

Um Código para a proteção de dados pessoais na Itália

Danilo Doneda

1 – A proteção de dados pessoais; 2 – O desenvolvimento da disciplina na Itália; 3 – O *Codice in materia di protezione dei dati personali* e sua estrutura; 4 – Tripartição; 5 – Disposições gerais; 6 – Normas setoriais, tutela e Autoridade Garante; 7 – Conclusão.

A disciplina jurídica de proteção de dados pessoais é um tema que surgiu na década de 1960 nos Estados Unidos e pouco depois passou a ser preocupação do legislador europeu. Atravessando o Atlântico, porém, seu perfil já de início apresentou características um tanto diferenciadas¹, e o seu desenvolvimento ulterior demonstra que no direito europeu o tema assumiu fortes características próprias. Afastada de seu local de origem e em contato com uma tradição jurídica diversa, a disciplina passou a ser tratada não tanto com a forte dose de pragmatismo que a vinha orientando até então, porém com a tendência de encampá-la em uma perspectiva geral de proteção à pessoa humana. A constatação de que a matéria pertence ao domínio dos direitos fundamentais foi desde o início levada em consideração e o sensível balanceamento a se fazer entre a exigência da proteção da pessoa, o progresso tecnológico e o regular funcionamento dos mercados é até hoje o núcleo da problemática que envolve a matéria.

Dentro do que podemos identificar como um sistema europeu de proteção de dados pessoais, merece atenção tanto pela atualidade quanto pela inovação a recentíssima iniciativa italiana que resultou na promulgação de um Código em matéria de proteção de

¹ Esta diferença dos enfoques norte-americano e europeu sobre a disciplina de proteção de dados pessoais, que já se mostrava presente desde as primeiras discussões sobre o tema, até hoje permeia a disciplina; um dos sinais mais evidentes desta polaridade foi a própria dificuldade na negociação de um protocolo comum de medidas de proteção para os dados pessoais de cidadãos europeus tratados por entes norte-americanos – que se denominou protocolo *Safe Harbour* – em um momento em que se fazem necessários critérios uniformizadores para o fluxo internacional de informações pessoais.

dados pessoais – *Codice in materia di protezione dei dati personali*² – publicado no 29 de julho de 2003 e que entrará em vigor no 1º de janeiro de 2004. O Código, em iniciativa pioneira, compreende o conteúdo da lei anterior sobre a matéria (Lei 675/96), as diversas normas integrativas e modificativas que a sucederam, a Diretiva europeia relativa ao tratamento dos dados pessoais e à tutela da vida privada no setor das comunicações eletrônicas³, bem como a experiência da atividade da Autoridade Garante italiana para a proteção de dados pessoais e de suas decisões em seus 6 anos de existência. Neste trabalho, procuramos fornecer uma visão panorâmica do Código, detendo-nos um pouco em particulares que julgamos de maior interesse, bem como do contexto normativo no qual se insere.

1. - A proteção de dados pessoais é uma disciplina que ganhou destaque nas últimas décadas, tanto pelas suas profundas implicações em matéria de direitos fundamentais como também pela sua importância em termos econômicos. Um brevíssimo apanhado dos marcos de seu desenvolvimento deve ser oferecido, sem nenhuma pretensão de cobrir esta complexa disciplina, porém para contextualizar a posição que ocupa o novo Código italiano e a sua importância⁴.

Podemos afirmar, preliminarmente, que a disciplina de proteção de dados pessoais desenvolveu-se a partir da aplicação de determinadas concepções do direito à privacidade e da proteção da pessoa em face do desenvolvimento tecnológico. A própria expressão "proteção de dados" não reflete fielmente o seu âmago, pois é resultado de um processo de desenvolvimento do qual participaram diversos interesses em jogo – não são os dados que são protegidos, porém a pessoa a qual tais dados se referem⁵. O desenvolvimento da disciplina, porém, compreendeu uma intrincada dialética entre os interesses em jogo, da qual é reflexo esta expressão. A bem dizer, a utilização de uma outra expressão, que eventualmente revelasse mais diretamente a conexão da matéria com a proteção da privacidade, não seria também uma solução ideal: uma menção direta à proteção da privacidade nos dados pessoais correria o risco de ser pouco representativa das modificações sofridas pelo conceito de privacidade após o advento de tecnologias para o

² Decreto legislativo n. 196, de 30 de junho de 2003.

³ Diretiva 2002/58/CE.

⁴ Da vasta bibliografia sobre o tema, podemos selecionar como obras que cobrem o seu desenvolvimento e bem servem a introduzir a temática: RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*. Bologna: Il Mulino, 1995; e também SWIRE, Peter. LITAN, Robert. *None of your business: World data flows, electronic commerce, and the European privacy Directive*. Washington: Bookings Institution Press, 1998.

⁵ O termo foi descrito como "ill-chosen" por Mayer-Scönberger, que recordou que Spiros Simitis teria feito a mesma ressalva. MAYER-SCÖNBERGER Viktor. "Generational development of data protection in Europe", in: *Technology and privacy: the new landscape*. AGRE, Philip. ROTEMBERG, Marc. Cambridge: MIT Press, 1997.

tratamento informatizado da informação⁶. Assim, a idéia de proteção de dados, com o respaldo de sua aceitação no discurso público, acaba por ser a que melhor representa a matéria.

A proteção de dados pessoais passou a atrair a atenção da comunidade jurídica na década de 1960, em resposta a projetos de construção de estruturas computacionais para o processamento centralizado de dados pessoais em andamento, nos Estados Unidos e, logo depois, em alguns países europeus⁷. Inicialmente, os motivos de preocupação estavam relacionados aos efeitos da utilização destas grandes estruturas computacionais; nesta época buscou-se instituir instrumentos de regulação desta atividade, o que se verificou tanto no bloqueio administrativo de sua estruturação nos Estados Unidos ou na elaboração de normas para disciplinar aspectos da atividade dos bancos de dados de proteção ao crédito, no mesmo país⁸, enquanto na Europa surgiam as primeiras normas que procuravam disciplinar a atividade destes bancos de dados eletrônicos⁹.

Com o tempo e o desenvolvimento tecnológico, estas leis foram modificadas para se adequar aos novos paradigmas do tratamento digital de dados: não fazia mais sentido controlar as grandes centrais informáticas, pois esta atividade passou a ser realizável em computadores menores e acessíveis a um grande número de sujeitos, públicos e privados. Ao mesmo tempo, a informatização da atividade comercial e a transposição de diversas espécies de bancos de dados para o formato digital mudaram o perfil do problema, que não mais se restringia ao processamento de dados pessoais por sujeitos públicos. Procurou-se promover o direito do cidadão ao acesso, correção e cancelamento de seus dados pessoais, reconhecendo-lhes o direito a delimitar sua utilização nos moldes de uma liberdade negativa¹⁰.

⁶ Esta evolução do conceito da privacidade, resultado de seu confronto com as tecnologias de informação – "metamorfose da *privacy*", para Stefano Rodotà – é caracterizada pelo autor em quatro tendências, que seriam:

1 – Do direito a ser deixado só ao direito de manter o controle sobre as informações que me digam respeito;

2 – Da *privacy* ao direito à autodeterminação informativa;

3 – Da *privacy* à não-discriminação;

4 – Do segredo ao controle.

RODOTÀ, Stefano. "La costruzione della sfera privata", in: *Repertorio di fine secolo*. Bari: Laterza, 1999, pp. 209-210.

⁷ Nos Estados Unidos houve a tentativa de implementação do *National Data Center*, um banco de dados centralizado que concentraria as informações sobre os cidadãos norte-americanos para o uso da Administração Pública. A iniciativa foi recebida com desconfiança pela opinião pública e foi contestada pela comunidade jurídica, originando uma série de audiências no congresso antes do projeto ser arquivado. Uma descrição deste processo encontra-se em MILLER, Arthur. *The assault on privacy*. Ann Arbor: Univ. Of Michigan Press, 1971, esp. pp. 71-83.

⁸ Cujo primeiro exemplo remonta ao *Fair Credit Reporting Act* (FCRA), de 1970 (15 U.S.C. § 1681 – 1681t).

⁹ A primazia na elaboração destas leis cabe ao *Land* alemão de Hesse, que promulgou a primeira lei de proteção de dados em 1970. O primeiro país a elaborar um estatuto nacional do gênero foi a Suécia, com a *Datalag* de 1973.

A técnica de concentração do controle sobre os dados pessoais no próprio cidadão revelou-se não muito eficiente, já que não raro as conseqüências do tratamento de dados pessoais ultrapassavam a possibilidade de previsão – e mesmo de compreensão – do homem médio, sem contar que os mecanismos a seu dispor não raro eram pouco eficazes ou desmesurados para o fenômeno em questão¹¹.

O tema passou então a ser tratado com a consciência de que a proteção dos direitos fundamentais em jogo requereria um esforço que promovesse a tutela dos dados pessoais através de uma atuação positiva do Estado. Um passo importante nesse sentido foi a Convenção para a proteção das pessoas em relação ao processamento automático de dados pessoais, aberta para adesões em 1981 (Convenção n. 108/1981, também conhecida como Convenção de Strasbourg) e em vigor desde 1985, que reconhecia o caráter de direito fundamental da privacidade em relação aos dados pessoais e estabelecia uma série de princípios para seu tratamento. Na década de 1980, desenvolveram-se instrumentos que integravam a tutela, como, por exemplo, a ampliação do espectro de ação de autoridades independentes, o estabelecimento de casos nos quais o consenso do interessado não era o único elemento necessário para autorizar o tratamento de suas informações pessoais, a especificação de determinadas categorias de informação ou de tratamento sujeitas a um regime específico e ainda outras.

Em meados da década passada, a União Européia aprovou sua diretiva 95/46/CE¹² sobre a "proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados". A Diretiva tinha como objetivo uniformizar as normas de tratamento de dados pessoais no âmbito da União Européia, procurando ao mesmo tempo proporcionar um nível mínimo de proteção aos dados pessoais, bem como fomentar e fortalecer o mercado interno europeu com a adoção de um padrão comum a todos os países-membros – o que evitaria os custos e incômodos inevitáveis caso convivessem normas nacionais de diferentes níveis de proteção de dados. Hoje, certo tempo após a Diretiva ter sido transposta para o ordenamento de todos os países-membros, persiste um trabalho de aperfeiçoamento de seus mecanismos, dada a necessidade de adaptar-se a uma tecnologia em constante transformação.

¹⁰ Como exemplo paradigmático desta tendência citemos a primeira lei francesa de proteção de dados pessoais, a lei 78-17, de 6 de janeiro de 1978, relativa "*à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*".

¹¹ "... the noble ideals of negative liberty and individual freedom remained largely political wishful thinking. [...] In real life the individual rarely had the chance to decide between taking part and remaining outside society". MAYER-SCÖNBERGER Viktor. "Generational ...", cit., p. 228.

¹² É oportuno lembrar que a Diretiva tem natureza obrigatória para o legislador nacional, pois, de acordo com o artigo 249 do tratado que institui a Comunidade Européia, "a diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios". Cabe, portanto, ao legislador de cada país-membro realizar a transposição do conteúdo da diretiva para seu ordenamento interno. V. ADAM, Roberto. "Fonti comunitarie", in: TIZZIANO, Antonio (cur.) *Il diritto privato dell'Unione Europea*. Torino: Giampichelli, 2000, pp. 57-65.

2. Em comparação com outros países europeus, a trajetória italiana na proteção de dados pessoais não foi por certo marcada pelo pioneirismo, contudo, destaca-se por um grande desenvolvimento nos últimos anos. Em 1973, quando surgiam as primeiras normativas européias na área, o tema ainda estava sendo apenas introduzido no país por obra da doutrina¹³. Doutrina que, por sinal, não se desinteressou mais do assunto e teve participação decisiva no intenso debate que ocorreu no país por mais de duas décadas, nas quais diversos projetos de lei sobre o assunto foram sucessivamente redigidos, apresentados e descartados¹⁴.

A Diretiva européia 95/46/CE estabeleceu para o legislador italiano um termo final para que este fizesse aprovar uma normativa que realizasse a transposição de seu conteúdo para o ordenamento italiano. Este o fez em 1996 (foi o penúltimo país-membro da União Européia a fazê-lo, tendo precedido o legislador grego por uma questão de dias), com a Lei 675/96, aprovada no 31 de dezembro de 1996.

A Lei 675/96 instituiu um sistema de proteção de dados pessoais na Itália nos moldes europeus, isto é, com a delimitação de um sistema de autorizações e responsabilidades para os sujeitos que tratem dados pessoais, seja em forma automatizada ou manual; estabeleceu uma série de direitos do interessado (nos termos da lei, interessado é a pessoa à qual o dado em questão faz referência) e princípios em torno dos quais deve basear-se o seu tratamento; e também criou um organismo responsável pela atuação da lei, a Autoridade Garante para a proteção de dados pessoais.

A aprovação da Lei 675/96 continha o germe de uma sua futura integração. Em retrospecto, observamos que o mesmo movimento do legislador que gerou esta lei gerou também a Lei 676/96 (aprovada no mesmo dia), a qual delega ao executivo a faculdade de legislar sobre o estabelecimento de parâmetros para a posterior integração e correção da Lei 675/96. E efetivamente foram introduzidas diversas especificações e modificações na disciplina nos anos que seguiram, basicamente por meio de Decretos Presidenciais (em número de dois) e Decretos Legislativos (estes, nove) apoiados na prerrogativa de integração da Lei 676/96. Juntamente com a Lei 675/96, este conjunto de normas acabou por constituir o "núcleo duro" da disciplina de proteção de dados na Itália.

A quantidade de modificações sofridas pela Lei 675/96, algumas delas logo após sua promulgação, serviram como motivo para que críticos a acusassem de incompleta e

¹³ Tal primazia cabe à obra de Stefano Rodotà, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*. Bologna: Il Mulino, 1973.

¹⁴ BUTARELLI, Giovanni. *Banche dati e tutela della riservatezza: la privacy nella società dell'informazione: commento analitico alle leggi 31 dicembre 1996, nn. 675 e 676 in materia di trattamento dei dati personali e alla normativa comunitaria ed internazionale*. Milano: Giuffrè, 1997.

imperfeita. Deve-se notar, no entanto, ao menos dois pontos: um de cunho prático, pelo qual o legislador italiano optou por essa via de integração posterior diante da dificuldade que teve em adequar todos os interesses em questão dentro do prazo ditado pela Diretiva; e outro que diz respeito à própria natureza da matéria, compreendendo a necessidade de estruturar um órgão administrativo e toda sua regulamentação em um setor pautado pelo desenvolvimento tecnológico e a conseqüente dificuldade de traçar rumos fixos de antemão: toda a sua estrutura – seja normativa como administrativa – requer um grau de flexibilidade, certamente favorecido pela possibilidade de integração normativa posterior aberta pela Lei 676/96.

Antes de exaurido o prazo da delegação no final de 2001, o parlamento italiano, através de uma nova lei delegada, estabeleceu que o poder Executivo haveria de realizar um texto único em matéria, a fim de coordenar o conjunto de normas vigentes e efetuar as modificações e inovações necessárias¹⁵. Durante seu processo de elaboração, a promulgação da Diretiva 2002/58/CE, relativa ao tratamento dos dados pessoais e à tutela da vida privada no setor das comunicações eletrônicas, fez com que também a sua transposição fosse incorporada aos escopos deste texto único.

O texto único resultante deste esforço – o Decreto Legislativo 196, de 30/06/2003, autodenominado Código em matéria de proteção de dados pessoais¹⁶ – restou publicado em julho de 2003. Oriundo diretamente do poder executivo, conforme autorização parlamentar constante em lei delegada, suas vestes formais são de um Decreto Legislativo.

3. Um estudo detalhado das características do Código e do sistema de proteção de dados pessoais que ele promove vai muito além dos propósitos deste artigo. Correndo o risco da extrema simplificação, porém, podemos ressaltar que as suas matrizes básicas são idênticas às estabelecidas na Diretiva 95/46/CE. Seu pano de fundo é, repetimos, a consideração da proteção de dados pessoais como um direito fundamental; para tal os processos relacionados ao tratamento e circulação destes dados são submetidos a princípios que geram determinadas obrigações das quais as mais importantes seriam, sucintamente: que os dados coletados sejam utilizados estritamente para propósitos pré-definidos e comunicados ao interessado; que tais dados sejam tratados de forma adequada a estes propósitos; que estes dados não sejam armazenados por mais tempo que o necessário para o fim especificado; que o interessado possa ter acesso às suas informações pessoais e tenha a possibilidade de corrigi-las, apagá-las ou bloqueá-las. Um papel de destaque é dado à disciplina do consenso do interessado ao tratamento de seus dados pessoais; algumas

¹⁵ Através da Lei Delegada n. 127, de 24 de março de 2001.

¹⁶ Em seu artigo 2º.

categorias de dados – os dados sensíveis, que podem potencialmente originar discriminação, referentes à saúde, opiniões políticas, fé religiosa, hábitos sexuais e outros – recebem proteção especial; e também é instituída uma autoridade independente para a atuação de vários dispositivos da disciplina¹⁷.

Conforme já observamos, a lei em questão se autodenomina um "Código". Esta opção do legislador nos permite realizar uma leitura da sua posição no ordenamento em chave de uma orientação pelos microssistemas setoriais.

A adoção desta nomenclatura obedece a uma tendência de reorganização normativa que faz parte de um projeto de lei atualmente em preparação na Itália¹⁸; assim a assunção deste nome pauta-se pela necessidade de harmonização com um novo critério de simplificação e organização normativa no qual a idéia de um "código" presta-se à organização de normas setoriais.

Uma primeira verificação da estrutura do Código nos permite verificar que houve uma preocupação em racionalizar e sistematizar a matéria nele contida, o que significa um substancial passo avante em relação à legislação anterior, constante na Lei 675/96 – cujo modelo era muito mais próximo ao da própria Diretiva 46/95/CE – e em diversas normas esparsas que integravam e atualizavam a disciplina.

O Código é estruturado em três partes: a primeira, geral, denominada "disposições gerais", estabelece a normativa substancial a ser aplicada a todas as modalidades de tratamento de dados pessoais. A segunda, da qual poder-se-ia dizer uma parte "especial", denomina-se "disposições relativas a setores específicos" e congrega normas de aplicação específicas a determinados setores (como os dados judiciários, sanitários ou informações sobre credores e trabalhadores, por exemplo). Na terceira, com o nome "tutela do interessado e sanções", encontram-se disposições sobre o sistema e os instrumentos de tutela adotados, administrativos e judiciários, e sobre as formas de tutela para o interessado.

4. – A disposição tripartida da matéria no Código reflete, por si só, algumas das características mais fortes do atual estágio de desenvolvimento da proteção de dados. Sucintamente, nas disposições gerais é valorizada a posição dos princípios que regem o tratamento de dados pessoais e também resta mais simples e clara a enunciação dos direitos

¹⁷ A disciplina é por demais complexa para que possamos pretender uma sua análise nesta sede. Entre a vasta bibliografia que dela trata, podemos selecionar como referências para um primeiro contato com a matéria: SIMITIS, Spiros. "From the Market To the Polis: The EU Directive on the Protection of Personal Data", in: 80 *Iowa Law Review*, 1995, pp.445-469; BUTTARELLI, Giovanni. *Banche dati...*, cit.; SWIRE, Peter. LITAN, Robert. *None of...*, cit., pp. 22-49.

¹⁸ Trata-se do projeto de Lei AS 776-B/bis (*Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione - Legge di semplificazione 2001*)

do interessado e do seu exercício; com a parte relativa a normas setoriais reforça-se a tendência ao desenvolvimento de normas específicas para determinados setores; e por fim a parte final estabelece os meios para a tutela do interessado – incluindo a estrutura de uma autoridade de garantia independente responsável pela atuação da lei.

A presença de uma primeira parte dedicada a disposições gerais, além de legitimar o fato de tratar-se de um código pelo uso desta técnica¹⁹, dá continuidade ao que já é uma tradição na área de proteção de dados pessoais que é o estabelecimento de princípios norteadores do tratamento destes dados. Tais princípios encontravam-se igualmente na legislação anterior, porém é certo que a lei ganha em clareza e articulação com a opção de destacá-los, tornando-os elementos de grande visibilidade dentre as disposições gerais.

A discussão sobre as vantagens de uma legislação por princípios ou de uma legislação mais pontual e específica existe desde as primeiras leis sobre a matéria²⁰. Em uma descrição sumária, podemos constatar que a técnica da utilização de princípios e cláusulas gerais apresenta, a princípio, ao menos uma vantagem evidente para a regulação de uma matéria profundamente relacionada com alta tecnologia: a facilidade de adaptação a novas situações originárias do desenvolvimento tecnológico. Outra face desta prática, porém, veio a demonstrar-se problemática: em muitos casos a resposta jurisdicional dada através dos princípios não era eficaz, pois apesar de uma maior flexibilidade, obtida muitas vezes, era por demais lenta para acompanhar as direções propostas pela tecnologia.

Por outro lado, uma outra opção literal, uma legislação baseada menos em princípios que em normas endereçadas diretamente à fenomenologia da matéria, parecia ainda menos adequada, pelo risco real de sua obsolescência ser decretado pela rapidez do progresso tecnológico e pela contínua metamorfose que este produzia na área.

O caminho seguido para a resolução deste impasse pela Diretiva europeia foi manter a utilização dos princípios, porém dotando-os de instrumentos que garantissem uma maior eficácia concreta e, portanto, coercibilidade.

5. – Nas disposições gerais, como observamos, encontra-se o núcleo material do código. Uma primeira e importante inovação aparece no seu artigo 1º, dedicado à consagração do que seria um direito fundamental do cidadão, o "direito à proteção dos dados pessoais"²¹. Afastou-se uma eventual filiação à denominação de origem alemã, de

¹⁹ Rendendo, afinal, tributo à própria semiologia que acompanha o vocábulo. Sobre o tema, v. ECO, Umberto. "Códice"(verb.), in: *Enciclopedia Einaudi*. v. 3, Torino: Einaudi, 1978, pp. 243-281.

²⁰ Esta forte tendência ao uso de princípios na matéria, vem ao menos desde que o *U.S. Department of Health, Education and Welfare (HEW)* redigiu os chamados *Fair Information Principles*, que posteriormente vieram a formar a base das *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, realizadas pela OCDE em 1980.

²¹ "Chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano".

um "direito à autodeterminação informativa"²², evitando assim uma eventual leitura dos direitos sobre os dados em uma chave que a associe a um direito subjetivo a ser tratado em moldes proprietários²³.

A partir desta enunciação e também do título II, no qual são relacionados os direitos do interessado (compreendendo o acesso, retificação, bloqueio e suspensão dos dados pessoais, entre outros), podemos afirmar que o legislador italiano prosseguiu com firmeza pelo caminho que já anunciara na Lei de 1996: o da afirmação da proteção de dados como um direito fundamental e a concentração na elaboração de formas de tutela deste direito. Por mais que nos pareça redundante, esta observação é importantíssima quando se tem em conta que o Código (bem como a Lei de 1996 e a normativa que seguiu) realizam a transposição de uma Diretiva que tem por finalidade também criar condições para sua livre circulação. A ênfase na proteção da pessoa, para alguns críticos, desconsideraria as próprias finalidades da Diretiva, podendo ensejar, inclusive, eventuais problemas de incompatibilidade com outras legislações nacionais europeias sobre a matéria que realizem um trabalho mais "balanceado" na transposição da diretiva²⁴. No entanto notamos que esta opção do legislador leva em conta uma determinada concepção da sociedade da informação na qual é necessário um instrumental jurídico hábil a contrastar uma lógica de livre fluxo de informações pessoais cujo promotor é o mercado, cabendo portanto ao Estado a inserção de mecanismos que permitam o respeito à pessoa e às informações que a ela se referem. Porém, não há de se fazer a leitura de que tenha sido feita uma opção pela não circulação dos dados pessoais – note-se, inclusive, que em tantas situações tal circulação é muito mais interessante aos interesses da pessoa do que seria um eventual bloqueio. Assim, o problema da proteção de dados pessoais insere-se em uma disciplina mais ampla, que seria a da informação²⁵, e nela encontramos mecanismos que garantam suas modalidades de circulação – através, por exemplo, dos institutos da liberdade de imprensa ou do direito à informação. Não é, portanto, somente a lógica do mercado – apesar de seu grande peso – a contrastar com a tutela aos dados pessoais oferecida pelo Código; há de se considerar também outros institutos presentes no ordenamento que favorecem este livre fluxo. Também devemos notar que o regime de disposições específicas, na segunda parte do Código, abranda a tutela que, nos termos da parte geral seria mais rígida, em casos

²² *Informationelle Selbstbestimmung*, consagrado em sentença da Corte Constitucional alemã de 15 de dezembro de 1983.

²³ Embora não seja absolutamente essa a solução do direito alemão (para cuja compreensão neste sentido remetemos a PANEBIANCO, Mario. "Bundesverfassungsgericht, dignità umana e diritti fondamentali", in: *Diritto e Società*, n. 2, 2000, pp.151-242.).

²⁴ V., por todos, PARDOLESI, Roberto. "Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità", in: *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*. Milano: Giuffrè, 2003, pp. 1-57.

²⁵ V. RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*. Bologna: Il Mulino, 1995, pp.41-79.

específicos onde se verifique a concorrência de outros interesses: assim é, para darmos um exemplo, o caso das permissões fornecidas nos termos do artigo 101 para as ocasiões em que o tratamento dos dados pessoais sirva especificamente a finalidades de estudos históricos.

Em relação aos princípios, já presentes na lei anterior, verificamos que continuam presentes e contextualizados no sistema do Código²⁶; porém devemos destacar a introdução – literal – de um princípio ausente na Lei anterior: o princípio da "necessidade no tratamento dos dados"²⁷. De acordo com este princípio, o tratamento de dados pessoais é tomado como um "mal necessário", isto é, algo a se evitar, a ser utilizado em situações em que a finalidade desejada não possa ser atingida sem dele lançar mão. As raízes deste princípio remontam à legislação alemã, que prevê o que a doutrina chamou de "recusa à formação de bancos de dados", que seria o "recurso à consulta aos dados pessoais antes que todas as outras alternativas forem exauridas"²⁸.

A pertinência deste princípio da necessidade chama a atenção para o critério de proporcionalidade presente na disciplina: a atividade de tratamento de dados pessoais é considerada atividade de natureza perigosa²⁹, o que vincula aquele que causa dano através do tratamento de dados a indenizar caso não apresente provas de ter adotado todas as medidas e cautelas necessárias para evitá-lo, nos moldes do artigo 2050 do Código Civil italiano. Assim, é possível extrairmos um critério interpretativo pelo qual (i) a mera constituição de um banco dados pessoais deve ser evitada, somente empreendida quando sua inevitabilidade em relação aos fins pretendidos a justifiquem; (ii) ainda no caso de justificada sua necessidade, deve-se ter em conta que os métodos e a arquitetura do sistema informático utilizado deva ser tal que reduza ao mínimo a utilização de dados pessoais – neste particular, é interessante que ele fornece um parâmetro para julgar a adequação ou não de uma determinada técnica, algo importantíssimo quando percebemos que os próprios riscos no tratamento de dados pessoais são oriundos de determinadas arquiteturas de informação, favorecidas por tecnologias que freqüentemente se balizam pelo critério da

²⁶ Note-se que os princípios aos quais o legislador se referiu no Título I da Lei – "Princípios gerais" – não são estritamente os princípios que regem a proteção dos dados, porém princípios que fornecem os parâmetros de referência e de aplicação da própria lei, incluindo a terminologia adotada, a finalidade e o seu âmbito de aplicação. Uma referência aos princípios de proteção de dados pessoais pode ser encontrada em: DONEDA, Danilo, "Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade", in TEPEDINO, Gustavo (coord.), *Problemas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 132.

²⁷ Art. 3. *Principio di necessità nel trattamento dei dati*. "1. I sistemi informative e I programmi informatici sono configurati riducendo al minimo l'utilizzazione di dati personali e di dati identificativi, in modo da escluderne il trattamento quando le finalità perseguite nei singoli casi possono essere realizzate mediante, rispettivamente, dati anonimi od opportune modalità che permettono di identificare l'interessato solo in caso di necessità"

²⁸ SIMITIS, Spiros. "Vers un nouveau concept de la protection de données", in: TABATONI, Pierre (org.). *La protection de la vie privée dans la société d'information*. Paris: Puf, 2002, pp. 59-60.

²⁹ O que consta expressamente no artigo 15 do Código.

eficiência e no mínimo relutantes em relação à influência de outros parâmetros; (iii) favorecem-se critérios de segurança, estabelecendo a preferência pela utilização, quando possível, de dados anônimos ou de instrumentos que identifiquem a identidade da pessoa a qual se referem os dados somente quando a necessidade se apresenta.

Verifica-se assim que o princípio da necessidade articula-se com outras disposições do Código e as complementa. Evidente que sua aplicação não é de forma alguma simples, visto que o princípio, em si, não fornece orientação para qual seria o critério de "necessidade" desejado, nem estabelece regras que permitam julgar as finalidades pretendidas – o que, no entanto, é realizado pelo Código em outras ocasiões. Isto, todavia, não prejudica a sua aplicabilidade, que pode verificar-se tanto em sede judiciária quanto – o que é mais provável – em ocasiões onde caiba ao Garante pronunciar-se sobre a licitude de determinado tratamento de dados ou quando caiba a ele fornecer a autorização para o funcionamento de um banco de dados.

Ainda nas disposições gerais, verificamos que um verdadeiro "dogma" das legislações europeias mais recentes sobre proteção de dados foi atingido – a noção de que os dados pessoais devam ser protegidos de forma idêntica, sejam eles tratados por sujeitos públicos ou privados. O Código especifica regras gerais para o tratamento de dados (arts. 11 a 17), bem como regras específicas para o tratamento realizado por sujeitos públicos (arts. 18 a 22) e por sujeitos privados ou "estes públicos econômicos" (arts. 23-27). Nesta divisão levou-se em conta que o ponto que deveria permanecer fixo seria o nível de tutela dos dados pessoais, porém que esta tutela fosse adequada à circunstâncias específicas que o tratamento assume conforme o sujeito que os trata.

Ainda nas disposições gerais, verifica-se uma certa simplificação no regime de notificação ao Garante sobre o tratamento de dados pessoais – esta notificação é necessária para que se tratem alguns tipos de dados³⁰ – que deixa de ser exigida de regra para todos os casos não previstos em lei e passa a ser necessária apenas quando expressamente mencionada.

Por outro lado, em relação à transferência de dados pessoais ao exterior, permanece a idêntica regra da lei anterior e da diretiva, que é a livre circulação de dados pessoais no território da União Europeia – visto que o regime de proteção em todos os países-membros confere com o nível mínimo fornecido pela Diretiva – e a vedação desta transferência a países cujo direito interno não preveja um nível considerado "adequado" de proteção destes dados. São previstas algumas hipóteses em que esta vedação é levantada, como no caso do consenso manifesto expressamente e em forma escrita pelo interessado para esta

³⁰ Listados no art. 37 do Código.

transferência; porém o critério desta "adequação" é uma das características mais importantes e debatidas de todo o sistema europeu de proteção de dados³¹. A necessidade de estabelecer limites à transferência de dados para fora do território da União Europeia provém da própria natureza da matéria em questão: graças à construção de uma infraestrutura informacional global que tende à ubiquidade, os dados pessoais possuem extrema portabilidade e, portanto, facilmente podem ultrapassar as fronteiras do país do qual se originam. Em termos práticos isto significa que, para que normas sobre a matéria tenham real eficácia, elas devem também se preocupar em estabelecer limites para que os dados pessoais não saiam dos domínios territoriais nos quais são válidas, e é tal espécie de "fronteira artificial" que se tenta promover através das normas que limitam esta transferência de dados.

6. – A segunda parte do código, referente às disposições específicas para determinadas áreas, atrai uma normativa que vinha surgindo de forma razoavelmente dispersa e que também muitas vezes estruturava-se fora do âmbito legislativo, através de regulamentos, provimentos administrativos e outros.

Uma setorização das normas sobre proteção de dados pessoais, como no passo dado pelo Código, pode parecer um paradoxo em uma lei dentro do modelo europeu de proteção de dados, visto que uma das suas características, que o contrapõem ao modelo norte-americano, é justamente um sentido unitário que procura fazer defluir de princípios básicos a fundamentação desta proteção bem como a sua aplicação; enquanto que nos Estados Unidos persiste um sistema que se costuma caracterizar como fragmentado: sem grandes pontos de referência, o sistema de proteção de dados é construído pragmaticamente de acordo com a realidade e os interesses presentes em cada setor.

Uma leitura mais razoável, porém, é a de que, com o Código, o legislador italiano procurou aproximar-se um pouco mais da realidade: a preocupação quase pormenorizada com os particulares de cada setor não consiste num regime de derrogação e de diferenciação da aplicabilidade de princípios gerais, porém corresponde à maturação de uma experiência que revelou que o impacto da tutela de dados pessoais requer enfoques diversos para determinados setores. Assim, por exemplo, permite-se uma maior facilidade na obtenção do consenso em determinadas situações³² ou então se criam barreiras adicionais em outras áreas³³. A bem da verdade, uma legislação sobre dados pessoais

³¹ v. REIDENBERG, Joel. "E-Commerce and trans-atlantic privacy", in: *38 Houston Law Review*, 2001, pp. 717-750; IMPERIALI, Riccardo e IMPERIALI, Rosario. *Il trasferimento all'estero dei dati personali*. Milano: Il Sole Ore 24, 2003.

³² Como no caso da possibilidade do consenso oral para o tratamento de dados que revelem o estrado de saúde a profissionais da área médica, nos termos do art. 81.

³³ Damos como exemplo a extensão da proibição da divulgação ou publicação de imagens ou signos identificativos de menores envolvidos em procedimentos judiciais cíveis, antes restrita somente aos casos

ambiciosa, como são as baseadas na Diretiva europeia, causa um razoável impacto em muitos setores da sociedade e da economia – tantos quantos são os que direta ou indiretamente utilizam dados pessoais. A necessidade de fazer as contas com as necessidades específicas de cada determinado setor, bem como de alcançar a eficácia dos seus princípios gerais nas várias situações que se lhes apresentam, revela não somente a maturação da disciplina – que não se pauta mais somente pela sua enunciação de princípios, mas é capaz de criar uma cultura na qual a necessidade de resultados práticos – em vários setores, mas também acompanha a constatação de que está se operando a conscientização da importância da proteção dos dados pessoais como forma de proteção da própria pessoa humana.

Além disso, é necessário sublinhar que o Código procurou articular esta proteção setorial não somente no seu próprio corpo normativo, mas através da coordenação de outras fontes reguladoras que possam ajudá-lo a operar esta "aproximação da realidade". Assim, e seguindo o que indica a própria Diretiva a este respeito³⁴, o Código faz referência expressa às normas presentes em códigos deontológicos de determinadas categorias. Tais normas deontológicas, no que tangem à disciplina do tratamento de dados pessoais pelas respectivas categorias profissionais, são redigidos com a participação da própria Autoridade Garante³⁵ – o que serve para assegurar que suas disposições forneçam um nível de tutela adequado.

A dialética entre o Código e a regulação administrativa ou as mencionadas normas deontológicas – desenvolvida na terceira parte do Código – é sintomática da perspectiva de regulação que foi desenvolvida na área. Como se trata de matéria em constante diálogo com a técnica, e na qual certezas e dogmas chegam com demasiada facilidade à obsolescência, é premente a necessidade de desenvolver instrumentos que garantam ao mesmo tempo uma tutela forte no caso concreto, adaptável rapidamente a novas situações, no âmbito da influência de uma principiologia própria. Tal necessidade encontra-se no espírito da Diretiva europeia, e sobre ela podemos colher a opinião de Spiros Simitis (que, tendo sido o primeiro comissário para proteção de dados no mundo, no ano de 1973 – nos vale quase como um depoimento):

"Outre une transformation technologique radicale, les cartes à puce et Internet symbolisent eux aussi la fin d'un concept de réglementation élaboré dans des conditions d'information et de communication totalement

na seara criminal, conforme o art. 50.

³⁴ Em seu artigo 27, sobre códigos de conduta.

³⁵ Previsão no art. 12 do Código.

*différentes. Ce ne sont donc pas des modifications des réglementations légales de routine qui sont au cœur du débat. Au contraire, le recherche d'un nouveau concept de réglementation constitue, aussi dramatique que cela puisse paraître, comme la condition indispensable de la survie de la protection des données*³⁶.

Assim, o Código procura lançar mão de um balanceamento entre regulação estatal e normativas setoriais com o objetivo de ampliar ao máximo a tutela. Para gerenciar esta forma de regulação, o seu capítulo final trata da estruturação da Autoridade Garante para a Proteção de Dados Pessoais. Sua atuação compreende diversos pontos da matéria; devemos destacar a sua atuação como órgão para-jurisdicional, visto que há a possibilidade de recurso à própria autoridade garante sobre vários direitos de que trata o Código. Frisamos que tal recurso é alternativo (pode-se naturalmente preferir a via jurisdicional), não cumulativo e impede a interposição de um posterior recurso à via jurisdicional pelas mesmas partes e idêntico objeto. Também entre suas outras diversas incumbências está a de fornecer autorização para o tratamento de dados sensíveis e a participação na elaboração de códigos deontológicos. Deve-se destacar que esta autoridade de garantia – uma experiência sem muitos antecedentes quando se trata da tutela de direitos fundamentais – é um órgão colegiado de 4 membros com um presidente e observa uma independência funcional garantida pela eleição de seus componentes pelas casas do parlamento, sem participação nem vinculação ao poder executivo; e que os membros observam um mandato de quatro anos.

6. O exame de algumas das características do Código pode nos permitir um primeiro contato com uma disciplina que evoluiu em outros países com vetores diversos dos que observamos no Brasil. A sua promulgação, em um momento delicado no qual a disciplina de proteção de dados afirma-se perante a sociedade e ao mesmo tempo enfrenta problemas de adequação internacional de não pouca monta, demonstra uma maturação de uma disciplina que surgiu com a Diretiva europeia mas que deixou de ser um instrumento de consenso – como por muitas vezes são os documentos internacionais – para se aproximar de uma disciplina que represente certos anseios da sociedade em nome próprio. Assim, a importância dada à sua filiação aos direitos fundamentais – que não por acaso surge em um momento no qual a proteção de dados pessoais aparece presente tanto na

³⁶ SIMITIS, Spiros. "Vers un nouveau ...", cit., p.53.

Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia quanto no projeto de tratado que institui uma Constituição para a Europa, realizado pela convenção presidida por Valéry Giscard d'Estaing³⁷ – ao mesmo tempo em que se aperfeiçoam os meios da atuação da tutela revelam que uma primeira fase de assimilação cultural da disciplina já foi ultrapassada e que o panorama de seu desenvolvimento atual demonstra-se no sem-número de situações reais nas quais a tutela da pessoa se faz necessária através da proteção de seus dados pessoais

A ênfase em inovações no campo da forma de regulação é uma característica que o direito não raro assume quando dialoga em proximidade à tecnologia. Talvez uma das experiências mais interessantes deste Código seja justamente aproximar este diálogo da tutela da pessoa humana, podendo nos fornecer um interessantíssimo ensaio sobre a utilização de formas de regulação que costumam ser usadas para matérias cujos vínculos com o mercado são em geral mais fortes, se não quase exclusivos. Neste sentido, é possível que o Código italiano sirva como parâmetro do caminho a ser seguido no âmbito do próprio modelo europeu de proteção de dados, visto que o legislador nele favoreceu alguns aspectos da disciplina que não atraíram tanto a atenção de todos os outros legisladores europeus.

Por fim, o panorama europeu de proteção de dados pessoais é um fato e uma influência do qual países como o Brasil deverão ter em conta proximamente. Uma das razões para tal podemos extrair do fenômeno da convergência das legislações sobre o tema, conforme descrito por Colin Bennet³⁸, entre cujos motivos estaria uma espécie de "coerção" uniformizadora exercida pela tecnologia, além da necessidade dos padrões de proteção de dados estabelecerem níveis compatíveis na esfera internacional, para possibilitar o fluxo de dados e o próprio comércio. Assim, podemos especular que uma tendência a uma forma de proteção de natureza particular não seria desejável. Uma ilustração interessante é o caso recente da Argentina, que teve reconhecida a adequação do nível da proteção de dados pessoais oferecida pela sua nova legislação, no teor do artigo 25(1) da Diretiva europeia 95/46/CE. Esta recente decisão da Comissão europeia, acolhendo o parecer proposto pelo grupo que congrega as autoridades garantes de dados pessoais europeias³⁹, é significativa ao lembrarmos que a disciplina Argentina de proteção de dados pessoais iniciou-se com

³⁷ <http://european-convention.eu.int/> (15/08/2003)

³⁸ O autor notou este fenômeno em sua obra BENNET, Colin. *Regulating privacy. Data protection and public policy in Europe and the United States*. Ithaca: Cornell University Press, 1992; posteriormente desenvolveu-o em, p. ex., BENNET, Colin. "Convergence revisited: Toward a global policy for the protection of personal data", in AGRE, Philip. ROTENBERG. *Technology and privacy: The new Landscape*. Cambridge: MIT Press, 1997, 99-124.

³⁹ Disponível em: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/docs/adequacy/decision-c2003-1731/decision-argentine_pt.pdf (12/08/2003).

forte influência do direito brasileiro e do instituto do *habeas data* que, malgrado sua pertinência histórica, por si só não é capaz de estabelecer um sistema de tutela adequado à importância atual da matéria.