mais ativo, saindo de sua condição de mero "visitante" de sítios de notícias, por exemplo, para a de protagonista da criação do conteúdo, com a colaboração em massa (wikipedia), disseminação da informação/imagens (fóruns de discussão e redes sociais, Twitter, Instagram, Facebook e outros aplicativos).

⁶ Hoffmann-Riem, *Der grundrechtliche Schutz...*, p. 1009.

Estado que espionava o indivíduo na antiga Alemanha Oriental.⁷ E, de fato, a *Volkszählungsurteil* é prolatada com foco na proteção da esfera privada do indivíduo perante o Estado.⁸

Esta decisão foi tão impactante e consistiu num verdadeiro marco da proteção de dados⁹, por ter fixado várias diretrizes desta disciplina que influenciaram legislações, doutrina¹⁰ e jurisprudência de diversos países.¹¹ O teor da decisão foi muito

⁷ Hoje, como se sabe, a espionagem do cidadão era a missão preponderante da *Stasi*, o Ministério da Alemanha Oriental para a Segurança do Estado. Para uma visão geral da estrutura estatal da época voltada para o cercamento das liberdades do cidadão, consultar Knabe, H., *Die Täter sind unter uns - Über das Schönreden der SED-Diktatur*. Berlim: Propyläen, 2007. No cinema, recomenda-se o filme *A vida dos outros*, do diretor Florian von Donnersmarck, que retrata muito bem a questão, fugindo da tendência do cinema alemão até então (como no exemplo de *Good Bye Lenin*, do diretor Wolfgang Becker), de tratar apenas dos aspectos nostálgicos (a denominada *Ostalgie*) da antiga Alemanha Oriental. *A vida dos outros* mostra a face totalitária da Alemanha Oriental.

⁸ Acentuando este aspecto, Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, *25 Jahre Volkszählungsurteil: Datenschutz – Durchstarten in die Zukunft*, 2009, 8.

⁹ Acerca do impacto da decisão na matéria da proteção de dados, ver, na doutrina brasileira, T. Limberger, *O direito à intimidade na era da informática*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; D. Doneda, *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁰ Sobre a *Volkszählungsurteil*, ver o artigo seminal de Spiro Simitis, *Die informationelle Selbstbestimmung – Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung*, Neue Juristische Wochenschrift, 1984, ps. 394-405. Sobre a autodeterminação informativa na doutrina brasileira, ver ainda, Ruaro, R.L.; Rodriguez, D.P., *O direito à proteção de dados pessoais na sociedade da informação*, Direito, Estado e Sociedade, n.36, p. 178-199, p. 190-192.

¹¹ Segundo Hornung e Schnabel, Hornung, G., Schnabel, C.; *Data protection in Germany I: The population census decision and the right to information self-determination*. Computer Law & Security Report, vol. 25, número 1, 2009, p. 84-88, p 85 partes importantes dos fundamentos da *Volkszählungsurteil* são baseadas na teoria dos sistemas sociológicos, especialmente na doutrina do sociólogo alemão Niklas Luhmann e no seu trabalho sobre direitos fundamentais de 1965, denominado *Grundrechte als Institution*. Para um posicionamento crítico quanto ao aspecto da teoria de Luhmann exposta na referida obra, no ponto em que defende que a pessoa conquista sua dignidade a partir de uma conduta autodeterminada e da construção exitosa de sua própria identidade, ver I. W. Sarlet em *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*, in: Sarlet, I.W. (Org.), *Dimensões da Dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.29-30. Neste texto, Ingo

além do problema concreto posto, fixando afirmações programáticas da disciplina.¹² É nesta decisão que se chama a atenção e se consagra definitivamente a denominada autodeterminação informativa (*informationelle Selbstbestimmung*).¹³

3. A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA COMO DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE

Nas palavras de *Hornung* e *Schnabel*, o direito à autodeterminação informativa (*informationelle Selbstbestimmung*), como âncora constitucional da proteção de dados, integra o denominado direito geral da personalidade.¹⁴ O direito geral da personalidade vem sendo desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Federal desde os anos 1950 e é derivado da combinação do Art. 1º, §1º (dignidade da pessoa) e Art. 2º, § 1º (liberdade) da Lei Fundamental¹⁵, ou seja, a sua atuação em conjunto garante a cada indivíduo a possibilidade de desenvolver a sua própria personalidade.¹⁶

Sarlet conclui que mesmo aquele “que nada ‘presta’ para si próprio ou para os outros (tal como ocorre com o nascituro, o absolutamente incapaz, etc.) evidentemente não deixa de ter dignidade e, além disso, não deixa de ter o direito de vê-la respeitada e protegida. Na referida obra organizada por Sarlet, I. W. Häberle, P., também critica a concepção de dignidade da pessoa humana de Luhmann, entre outros motivos, por colocar a descoberto e fragilizar a dignidade como “prestação”, em *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*, in: *Dimensões da Dignidade...*, p. 75.

¹² Roßnagel, A. Einleitung. In: Roßnagel, A. (Org.). *Handbuch Datenschutzrecht: Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung*, Munique, Beck Verlag, 2003, p. 8.

¹³ Segundo Simitis, a autodeterminação informativa já era tema de debates quando das discussões que levaram à aprovação da já referida lei federal alemã de proteção de dados, a *Bundesdatenschutzgesetz*, de 1977. S. Simitis, *Die informationelle Selbstbestimmung*, p. 399.

¹⁴ Hornung, G., Schnabel, C.; *Data protection in Germany I: The population census decision and the right to information self-determination*. Computer Law & Security Report, vol. 25, número 1, 2009, p. 84.

¹⁵ Art. 1º, § 1º: A dignidade da pessoa é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder público. Art. 2º, § 1º Toda pessoa tem o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que os direitos dos outros não sejam violados e desde que não atente contra a ordem constitucional ou contra a lei moral.

¹⁶ Pieroth, B.; Schlink, B., *Grundrechte Staatsrecht II*, 27ª ed., Heidelberg:

O direito geral da personalidade protege elementos da personalidade que não estejam cobertos pelas garantias especiais de liberdade da Lei Fundamental.¹⁷ Na dogmática do direito geral da personalidade, é possível distinguir três categorias ou implementações, conforme o desenvolvimento do Tribunal Constitucional Federal: o direito à autodeterminação (*Recht der Selbstbestimmung*), o direito à autopreservação (*Recht der Selbstbewahrung*) e direito à auto-apresentação (*Recht der Selbstdarstellung*)¹⁸.

O direito à autodeterminação, nesta categoria, é tratado numa acepção mais estrita da autodeterminação, relacionada ao direito do próprio indivíduo de determinar/definir a sua identidade, abrangendo direitos como o do conhecimento da origem biológica, o de ter um nome e uma orientação sexual e o de determinar o seu planeamento familiar (descendentes), além disso, também inclui o direito do preso de respeito à sua identidade por meio da ressocialização.

O direito à autopreservação garante ao indivíduo o direito de recolher-se para si e ficar só, sem a intromissão indevida de outros, tanto no aspecto social mais amplo quanto espacial. Exemplos de manifestação deste direito são os direitos ao sigilo dos diários pessoais, dos documentos médicos e dos materiais biológicos.

Por último, o direito à auto-apresentação possibilita que o indivíduo se insurja contra as falsas, não autorizadas, degradantes ou deturpadas representações de sua pessoa, bem como o protege das observações secretas e indesejadas de sua personalidade. É nesta última categoria que se enquadra a autodeterminação informativa, ao lado de, entre outros, os direitos à imagem, à palavra escrita e falada, à proteção contra a escuta

C.F.Müller, p. 91.

¹⁷ Roßnagel, A.; Schnabel, C., *Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme und sein Einfluss auf das Privatrecht*. Neue Juristische Wochenschrift, 2008, 3534.

¹⁸ Pjeroth, B.; Schlink, B., *Grundrechte...*, p. 91.

clandestina e contra o monitoramento por vídeo em locais públicos.¹⁹

A autodeterminação informativa dá ao indivíduo o poder, de ele próprio decidir acerca da divulgação e utilização de seus dados pessoais.²⁰ Em passagem clássica da *Volkszählungsurteil* assentou-se que *“aquele que, com segurança suficiente, não pode vislumbrar quais informações pessoais a si relacionadas existem em áreas determinadas de seu meio social, e aquele que não pode estimar em certa medida qual o conhecimento que um possível interlocutor tenha da sua pessoa, pode ter sua liberdade consideravelmente tolhida”*.²¹

A restrição do direito de liberdade do indivíduo pode acarretar a limitação do exercício de outros direitos fundamentais, conforme assenta a decisão do Tribunal Constitucional Federal: *“Aquele que tem insegurança acerca de se o seu modo comportamental desviante seja, a todo momento registrado, e como informação, ao longo do tempo armazenado, utilizado ou disponibilizado a terceiros, tentará não incidir em tal modo comportamental. Aquele que parte do pressuposto de que, por exemplo, a participação em uma reunião ou em uma iniciativa do exercício de cidadania seja registrado por um órgão público, e que a partir dessas atividades possam lhe advir riscos, provavelmente abdicará do exercício dos direitos fundamentais relativos a essas atividades”*.²²

Uma das preocupações fundamentais do instituto da proteção de dados é a de que o indivíduo não seja manipulado por informações que os seus interlocutores (sejam eles entes estatais ou privados) tenham sobre a sua pessoa, sem que ele saiba disso. Nestes casos de conhecimento prévio das informações sobre a

¹⁹ Idem, p. 92.

²⁰ Sobre este ponto ver Roßnagel, A. *20 Jahre Volkszählungsurteil*. Multimedia und Recht, vol. 11, 2003, ps. 693-694.

²¹ Tradução livre do autor. Para a íntegra da decisão, acessar: http://zensus2011.de/fileadmin/material/pdf/gesetze/volkszaehlungsurteil_1983.pdf

²² Tradução livre do autor, de trecho da decisão.

outra parte, o detentor da informação invariavelmente se coloca numa posição privilegiada. Ele atalha os caminhos. Tem poder de manipulação e de direcionamento. Pode fazer colocações e perguntas dirigidas, pois todo um caminho que teria de ser traçado para que chegasse a uma informação não precisa ser percorrido. Em suma, a relação não se desenvolve como no caso de um encontro que inicia “do zero”: perde sua espontaneidade e o seu natural desenvolvimento.²³ É por isso que na dogmática da área a expressão "*freie Entfaltung der Persönlichkeit*" ganha realce, significando que o indivíduo deve ter a liberdade de "desdobrar" a sua personalidade, no sentido de ele próprio se desenvolver.

Outro aspecto da *Volkszählungsurteil*, acerca do qual Alexander Roßnagel chama a atenção, é o de que a proteção de dados e conseqüentemente a autodeterminação informacional consistem em elementos estruturais da comunicação realizada no âmbito da sociedade.²⁴ Inspirado por passagem da decisão do Tribunal Constitucional Federal, Roßnagel afirma que a proteção de dados é o pré-requisito de um engajamento do indivíduo em questões públicas e, portanto, pressuposto funcional da comunicação democrática (*Funktionsbedingung demokratischer Kommunikation*).²⁵ Segundo o Professor da Universidade de Kassel, ao criar regras de proteção de dados, o Estado democrático cria as condições indispensáveis para a sua continuidade.²⁶

Mas a importância da proteção de dados não se esgota na

²³ Este raciocínio serve tanto para uma relação entre duas empresas que estão negociando, em que uma delas domine segredos corporativos da outra sem que esta saiba, quanto para uma relação entre um *spammer* que, por exemplo, obtém indevidamente dados sensíveis de um consumidor e lhe envia propaganda direcionada, relacionada a determinada doença que lhe acomete. Se numa entrevista de emprego o empregador conhece informações sobre o candidato, sem que este saiba, a entrevista também poderá perder a sua espontaneidade. Daí a importância de as pessoas serem alertadas sobre os riscos de exporem os seus dados sem nenhum controle em redes sociais e demais aplicativos disponibilizados na Internet.

²⁴ Roßnagel, A. *Einleitung...*, p. 5.

²⁵ Idem, *ibidem*.

²⁶ Idem, *ibidem*.

sua faceta de pressuposto funcional da comunicação democrática. Ao mesmo tempo é pressuposto de uma “autodeterminada decisão contratual” (*selbstbestimmte Vertragsentscheidung*) e, por conseguinte, pressuposto funcional da economia de mercado (*Funktionsbedingung einer freien Marktwirtschaft*), no sentido de que uma decisão livre dos contratantes de um modo geral, e dos consumidores em particular, uma decisão ausente de manipulações, só é possível quando o fornecedor em potencial só tenha conhecimento dos dados fornecidos pelo próprio consumidor, ou que, no mínimo, este conheça as informações relativas a sua pessoa que o fornecedor disponha.²⁷ Todavia, como se verá a seguir, não se estabelece uma relação absoluta entre o indivíduo e os dados a ele relativos.

4. A QUESTÃO DA “PROPRIEDADE” SOBRE OS DADOS

No contexto da proteção de dados é importante referir a lição da *Volkszählungsurteil* de que não é adequado falar em propriedade por parte do indivíduo dos dados relativos a sua pessoa.²⁸ Ainda segundo Roßnagel, a concepção do ordenamento jurídico relativo à proteção de dados não se coaduna com a ideia de propriedade sobre os dados pessoais²⁹. O mais adequado é que se considere os dados relacionados a uma pessoa³⁰ como resultado de uma observação social ou de um processo de

²⁷ Idem, p. 4.

²⁸ Idem, ibidem.

²⁹ No Brasil, ver a bela obra de Marcel Leonardi, *Tutela e Privacidade na Internet*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77, que também rejeita a ideia de propriedade sobre os dados.

³⁰ Muito embora o presente texto trate das bases da disciplina, é importante referir que tanto o Regulamento Europeu 2016/679, quanto a Lei Brasileira de Proteção de Dados (Lei nº 13.709, de 12.8.2018), contemplam a ideia de que dado pessoal é informação relacionada à pessoa natural. Na lei brasileira, ver o conceito: Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; (...). No mesmo sentido, a definição de dados pessoais do art. 4º Regulamento 2016/679: “Dados pessoais: informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»)(...).

comunicação social multirrelacional.³¹ Como modelos da realidade, teriam os dados pessoais sempre um autor e um objeto. Os dados têm relação com um objeto, mas também com o autor. Não podem ser associados exclusivamente ao objeto.

Assim, o direito da proteção de dados não regula a propriedade, mas sim consiste num ordenamento sobre a informação e a comunicação a eles relacionada, determinando quem, em qual relação, e em que situação, está autorizado a lidar com os modelos de uma determinada pessoa de uma determinada maneira. O autor chama a atenção para o fato de que a autodeterminação informativa não pode ser compreendida como garantidora de um domínio absoluto da pessoa sobre os dados a ela relacionados, como se fossem “seus” dados numa relação de exclusão de todos os demais membros da sociedade.³² Roßnagel arremata dizendo que o direito da proteção de dados resguarda a pessoa não como proprietário de seus dados, mas a auxilia como titular de interesses e tomador de decisões no contexto do ordenamento comunicacional e informacional.³³ Veja-se o foco da proteção: a tomada de decisões pelo próprio indivíduo.³⁴

³¹ Roßnagel, A. *Einleitung...*, p. 5.

³² *Idem*, p.4. Em trecho específico de seu escrito, Roßnagel cita trecho emblemático da *Volkszählungsurteil*, a seguir traduzido livremente: “O indivíduo não tem um direito no sentido de um domínio absoluto, e irrestrito sobre os “seus” dados; antes pelo contrário, ele consiste em personalidade que se desenvolve no âmbito de uma comunidade social e que não prescinde da comunicação. A informação, até mesmo enquanto associada a uma pessoa, representa um retrato da realidade social, que não pode ser exclusivamente reservada ao usuário.”

³³ *Idem*, *ibidem*.

³⁴ Na origem dogmática desta autodeterminação da pessoa, que está na base da autodeterminação informativa está, como referido, a dignidade da pessoa humana, sendo que a base filosófica da autodeterminação está localizada na filosofia de Kant. Quanto a isso, ver Sarlet, I. W., *As dimensões da dignidade...*, p. 22, com especial destaque para a nota de rodapé 27, que faz menção à literatura alemã acerca do assunto. Sarlet aborda com precisão o denominado elemento nuclear da dignidade na “fórmula desenvolvida por Günter Dürig, na Alemanha, para quem (na esteira da concepção kantiana) a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos”, *idem*, p. 34. Atente-se ainda ao exposto

Esta observação de Roßnagel é bastante esclarecedora. Ainda que relacionada ao direito de proteção de dados alemão, ela pode ser útil para explicar, por exemplo, a natureza jurídica do prontuário médico no âmbito do direito brasileiro, ou para pelo menos afastar a sua vinculação ao direito de propriedade.³⁵

Com efeito, no que diz respeito ao prontuário médico vê-se a imprecisão de se falar em propriedade dos dados nele contidos ou do próprio prontuário médico, uma vez que o direito de propriedade confere ao proprietário, de acordo com o disposto no art. 1.228 do Código Civil, “a *faculdade de usar, gozar, e dispor da coisa e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha*”. O conteúdo do direito de propriedade e os remédios relacionados à sua proteção não explicam e se enquadram aos dados contidos no prontuário médico, nem aos dados de uma maneira geral. O prontuário médico constitui conjunto de dados melhor explicado pelo conceito de modelo da realidade multirrelacional, onde o que interessa é perquirir, na fórmula da *Volkszählungsurteil*, quem, em qual situação, e em qual medida, estará autorizado a lidar com os dados relativos ao paciente. Assim, o hospital ou o médico, o próprio paciente, bem como a empresa do seguro saúde podem

por Judith Martins-Costa em sua tese de livre-docência apresentada na USP, onde aborda a problemática referindo as contribuições de Max Scheler para o movimento personalista contemporâneo e a afirmação deste autor que a pessoa não se situa na ordem da substância ou do objeto e é, pois, essencialmente inobjetivo, sendo a unidade ontológica concreta dos atos. Martins-Costa, J., *Pessoa, Personalidade, Dignidade (ensaio de uma qualificação)*, Tese de Livre Docência, USP, 2003, p. 176-178.

³⁵ Veja-se, exemplificativamente, o contido em dois Considerandos da Resolução nº 1.821, de 11 de julho de 2007, do Conselho Federal de Medicina: “CONSIDERANDO que o prontuário do paciente, em qualquer meio de armazenamento, é propriedade física da instituição onde o mesmo é assistido – independente de ser unidade de saúde ou consultório -, a quem cabe o dever de guarda do documento; CONSIDERANDO que os dados ali contidos pertencem ao paciente e só podem ser divulgados com sua autorização ou a de seu responsável, ou por dever legal ou justa causa; CONSIDERANDO que o prontuário e seus respectivos dados pertencem ao paciente e devem estar permanentemente disponíveis, de modo que quando solicitado por ele ou seu representante legal permita o fornecimento de cópias autênticas das informações pertinentes;”.

necessitar de ter acesso ao prontuário ou a parte de seus dados para realizar alguma atividade que esteja no âmbito de suas atribuições contratuais ou legais, não podendo, todavia, deles se valer sem o respeito ao princípio da necessidade.³⁶

Assentadas as premissas dos tópicos anteriores, serão abordados, a partir do item seguinte, alguns aspectos de relevo da decisão do Tribunal Constitucional Federal que proclamou um novo direito fundamental relativo à proteção da personalidade, iniciando-se pelo contexto em que foi proferida.

5. O CONTEXTO DO SURGIMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À GARANTIA DA CONFIDENCIALIDADE E DA INTEGRIDADE DOS SISTEMAS TÉCNICO-INFORMACIONAIS

Em 27.2.2008, o Tribunal Constitucional Federal escreveu mais um importante capítulo da história da proteção de dados na Alemanha, com a construção do conceito do denominado direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais (*Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*).³⁷ O novo direito fundamental foi reconhecido no âmbito de reclamação constitucional aviada contra dispositivos da lei de proteção da Constituição do Estado de

³⁶ O princípio da necessidade enuncia, conforme a previsão do anteprojeto de lei de proteção de dados elaborado por especialistas brasileiros, determina: "a limitação da utilização de dados pessoais ao mínimo necessário, de forma a excluir o seu tratamento sempre que a finalidade que se procura atingir possa ser igualmente realizada com a utilização de dados anônimos ou com o recurso a meios que permitam a identificação do interessado somente em caso de necessidade;" Para inteiro teor, acessar: <http://culturadigital.br/dadospessoais/>

³⁷ Segundo E. Rainer, em *Bundesverfassungsgericht versus Politik, Kritische Justiz* 2008, p. 118-133, p. 123, o novo direito fundamental teria recebido a alcunha de direito fundamental do computador (*Computer-Grundrecht*), a partir de artigo publicado de Heribert Prantl na versão eletrônica do jornal *Süddeutsche Zeitung* de 27.2.2008.

Nordrhein-Westfalen (NRW-VSG).³⁸ Esta lei permitia que a polícia daquela unidade da federação realizasse busca ou investigação secreta e remota de computadores de pessoas suspeitas de cometerem ilícitos criminais³⁹, autorizando ainda o monitoramento de todas as atividades do suspeito na internet.⁴⁰

Apesar de a mencionada lei não ter chamado muito a atenção logo após ser editada, passou a ser foco de intensa discussão a partir do momento em que o ministro de Estado Wolfgang Schäuble⁴¹ resolveu propor, em nível federal, a adoção dos mesmos dispositivos que autorizavam o monitoramento remoto de computadores de suspeitos da lei de Nordrhein-Westfalen.⁴²

O contexto desta decisão, todavia, é um pouco diverso

³⁸ Para acesso à íntegra da decisão do Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE), acessar o seguinte endereço: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20080227_1bvr037007.html. O presente texto fará referência à decisão, localizando os seus respectivos trechos a partir do número da margem direita, aposto na versão eletrônica oficial. As referências serão feitas da seguinte forma: Decisão do BVerfGE de 27.02.2008, número da margem.

³⁹ A decisão do Tribunal Constitucional Federal e a doutrina empregaram o termo em alemão “Online-Durchsuchung”, ou seja, “busca on-line”, a palavra “busca” aqui entendida no sentido da investigação criminal e não no sentido das denominadas ferramentas de busca ou de pesquisa.

⁴⁰ Ver, quanto ao assunto, E. Rainer, *Bundesverfassungsgericht versus Politik...*, p. 121.

⁴¹ Sobre este desdobramento, ver Hornung, G., Schnabel, C.; *Data protection in Germany II: Recent decisions on online-searching of computers, automatic number plate recognition and data retention*, Computer Law & Security Report, vol. 25, número 2, 2009, p. 115-122, p. 117, e E. Rainer, *Bundesverfassungsgericht versus Politik...*, p. 121. Segundo este último autor, a decisão do Tribunal Constitucional Federal também mirou o projeto do governo federal de monitoramento de computadores suspeitos, *Bundesverfassungsgericht versus Politik...*, p. 123.

⁴² Hirsch registra que em nível federal tanto o Bundesamt für Verfassungsschutz (Serviço Federal para a proteção constitucional) quanto o Bundesnachrichtendienst (Serviço Federal de Informações – relativas e sobre o exterior) já teriam utilizado o denominado “Trojaner”, que em diversas ocasiões teria realizado buscas virtuais secretas a partir da instalação (física ou remota) de programa no computador investigado que, sempre que estiver conectado à Internet remete dados sigilosamente ao computador espião. Ver acerca do ponto, Hirsch, B., *Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Zugleich Anmerkung zu BVerfG, NJW 2008, NJW Jahr 2008, Seite 822*, Neue Juristische Online Zeitschrift, p. 1907-1915, p. 1908.

do da *Volkszählungsurteil*. Enquanto que esta última foi prolatada num cenário de temores do controle do Estado sobre o indivíduo, a decisão mais recente se insere numa realidade onde não apenas o Estado é o foco de preocupação, mas também a iniciativa privada. Isso porque, como se sabe, na moderna sociedade da informação, os indivíduos estão cada vez mais expostos a modelos de negócios, equipamentos e a programas de computador que, a todo o momento, coletam dados e informações relativas à sua personalidade.

Por outro lado, conforme afirma Rainer Erd⁴³, o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais atualiza a proteção da personalidade à realidade tecnológica do século XXI. A decisão do Tribunal Constitucional Federal chama a atenção para a importância que a utilização dos sistemas informáticos adquiriu para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo nas últimas décadas, algo que antes não era previsível. À medida que parcela considerável da população passa a ter acesso a computadores e estes começam a desempenhar papel de destaque no dia-a-dia de sua vida, tem-se a abertura de novas possibilidades, mas ao mesmo tempo concorrem com essas possibilidades novos riscos para a sua personalidade.⁴⁴

Além desses aspectos, há que se relacionar a edição das leis impugnadas perante o Tribunal Constitucional Federal que ensejaram a proclamação desse novo direito fundamental, ao contexto de reação ao terrorismo⁴⁵. É conhecida a realidade de

⁴³E. Rainer, *Bundesverfassungsgericht versus Politik...*, p. 120.

⁴⁴ A decisão do Tribunal Constitucional Federal lança mão de estatísticas oficiais do Serviço Federal de Estatísticas alemão (Statistisches Bundesamt), segundo as quais, no ano de 2007, a grande maioria das residências alemãs possuía um computador; Decisão do BVerfGE de 27.02.2008, 170. Consultando-se as estatísticas do Serviço Federal de Estatísticas do ano de 2011, relativas ao ano de 2010, verifica-se que 80% das residências alemãs dispunham de computador pessoal e 77% das residências tinham acesso à internet. Os dados estatísticos podem ser consultados na página do Serviço Federal de Estatísticas alemão no endereço www.destatis.de.

⁴⁵ Acerca da relação entre o combate ao terrorismo internacional e a edição de leis

que muitos dos terroristas do 11 de setembro de 2001 fundaram células em solo alemão, como na região do Vale do Ruhr, e a célula mais famosa de todas, a de Hamburgo, que funcionou ao longo de vários anos com integrantes que estudavam na Universidade Técnica de Hamburg-Harburg.⁴⁶

A decisão, portanto, é uma reação à reação. A primeira reação foi a do Estado, no plano legislativo, para tentar evitar que o terrorismo continuasse a se proliferar em solo alemão.

A segunda reação foi do Tribunal Constitucional Federal, reafirmando o direito de proteção da personalidade do cidadão ao realizar o controle dos excessos das leis que haviam tentado conter as ameaças do terrorismo.

A partir do próximo item serão examinados aspectos relacionados ao âmbito de aplicação do novo direito fundamental, expondo-se também as distinções necessárias, iniciando-se pela distinção da autodeterminação informativa e a constatação do Tribunal Constitucional Federal da existência de uma lacuna de proteção do indivíduo que utiliza sistemas informáticos.

6. O NOVO DIREITO FUNDAMENTAL, O PREENCHIMENTO DE LACUNAS DO DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE, E A DISTINÇÃO DO NOVO DIREITO FUNDAMENTAL DE OUTRAS PROTEÇÕES DA LEI FUNDAMENTAL.

Um dos questionamentos sobre os quais a doutrina alemã se debruçou logo após ter sido prolatada a decisão que reconheceu o novo direito fundamental foi o de sua relação com a já consagrada autodeterminação informativa.

permitindo a investigação remota de computadores, ver E. Rainer, *Bundesverfassungsgericht versus Politik...*, p. 118-119.

⁴⁶ Sobre o tema, vale conferir a decisão do Superior Tribunal Federal alemão (*Bundesgerichtshof*), de 16.11.2006, que confirma a participação na organização dos atentados de 11 de setembro e a condenação a 15 anos de prisão do cidadão marroquino Mounir al-Motassadeq, decisão 139/06, 3. Strafsenat, Bundesgerichtshof.

A própria decisão aborda a problemática.⁴⁷ Segundo o Tribunal Constitucional Federal, a autodeterminação informativa vai além da proteção da privacidade. Ela confere ao indivíduo o poder de basicamente determinar por si próprio sobre a divulgação e a utilização de seus dados pessoais. A autodeterminação informativa complementa a proteção constitucional da liberdade comportamental e da privacidade. A esfera de proteção do direito à autodeterminação informativa não estaria limitada, segundo o Tribunal Constitucional Federal, às informações, que, consoante a sua natureza, são sensíveis, e, portanto, já estão constitucionalmente protegidas. Também o contato com os dados pessoais, conforme o objetivo perseguido pelo acesso e as possibilidades de tratamento e de associação, poderão ter influência sobre a privacidade e a liberdade comportamental do indivíduo.⁴⁸

O Tribunal Constitucional Federal considerou que há uma lacuna de proteção, uma vez que a autodeterminação informativa não consegue defender o indivíduo de todas as ameaças à personalidade, como as existentes nos casos em que o usuário de um sistema técnico-informático (por exemplo, um computador), confia em dados desse sistema ou os envia a outrem. Um terceiro que tenha acesso a esse sistema poderá ter conhecimento de um extenso conjunto de dados, sem que esteja submetido a regras acerca da coleta e do tratamento destes dados. Conforme a lição de Martin Kutscha, efetivamente, o disco rígido de diversos computadores hoje em dia permite uma reprodução fiel dos interesses, inclinações, situação econômica, e também da orientação existencial, física e psíquica de seu usuário. Aquele que tem acesso a esses dados pode obter um amplo perfil da personalidade da pessoa em questão.⁴⁹

⁴⁷Ver em especial o trecho 197-206 da decisão do BVerfGE de 27.02.2008,.

⁴⁸ Decisão do BVerfGE de 27.02.2008, 198.

⁴⁹ M. Kutscha, *Mehr Schutz durch ein neues Grundrecht?* Neue Juristische Wochenschrift 2008, 1043. A ideia pode ser tranquilamente aplicada não só aos dados armazenados no disco rígido mas também, independentemente do meio, em qualquer

Este amplo acesso, segundo entende o Tribunal Constitucional Federal, extrapola o “peso” para a personalidade do indivíduo das coletas individuais de dados, objeto da proteção da autodeterminação informativa. Aqui, portanto, uma diferença: a autodeterminação informativa protege o dado individualmente considerado, ou até mesmo um conjunto de dados, enquanto que o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais resguarda o próprio sistema e os dados vistos no seu sentido mais amplo.⁵⁰

No enquadramento dogmático do instituto, o Tribunal Constitucional Federal deixa claro que caso não exista proteção suficiente para os perigos aos quais a personalidade do indivíduo está exposta quando da utilização dos sistemas técnico-informacionais, o direito geral de personalidade deverá incidir para, na sua função supletiva, ou seja, de preenchimento de lacunas, além de atuar nos casos conhecidos, nos quais até então vinha se manifestando, também para garantir a privacidade e a integridade dos sistemas técnico-informacionais.⁵¹ Assim como a autodeterminação informativa, o novo direito fundamental estriba-se no art. 1º, §1º (dignidade da pessoa) e no art. 2º, § 1º (liberdade) da Lei Fundamental, integrando a categoria dos direitos à autoapresentação.⁵²

De outra banda, assentou o Tribunal Constitucional Federal que o dispositivo constante do art. 13, inciso I⁵³, da Lei Fundamental, que garante a inviolabilidade da casa do

outra mídia, como em servidores localizados na nuvem (o denominado *cloudcomputing*).

⁵⁰ Decisão do BVerfGE de 27.02.2008, 200.

⁵¹ Idem, 201.

⁵² Pieroth, B.; Schlink, B., *Grundrechte...*, p. 93. Sobre as categorias dogmáticas dos direitos da personalidade conforme o desenvolvimento do Tribunal Constitucional Federal, ver acima, item 3 deste artigo.

⁵³ Os incisos II a VII do art. 13 da Lei Fundamental dispõem sobre as exceções e as condicionantes, para que a inviolabilidade da casa do indivíduo poderá ser afastada. Com efeito, entre as exceções e condicionantes encontram-se a ordem judicial, e, no caso de perigo iminente, poderão outros órgãos contemplados em lei adentrar a casa do indivíduo e realizar as medidas necessárias conforme os parâmetros legais.

indivíduo, apresenta lacunas de proteção no que diz respeito aos sistemas técnico-informacionais.⁵⁴ A incidência deste dispositivo até pode ocorrer nos casos em que a autoridade adentra a casa do indivíduo para instalar programas espões em seus computadores. Mas a garantia de inviolabilidade da casa não será eficaz nos casos de invasões remotas dos sistemas técnicos-informacionais, pois se trata de uma norma com intuito protetivo de um espaço físico identificável e limitado, como são as residências. E eventuais violações da garantia podem ocorrer ainda que o sistema não esteja fixado no ambiente fixo da casa, como na hipótese dos aparelhos móveis, como computadores portáteis e telefones celulares. Em outras palavras, a proteção do art. 13, inciso I da Lei Fundamental não é adequada para garantir a integridade e a privacidade do indivíduo que utiliza equipamentos móveis, o que é inegavelmente muito usual nos dias atuais.

Da mesma forma, a garantia do sigilo das comunicações à distância e da correspondência, prevista no art. 10, inciso I, da Lei Fundamental, não serve para proteger suficientemente o usuário de sistemas técnico-informacionais.⁵⁵ E isso apesar de este preceito constitucional dar guarida ao livre desenvolvimento da personalidade, protegendo as comunicações do indivíduo independentemente do meio ou forma de expressão pelas quais se estabeleçam. É que de acordo com consolidada jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, a garantia do art. 10, inciso I da Lei Fundamental não se estende aos dados armazenados resultantes da comunicação encetada, ou seja, a proteção persiste apenas enquanto durar a transmissão e a troca de

⁵⁴ Especificamente sobre esse ponto, conferir na decisão do BVerfGE de 27.02.2008, 191-195.

⁵⁵ O dispositivo em questão garante a inviolabilidade da correspondência e das comunicações à distância, sendo toleradas restrições ao direito apenas por previsão legal. Se a restrição a este direito destinar-se à proteção da ordem fundamental livre e democrática, bem como à existência e à segurança da Federação ou de um Estado federado, a lei poderá determinar que a limitação não seja conhecida pelo indivíduo afetado, e que, ao invés de se buscar o Poder Judiciário, o controle desta medida seja efetuado por órgãos principais e auxiliares nomeados pelos representantes do povo.

mensagens entre os interlocutores.⁵⁶ Ela é direcionada para o ato dinâmico da conversa ou troca de mensagens.⁵⁷ Igualmente, o dispositivo constitucional não atua quando um órgão de Estado (ou privado) monitora remotamente a mera utilização do sistema do indivíduo, sem que este indivíduo necessariamente esteja se comunicando com outra pessoa.⁵⁸

Esclarecendo ainda mais quando atua o novo direito fundamental, o Tribunal Constitucional Federal determina que a sua proteção serve para os casos em que a intervenção compreenda sistemas informacionais que, considerados individualmente ou acerca de suas possibilidades de conexões técnicas, contenham dados pessoais do indivíduo numa extensão e numa variedade que o acesso a esse sistema possibilite vislumbrar as diversas facetas da condução de sua vida pessoal ou até mesmo uma “fotografia” de sua personalidade.

Essa possibilidade se abre a partir do acesso ao computador pessoal, independentemente de sua utilização como aparelho móvel ou fixo em determinado local, ou de seu uso como ferramenta para finalidades pessoais ou profissionais, uma vez que mesmo na utilização profissional, características e preferências pessoais são reveladas. Para que a proteção não seja reduzida conforme o aparelho utilizado, o Tribunal assentou que ela também se estende, por exemplo, a telefones móveis, ou quaisquer outros aparelhos eletrônicos como agendas pessoais que desempenhem uma extensa gama de funções e que processem e armazenem dados de diferentes categorias.⁵⁹

A seguir, analisam-se os limites para a restrição do

⁵⁶ Ver acerca deste ponto a pesquisa de Ulf Buermeyer, *Verfassungsrechtliche Grenzen der “Online-Durchsuchung”*, *Recht der Datenverarbeitung* 2008, p. 8-15, p. 8. No ensaio, o autor analisa a jurisprudência da Segunda Turma do Tribunal Constitucional Federal, que assentou o entendimento no sentido de que na interceptação de dados de aparelhos celulares a proteção do art. 10, inciso I da Lei Fundamental cessa no momento em que a mensagem ou o dado aponta no aparelho celular do receptor.

⁵⁷ Decisão do BVerfGE de 27.02.2008, 183-185.

⁵⁸ *Idem*, 186.

⁵⁹ *Idem*, 203.

direito fundamental.

7. LIMITAÇÕES E REQUISITOS PARA A RESTRIÇÃO AO NOVO DIREITO FUNDAMENTAL

Como era de se esperar, o Tribunal Constitucional Federal não proclamou o direito à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais de forma a torná-lo absoluto. Basicamente, são possíveis as intervenções neste direito para finalidades preventivas bem como para a persecução criminal. O Tribunal tratou de especificar os requisitos para as restrições da proteção. O primeiro deles é o da reserva legal, sendo necessária a edição de lei especial para que o direito seja restringido. O texto legal deve ainda estar de acordo com os postulados da clareza e da precisão normativas bem assim com a proporcionalidade, contemplando a adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn*).⁶⁰

O monitoramento do sistema informático deve ser submetido a um rigoroso controle de proporcionalidade, podendo ser efetivado por um órgão investigativo apenas como *ultima ratio*.⁶¹ A referida lei de Nordrhein-Westfalen foi considerada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Federal no que se refere à proporcionalidade em sentido estrito, por conta de que esse postulado exige que na ponderação global entre a gravidade da intervenção a um direito e as razões pelas quais está se dá, não se verifique uma desproporção insustentável. A ampla possibilidade de monitoramento dos sistemas informacionais do

⁶⁰ Acerca da reserva legal proporcional e sua aplicação no Brasil com influência da doutrina alemã e da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, ver as precisas lições do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, proferido no Recurso Extraordinário 466.343-1, que submeteu a questão da prisão civil do depositário infiel no caso da alienação fiduciária em garantia ao teste da proporcionalidade e concluiu pela inconstitucionalidade de tal medida. Disponível em www.stf.jus.br.

⁶¹ Decisão do BVerfGE de 27.02.2008, 132.

indivíduo prevista na lei foi reputada pelo Tribunal de uma tamanha intensidade lesiva a direito fundamental, quando ponderada na relação com o interesse público de investigação que subjaz o texto legal, redundando na sua inconstitucionalidade.⁶²

A proporcionalidade, segundo o Tribunal, torna necessária a edição de lei que autorize o monitoramento remoto de sistemas técnico-informacionais, desde que os limites dessa intervenção, como requisitos especiais para a sua ocorrência, se verifiquem. Lançando os parâmetros dos textos legais que eventualmente venham a ser editados prevendo medidas de monitoramento de sistemas informáticos, o Tribunal Constitucional Federal determinou que a intervenção ao direito fundamental da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais só pode ocorrer quando o respectivo texto legal autorizativo preveja como condição a existência de perigo concreto⁶³ que ponha em risco um bem jurídico de importância transcendental. De importância transcendental seriam, a princípio, o corpo, a vida e a liberdade da pessoa. Além desses bens jurídicos, também são considerados de importância transcendental aqueles bens da coletividade, cuja ameaça afeta os fundamentos ou a própria existência do Estado e das pessoas.

Ao referir o requisito da ameaça concreta, o Tribunal menciona o denominado “prognóstico de perigo” (*Gefahrenprognose*), que se verifica quando, no caso concreto, está presente probabilidade suficiente de que em tempo próximo e determinado, e sem a intervenção do Estado, sejam causados danos a bem protegidos pela norma por meio de determinadas pessoas. O perigo concreto é determinado por três fatores: 1) as particularidades do caso concreto; 2) a proximidade temporal da

⁶² Idem, 228.

⁶³ Neste sentido, meras suposições, presunções ou dados de experiência não são suficientes para ensejar a intervenção no direito fundamental da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais. Ver quanto a esse aspecto Decisão do BVerfGE de 27.02.2008, 250.

transformação do perigo em efetivo dano⁶⁴; 3) a ligação entre determinadas pessoas individuais como causadoras do dano iminente.

O monitoramento poderá, todavia, já ser realizado quando, ainda que não se consiga verificar com suficiente probabilidade que o perigo se converterá em dano, fatos determinados indiquem a iminência de ameaça concreta a bem jurídico de importância transcendental. É preciso que seja possível determinar quais as pessoas que estão envolvidas como causadoras da ameaça, sendo necessário que sejam conhecidas informações que permitam que a medida de monitoramento seja precisamente direcionada e limitada a estas pessoas, sem que o direito de outros indivíduos inocentes seja violado.

Por fim, o Tribunal Constitucional Federal exige que, em face da intensidade da violação do direito fundamental, a autorização de monitoramento remoto do sistema técnico-informacional de pessoa suspeita seja exarada por ordem judicial. O Tribunal entende que apenas uma instância independente e neutra⁶⁵ poderá controlar satisfatoriamente a adoção de uma medida tão

⁶⁴ Martin Kutscha, aponta que o Tribunal Constitucional Federal repetiu na decisão do novo direito fundamental o critério da proximidade temporal – só que desta vez de forma abrangida – em comparação com a aplicação que dera na denominada *Rasterfahndungsentscheidung*, julgado de 2006 que restringiu a possibilidade de as autoridades policiais realizarem a denominada busca a partir do cruzamento de dados (*Rasterfahndung*) de perfis de grupos de pessoas criminosas com os dados de suspeitos. Este método foi desenvolvido na Alemanha na década de 1970 no contexto da guerra fria e das investigações dos terroristas de esquerda radical da denominada *Rote Armee Fraktion* (RAF). O caso julgado em 2006 pelo Tribunal Constitucional Federal teve por base a reclamação constitucional de um estudante marroquino suspeito de participação nos ataques de 11 de setembro. A reclamação constitucional do estudante foi acolhida para a finalidade de restringir a possibilidade de se realizar a *Rasterfahndung* apenas nos casos em que se verifique perigo iminente. Acerca do caso, ver Martin Kutscha em *Mehr Schutz...*, p. 1044.

⁶⁵ A decisão agrega como fundamento da necessidade de decisão judicial para a concessão da medida a consideração de que apenas os juízes podem avaliar da maneira melhor e mais segura, em face de sua independência pessoal e material (no sentido de uma neutralidade quanto ao caso concreto) e sua vinculação estrita à lei, os direitos do envolvido na investigação.

invasiva.⁶⁶ Neste ponto, ficou assentado que apenas a ordem judicial poderá também sopesar os interesses do suspeito, em face de medidas que objetivem um monitoramento remoto, uma vez que o próprio destinatário não tem conhecimento de que está sendo investigado, e, assim sendo, não tem como previamente se defender. Esta possibilidade é chamada pelo Tribunal de “representação compensatória dos interesses do suspeito”.⁶⁷

No que diz respeito ao aspecto ora abordado, a lei de Nordrhein-Westfalen foi considerada inconstitucional por prever que a ordem de monitoramento possa ser concedida pela autoridade administrativa superior do respectivo Estado da federação, dispensando-se a intervenção do Poder Judiciário. A única exceção aberta pelo Tribunal é a de que a ordem possa ser concedida por órgão que, ainda que não integre o Poder Judiciário, assim como um juiz, possa decidir com independência e neutralidade. E sugere que estes atributos também apresentariam as denominadas *G 10-Kommissionen*, que são comissões parlamentares, presentes em nível federal e estadual, encarregadas por expressa previsão legal de decidir acerca da possibilidade de restrição do direito de sigilo da correspondência e das telecomunicações à distância de que trata o artigo 10 da Lei Fundamental.⁶⁸

Após tratar dos requisitos para as limitações do novo direito fundamental, aborda-se, a seguir, as críticas que o julgado do Tribunal Constitucional Federal recebeu da doutrina.

8. CRÍTICAS AO NOVO DIREITO FUNDAMENTAL

Com efeito, não se pode afirmar que a decisão do

⁶⁶ Decisão do BVerfGE de 27.02.2008, 258.

⁶⁷ Idem, ibidem.

⁶⁸ O nome “G 10-Kommission“ é devido justamente em virtude de se tratar do artigo 10 da Lei Fundamental. Para comentário interpretando que a decisão do BVerfGE de 27.02.2008 abriu a possibilidade de a ordem de monitoramento ser concedida pelas “G 10 – Kommissionen”, ver G. Hornung, *Der verfassungsrechtliche Schutz der “Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme”*, Computer und Recht, 2008, p. 299-306, p. 304.

Tribunal Constitucional Federal, ao criar um novo direito fundamental, tenha sido acolhida pela doutrina alemã sem receber críticas. Eifert⁶⁹, por exemplo, criticou o Tribunal por ter criado um novo direito fundamental, quando a autodeterminação informativa teria sido suficiente para resolver a problemática em questão. O autor concede que as buscas virtuais podem envolver grande quantidade de dados sensíveis, o que as tornam especialmente delicadas, mas isso não alteraria em nada o objeto da proteção da autodeterminação informativa, que também resguarda os bens jurídicos envolvidos nas buscas virtuais, uma vez que abarca a proteção da coleta, armazenamento, utilização e fornecimento de dados pessoais.⁷⁰

Portanto, para Eifert não há que se falar em lacuna a ser preenchida por um novo direito fundamental, mas sim em aplicação da já consagrada autodeterminação informativa juntamente com o teste da proporcionalidade, para que se perquiria, no caso concreto, se a intensidade da intervenção fere os preceitos constitucionais. A privacidade e a integridade dos sistemas técnico-informacionais não deve ser aplicada paralela/sucessivamente com a autodeterminação informativa, mas é subespécie desta.⁷¹

Hirsch segue, em parte, a mesma linha de Eifert, ao defender que, na verdade, o Tribunal Constitucional Federal não chegou a formular um novo direito fundamental em sentido autêntico, pois o conteúdo da decisão em exame está em consonância com toda a jurisprudência do Tribunal, sem que se verifiquem quaisquer rupturas ou inovações de relevo.⁷²

Posicionamento crítico acerca da necessidade de criação

⁶⁹ Eifert, M., *Informationelle Selbstbestimmung im Internet: Das BVerfG und die Online-Durchsuchungen*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2008, p. 521-523.

⁷⁰ Idem, 522.

⁷¹ Idem, 523.

⁷² Hirsch, B., *Das Grundrecht auf Gewährleistung...*, p. 190. O autor alude a uma “modernização de um direito fundamental clássico” – “ein klassisches Grundrecht, modernisiert”.

de um novo direito fundamental foi, da mesma forma, externado por Sachs e Krings.⁷³ Os autores da Universidade de Colônia argumentam ser discutível a criação de um novo direito fundamental, quando o mais razoável talvez fosse apenas enquadrar os bens jurídicos carecedores de tutela no âmbito do direito geral da personalidade, sem se falar em novo direito fundamental.⁷⁴ A razão para isso, consoante entendem, é evitar que as já assentadas determinações constitucionais, a característica de abertura do direito geral da personalidade, e a dogmática dos direitos fundamentais sejam de alguma forma esquecidas ou deixadas de lado em nome de uma casuística excessiva.⁷⁵

Veementes foram as críticas ao julgado do Tribunal Constitucional Federal de parte de Thomas Hoeren, professor da Universidade de Münster, que, em primeiro lugar, assevera não ser possível falar de “confidencial” e “íntegro” ao se fazer alusão a sistemas de informática, pois as expressões, segundo entende, estariam relacionadas a virtudes relativas às características de pessoas.⁷⁶ Por outro lado, Hoeren também entende que a proteção que se objetiva com o novo direito fundamental poderia ser derivada e já estaria contida tanto na lei de proteção de dados alemã, a *Bundesdatenschutzgesetz*, quanto no próprio direito à autodeterminação informativa.

Ainda que todas essas críticas possam em parte proceder, há que se conceder que a proclamação do direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais representa um considerável avanço na busca pela proteção dos direitos da personalidade, e,

⁷³ Sachs, M., Krings, T., *Das neue „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“*, Juristische Schulung, 2008, p. 481-486.

⁷⁴ Idem, p. 483.

⁷⁵ Crítica similar é feita por Britz, G., no seu ensaio *Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Einige Fragen zu einem „neuen Grundrecht“*, Die Öffentliche Verwaltung, 2008, p. 411-415, p. 413.

⁷⁶ Hoeren, T., *Was ist das Grundrecht auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme?*, Multimedia und Recht, 2008, p. 365-366, p. 365.

consequentemente, na reafirmação dos direitos fundamentais. Neste ponto, estamos ao lado do posicionamento de Gerrit Hornung, que, salientando a importância que os sistemas técnico-informacionais adquiriram no dia-a-dia das pessoas, parece ser de todo desejável a criação de uma proteção com status de direito fundamental, balizada por requisitos rigorosos para que a garantia seja, apenas excepcionalmente, relativizada.⁷⁷

9. CONCLUSÃO

É inegável – conforme bem apanhou a sentença de 27.2.2008 do Tribunal Constitucional Federal – a importância que os sistemas informáticos adquiriram nas vidas das pessoas nas últimas décadas. A “migração” para esse novo espaço de desenvolvimento da personalidade não poderia ser ignorada pelo direito, que, ao longo das últimas décadas, seja por manifestação de parlamentos ou organizações, nacionais e internacionais, bem como por doutrina e jurisprudência, vêm estabelecendo algumas regras e princípios importantes, para uma convivência mais equilibrada neste novo meio.

O Tribunal Constitucional Federal contribuiu de forma marcante, primeiramente com a sua decisão de 1983, que consagrou a autodeterminação informativa como uma das manifestações mais importantes do direito geral da personalidade.

Posteriormente, em 2008, o Tribunal Constitucional Federal, modernizou a autodeterminação informativa, como registrou Hirsch⁷⁸, a partir do novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais, reafirmando, ao fim e ao cabo, os princípios basilares da *Volkszählungsurteil*, mas colocando em relevo a aludida migração das relações sociais e condução da vida do indivíduo para o ambiente técnico-informacional, e, ainda que a decisão mais

⁷⁷ Hornung, *Der verfassungsrechtliche Schutz...*, p. 306.

⁷⁸ Ver acima, nota de rodapé 62.

recente tenha focado mais na esfera de atuação do poder público, é amplamente reconhecido o impacto de seus contornos para o direito privado.⁷⁹

Refletindo-se sobre os ensinamentos dos julgados e doutrina examinados e o atual estágio de desenvolvimento acerca do assunto no Brasil, chega-se à conclusão de que a proteção de dados dos indivíduos, de uma maneira geral, não mereceu a devida atenção de nossos debates públicos, até que se instaurou o processo legislativo que culminou com a edição da Lei nº 13.709, de 14.08.2018.

O advento deste texto legal certamente representará um marco que contribuirá para o aprofundamento das questões relacionadas à proteção de dados no Brasil. Neste contexto, as experiências alemã e europeia, com a também recente edição do Regulamento Europeu 2016/679, serão de grande valia para a reflexão e a prática brasileiras.

Enfim, neste contexto, nunca é demais lembrar a lição de Spiros Simitis do ano de 1984, que, com forte inspiração na fórmula-objeto de Günter Dürig⁸⁰, comenta o direito à

⁷⁹ Por todos, ver Roßnagel, A.; Schnabel, C., *Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme und sein Einfluss auf das Privatrecht*. Neue Juristische Wochenschrift, 2008, 3534-3538. Não se adentrará aqui na questão da relação entre direitos fundamentais e direito privado, remetendo-se o leitor a interessantes trabalhos que tratam da problemática: ; Canaris, C. W., *Grundrechte und Privatrecht*, Berlin: De Gruyter, 1999. Sarlet, I., *Neoconstitucionalismo e Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira*. In: Sarlet, I. (Org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 3a. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-35. Silva, V. A. da, *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, 1. ed., 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2011.

⁸⁰ Sobre a fórmula-objeto de Dürig, ver acima, nota de rodapé 9. Conferir ainda a rica pesquisa de Peter Häberle, que menciona a constante menção à “tese-objeto” no âmbito da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha acerca da dignidade da pessoa humana, em *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*, in: *Dimensões da Dignidade...*, p. 55. Ainda neste ensaio, Häberle defende que “a fórmula-objeto de Dürig é ainda hoje a construção teórica mais convincente para a compreensão do princípio da dignidade humana do art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental. Ela conquistou, de há muito, independência jurídica em face de sua derivação filosófica, encontrando suporte na prática dos casos concretos ao longo das

autodeterminação informativa, no sentido de que esta garantia é uma barreira normativa contra todas as tendências que, cada vez mais, pretendem transformar o indivíduo em mero objeto de obtenção de informação.⁸¹

décadas, *idem*, p. 75.

⁸¹ S. Simitis, *Die informationelle Selbstbestimmung...*, p. 399.