

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 45 • nº 180
Outubro/dezembro – 2008

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

O direito à intimidade na sociedade técnica

Rumo a uma política pública em matéria de tratamento de dados pessoais

Jorge Barrientos-Parra
Elaine Cristina Vilela Borges Melo

Sumário

1. Introdução. 2. A técnica como fator determinante da nossa sociedade. 3. O direito à intimidade e seus riscos na sociedade técnica. 3.1. Definição. 3.2. O devassamento do direito à intimidade na sociedade técnica. 4. O prontuário médico eletrônico. 4.1. O prontuário médico: conceito. 4.2 O prontuário médico eletrônico: um produto da telemedicina. 4.3. O prontuário médico eletrônico e a violação do direito à intimidade. 4.3.1. Os bancos de dados e a sua vulnerabilidade. 4.3.2 *De lege ferenda*: questões de política pública e princípios aplicáveis ao tratamento de dados pessoais. 5. Conclusões.

“La technique n’est pas neutre. C’est-à-dire qu’elle emporte par elle-même, et quelque soit l’usage que l’on veuille en faire, un certain nombre de conséquences positives ou négatives... Tout progrès technique se paie. Il n’y a pas de progrès technique absolu. À chaque avancée de la technique, nous pouvons en même temps mesurer un certain nombre de reculs. Le progrès technique soulève à chaque étape plus de problèmes (et plus vastes) qu’il n’en résout. Les effets néfastes du progrès technique sont inséparables des effets favorables. Tout progrès technique comporte un grand nombre d’effets imprévisibles”.

Jacques Ellul

Jorge Barrientos-Parra é Doutor em Direito pela Université Catholique de Louvain e Professor de Direito Constitucional do Curso de Administração Pública da UNESP.

Elaine Cristina Vilela Borges Melo é Advogada da Fundação Pio XII – Hospital de Câncer de Barretos. Mestre em Direito pela Universidade de Franca e Professora de Direito Público e Privado da Faculdade Barretos.

1. Introdução

Neste trabalho abordamos a questão do risco à vida privada e ao direito à intimidade consagrados na Constituição de 1988, em face da adoção de novas técnicas na sociedade contemporânea, como, por

exemplo, o prontuário médico eletrônico na prática hospitalar. Muitas são as aplicações da denominada telemedicina com evidentes vantagens para o corpo clínico, a administração hospitalar e o paciente. Entretanto, independentemente do uso que possamos dar às novas técnicas, além das suas conseqüências positivas, a sociedade deve fazer frente a variadas conseqüências negativas.

Para compreender o alcance e a profundidade das mudanças acarretadas pelas novas técnicas, seguiremos o pensamento do festejado jurista da Universidade de Bordeaux, Jacques Ellul, para quem a técnica passou a ser o fator determinante de nossa sociedade.

Evidentemente, não pretendemos aqui esgotar o assunto que extrapola, e muito, o âmbito do Direito, alcançando aspectos da Economia, da Sociologia, da Ciência Política, da Administração e da Ciência da Computação. Tentamos, simplesmente, por meio da análise da legislação, doutrina e jurisprudência, nacional e estrangeira, trazer luzes sobre esse importante tema para os legisladores, julgadores, formuladores de políticas públicas e estudiosos da sociedade contemporânea.

2. A técnica como fator determinante da nossa sociedade

Vivemos uma época de avassaladoras mudanças técnicas que mudam, de maneira irreversível, o mundo do trabalho, da educação, da política, do lazer, da saúde, da gestão e de outras esferas da atividade humana. Segundo Ellul, se Marx tivesse vivido em nossa época e se perguntasse sobre o fator determinante, sem dúvida teria respondido que a técnica é que conduz o mundo.

Já nos anos trinta do século passado, Ellul pensa a técnica como “un procédé général” e não simplesmente um meio da indústria simbolizado pela mecanização. Para ele, o progresso técnico engendra um fenômeno de proletarianização generalizada,

que concerne todos os homens e todos os aspectos da vida deles, superando a dimensão puramente econômica analisada por Marx (cf. TROUDE-CHASTENET, 2005, p. 130).

De acordo com Ellul, a técnica contemporânea caracteriza-se pelo i) automatismo, ii) autocrescimento, iii) unicidade, iv) universalismo, v) autonomia e vi) ambivalência.

i) Automatismo

Por automatismo da escolha técnica, Ellul (1990, p. 18) entende a impossibilidade de recusar a solução ou o método que envolve maior racionalidade e eficácia. Vivemos uma época em que deixou de haver simples técnicas, simples instrumentos ou máquinas e apareceu uma realidade comum: “o conjunto de todos os meios submetidos ao imperativo de uma eficácia sempre maior não importa qual seja o âmbito de aplicação, economia, organização do trabalho, ou das máquinas, etc” (BOURG, 2004, p. 69).

Na concepção elluliana, “o conjunto de todos os meios” quer dizer o conjunto de todos os métodos que caracterizam a sociedade em um momento específico da história. Em segundo lugar, esses métodos têm um caráter racional. Essa racionalidade consiste na adequação dos meios disponíveis aos fins propostos pela sociedade que os utiliza. Por último esses métodos devem ser eficazes. A eficácia se mede pelas vantagens que oferece um método a despeito de outros que se aplicam para solucionar o mesmo problema. Quando um método ou um engenho é mais conveniente que outros, opta-se por ele e os demais são descartados pelas suas desvantagens. O método escolhido resulta ser eficaz em sentido absoluto, já que se converte no método por excelência para resolver um determinado problema.

Assim a eficácia é o fator do qual depende tudo e o valor que o sistema privilegia em todas as esferas. Agora já não é suficiente o descobrimento de um novo método, mais eficaz que o precedente; é necessário que ele chegue a ser o método perfeito. Nesse processo cada vez mais acelerado,

o fenômeno técnico transforma o Estado e o próprio homem nada escapando à busca da eficácia, isto é, à busca do melhor meio em todos os âmbitos da vida humana (cf. ELLUL, 1990, p. 18).

Automatismo significa que não existe uma escolha entre várias técnicas, mas simplesmente que a mais eficaz se impõe independentemente de outros parâmetros, avançando sobre outros âmbitos e absorvendo-os (cf. TROUDE-CHASTENET, 1992, p. 34). Dessa forma se do ponto de vista técnico algo pode ser feito, será feito independentemente de critérios religiosos, morais, filosóficos, costumeiros, ou de qualquer outra ordem.

ii) Autocrescimento

A partir de certo estágio, a técnica se produz a si própria, suscitando problemas de natureza técnica, que exigem soluções que só a própria técnica pode resolver. Assim Ellul (1990, p. 83-84) constata que é o princípio de combinação das técnicas que provoca o autocrescimento, e o formula em duas leis: 1ª) em uma civilização técnica, o progresso técnico não se detém e não tem limites; 2ª) o progresso técnico tende a efetuar-se, não de acordo com uma progressão aritmética, mas de acordo com uma progressão geométrica.

Nessa evolução o homem desempenha um rol cada vez menos importante, apenas verificando e registrando o efeito das técnicas umas sobre as outras e seus resultados. Isso porque, cada vez mais, o desenvolvimento técnico segue processos em cadeia que excluem a intervenção humana. Dessa forma se perde qualquer finalidade transcendente inerente ao homem. Nas palavras de Ellul (1990, p. 90): "O que acreditamos ter demonstrado no parágrafo anterior, é justamente que a técnica é totalmente estranha a essa noção, que não persegue um fim, confessado ou não, mas que evolui de modo puramente causal: a combinação de elementos precedentes fornece novos elementos técnicos. Nenhuma idéia, nenhum plano se realiza progressivamente...

Estamos numa ordem de fenômenos cega em relação ao futuro, em um domínio de causalidade integral".

Em última análise, o autocrescimento significa que a técnica progride não diríamos sem, mas a despeito da intervenção humana. O homem é associado a ela sem perceber, na medida em que é previamente absorvido pelo sistema. Dessa forma o homem é impotente para frear ou deter a progressão da técnica.

iii) Unicidade

Ellul (1990, p. 91) observa que o fenômeno técnico, englobando o conjunto das técnicas, constitui uma totalidade que apresenta sempre, e em qualquer parte, os mesmos caracteres. A unicidade não nos permite distinguir entre a técnica e o uso que dela se faz, pois o "ser" da técnica consiste no seu uso, que não é bom nem mau, justo ou injusto, simplesmente porque, sendo técnico, é o único uso possível não podendo ser julgado em função de critérios religiosos, morais ou estéticos. O consagrado professor da Universidade de Bordeaux chega então à formulação do seguinte princípio: "o homem está colocado diante de uma escolha exclusiva, utilizar a técnica convenientemente, de acordo com as regras técnicas, ou não utilizá-la, de modo algum; mas é impossível utilizá-la a não ser de acordo com as regras técnicas".

As necessidades e os modos de ação de cada uma das técnicas se combinam formando um todo, cada parte sustentando e reforçando a outra, constituindo um fenômeno coordenado, do qual é impossível retirar um elemento. Assim é um equívoco e mera ilusão (compreensível de qualquer forma) querer suprimir a parte "má" da técnica e conservar o lado "bom".

iv) Universalismo

O processo de universalização da técnica apresenta dois momentos: o geográfico e o qualitativo. Aos poucos, a técnica penetrou e conquistou todos os países. Aqueles que ainda não a assimilaram, na proporção e na escala necessária, almejam fazê-lo

rapidamente. A reivindicação dos países emergentes pelo desenvolvimento é na verdade uma exigência de tecnificação.

Esse processo tem conseqüências destrutivas sobre as culturas tradicionais, uma vez que a técnica tende a reduzir tudo aos seus próprios padrões e exigências; assim, em todos os âmbitos, religião, costumes, filosofia, arte, instituições, a técnica provoca a ruína das outras civilizações. Isso acontece porque a técnica exige uma transformação da totalidade da vida. Implica mudanças no trabalho, máquinas e seus acessórios; implica órgãos de coordenação e de administração racional; e, mais ainda, supõe uma adesão interior do homem ao regime.

Em outras palavras, a técnica impõe a sua própria axiologia, isto é, a racionalidade instrumental e a eficácia. Diante desses valores, as culturas tradicionais se reduzem a restos, destroços e fragmentos que serão recolhidos aos museus, como testemunhos e vestígios de épocas mortas (Cf. CORBI-SIER, 1968, p. 17).

Segue-se daí que a técnica não pode deixar de ser totalitária; quando ela fixa um método, tudo lhe deve ser subordinado. Portanto, não há mais objetos ou situações neutras. Ellul (1990, p. 114) exemplifica com a técnica da propaganda: “elle est totalitaire dans sa nature, dans son message, dans ses méthodes, dans son champ d’action et dans ses moyens: que pourrait-on demander de plus?”.

v) Autonomia

A técnica desenvolve-se em obediência às suas próprias leis, não respeitando qualquer oposição; ela é um poder dotado de força própria, de sorte que se a utilizamos devemos aceitar a especialidade, a autonomia de seus fins, a totalidade de suas regras – que os desejos e aspirações do homem em nada podem modificar.

A técnica condiciona e provoca as mudanças sociais, políticas e econômicas. “Elle est le moteur de tout le reste, malgré les apparences, malgré l’orgueil de l’homme qui prétend que ses théories philosophiques

ont encore une puissance déterminante et que ses régimes politiques sont décisifs dans l’évolution. Ce ne sont plus les nécessités externes qui déterminent la technique, ce sont ses nécessités internes. Elle est devenue une réalité en soi qui se suffit elle-même, qui a ses lois particulières et ses déterminations propres” (ELLUL, 1990, p. 122).

A decorrência da autonomia é que a técnica se coloca como instância acima do bem e do mal, não tolera ser julgada por ninguém. Ela é o valor supremo, em função do qual todos os outros devem ser aferidos; é a instância última e irrecorrível, a partir da qual são formulados os julgamentos inapeláveis. De forma que a técnica se julga a ela própria. Em casos controvertidos que levantam questões éticas e morais, a técnica não somente recusa ser julgada como se levanta como juiz da moral, construindo uma nova moral. Assim tudo o que a técnica faz ou pode fazer é permitido, lícito e justificado.

A técnica também é sacrílega, não no sentido eclesiástico do termo, mas no sentido sociológico. Uma vez que o mundo para o homem não é somente material; ele concebe uma realidade espiritual, podendo ser fenômenos ou forças desconhecidas ou talvez incognoscíveis. No mundo ocorrem fenômenos que o homem interpreta como mágicos. Os psicanalistas estão de acordo a esse respeito: o sentimento do sagrado, o sentido do secreto são elementos sem os quais o homem não pode absolutamente viver. Em grande parte, o mistério é desejado pelo homem. O sagrado é o que se decide inconscientemente respeitar. Entretanto, como explica Ellul: “La technique n’adore rien, ne respecte rien; elle n’a qu’un rôle: dépouiller, mettre au clair, puis utiliser en rationalisant, transformer toute chose en moyen”. (ELLUL, 1990, p. 130-131).

vi) Ambivalência

Além de tudo isso, a técnica é ambivalente; ela libera, porém ela também aliena (TROUDE-CHASTENET, 2005, p. 130), isto é, os efeitos nefastos são inseparáveis dos

efeitos positivos; o progresso técnico tem seus custos, acarreta problemas novos e tem efeitos imprevisíveis (ELLUL, 1988, p. 89-200). Nesse sentido, a tendência atual da telemedicina, de passar a adotar o prontuário médico eletrônico nas instituições hospitalares, possibilita, de um lado, maior eficácia nas atividades médico-hospitalares, o que é indiscutível, mas, por outro, multiplica em grau superlativo os riscos ao direito à intimidade do paciente, como veremos.

3. O direito à intimidade e seus riscos na sociedade técnica

O termo *intimidade* designa o caráter do que é *íntimo*, isto é, o cerne, o âmago, o interior e o profundo que constitui a essência de um ser, no caso em tela, da pessoa humana. A intimidade pode ser vista de uma perspectiva tríplice: como fenômeno, como idéia e como direito. Para Ortega y Gasset (1966, p. 84), é um fenômeno, um fato e não uma mera hipótese metafísica. A idéia de intimidade, isto é, a consciência e a teorização sobre ela não se encontra em todas as sociedades; podemos dizer que é na sociedade ocidental onde a idéia de intimidade alcançou seu máximo desenvolvimento especulativo (cf. RUIZ MIGUEL, 1995, p. 27.). A seguir falaremos resumidamente da intimidade como direito, abrangendo a sua definição e a questão do devassamento da intimidade na sociedade técnica. Entre os pioneiros na defesa da intimidade, cita-se o Juiz Thomas Cooley que, na sua obra "The elements of Torts" de 1873, definiu a privacidade como o *right to be alone*, isto é, o direito a ser deixado em paz (cf. SILVA, 2007, p. 100). A primeira elaboração teórica do direito à intimidade é creditada a Warren e Brandeis, que, em 1890, publicaram a teoria do *right to privacy* com o intuito de dar fundamentação ao direito de "gozar a vida", isto é, "o direito a estar só".¹

¹ (Cf. WARREN; BRANDEIS, 1980 apud MORALES PRATS, 1984, p. 15-81). Em italiano fala-se de

3.1. Definição

Seguindo uma linha etimológica, vários autores têm forjado as suas definições de intimidade; assim, por exemplo, para Batllé Sales (1972, p. 6), a intimidade de uma pessoa seria "tudo aquilo que lhe é próprio e exclusivo". Para Urabayen (1977, p. 9-10), seria o interior, o mais reservado, o sentir mais profundo do ser humano. Para ele, a intimidade relaciona-se com estar só, com reserva, em oposição ao público; refere-se a uma pessoa nas suas relações consigo mesma ou com algumas outras muito próximas a ela como cônjuge, filhos, pais, alguns amigos que a rodeiam na sua vida cotidiana como sucessivos e estreitos círculos concêntricos.

No âmbito jurídico, a doutrina entende que a intimidade é um direito personalíssimo, isto é, um poder concedido à pessoa sobre o conjunto de atividades que formam seu círculo íntimo, no sentido de obstar aos estranhos de intrometer-se nele e de impedir qualquer publicidade indesejada (cf. ALBADALEJO, 1996, p. 66-67). Na mesma linha de pensamento, Dotti (1980, p. 69) entende que a intimidade caracteriza-se como "a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais". Não se afasta deles o magistério de Fariñas Matoni (1983, p. 357) que escreve: "Derecho subjetivo a la intimidad es la facultad del hombre, esgrimible *erga omnes*, consistente en poder graduar el 'eje mismidad alteridad' que la intimidad es, y que radica en la misma naturaleza esencial del hombre, anterior a la sociedad y al Estado, y que comporta la posibilidad de solicitar el pertinente amparo del ordenamiento jurídico cuando dicha facultad sea transgredida o vulnerada".

Quanto ao alcance do direito à intimidade, uma Conferência de Juristas Nórdicos, realizada em 1967, aprovou a tese de que

diritto a riservatezza como a exclusão do conhecimento de outrem de quanto se refira à pessoa mesma, cf. "Riservatezza e segreto (Diritto a)", in *Novissimo Digesto Italiano*, p. 115.

o direito à intimidade seria a proteção à vida privada do indivíduo, que deveria estar protegido contra toda ingerência na sua vida privada familiar, contra todo ataque a sua honra e reputação e contra toda divulgação desnecessária de fatos embaraçosos concernentes à sua vida privada. Evidentemente se incluem aqui os dados sobre a sua saúde constantes de prontuários médicos.

Em relação aos interesses protegidos seriam:

- primeiro, que as notícias ou segredos do indivíduo não venham a ser devassados;

- segundo, que essas notícias ou segredos não venham a ser divulgados.

Em resumo o direito à intimidade é a faculdade de todo indivíduo de manter desconhecido e inviolado o seu âmbito privado. É um direito individual ou humano, reconhecido e consagrado universalmente, existindo remédios para sua efetiva proteção.

No Brasil a Constituição Federal de 1988, reconhecendo esse entendimento, estabeleceu no art. 5º, X, que: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação".

Note-se que o legislador constituinte distingue os conceitos de intimidade e vida privada, mas na doutrina o direito à intimidade em geral é considerado como sinônimo do direito à privacidade; este tem clara raiz na Common Law estadunidense. O direito à intimidade seria a terminologia mais utilizada no Direito dos povos latinos (SILVA, 2007, p. 101).

3.2. O devassamento do direito à intimidade na sociedade técnica

Como vimos a Constituição Federal visa proteger as pessoas da violação do direito à intimidade e à vida privada, que não é simplesmente uma tendência mas uma face, muito particular, da sociedade técnica

na qual estamos imersos. De fato a multiplicação e o desenvolvimento dos bancos de dados em rede e o armazenamento dos dados pessoais – inclusive dos prontuários médicos em fichários eletrônicos – constituem uma formidável e constante ameaça à intimidade e à vida privada não porque sejam negativos em si, mas porque obedecem ao automatismo e à falta de finalidade do progresso técnico como já o demonstrou Ellul em vários trabalhos pioneiros².

Para Foucault (apud MORALES PRATS, p. 32), com a informática se estabelece um *controle virtual*, intangível, que se pode concretizar a qualquer momento em virtude de sofisticados e rápidos instrumentos.

Por isso, pelo direito, o homem de nosso tempo, no plano nacional³ e internacional⁴, procura não diremos solucionar o problema, mas minorar os seus nefastos efeitos, uma vez que seria ingenuidade ou mera ilusão confiar que, nas mãos de empresas particulares ou de organizações do governo, nossos dados estariam resguardados de olhos indiscretos ou criminosos.

A realidade demonstra que qualquer pessoa que entenda um pouco de informática pode, de qualquer país do mundo e anonimamente, invadir bancos de dados e cometer inúmeros crimes pelo computador

² Consultar entre outros, *La technique ou l'enjeu du siècle*. Paris: Economica, 1990 (1ª edição de 1954 de Armand Colin) ; *Le système technicien*. Paris: le cherche midi, 2004 (1ª edição de Calmann-Lévy, 1977); *Le bluff technologique*. Paris: Hachette, 1988); *L'illusion politique*. Paris: La Table Ronde, 2004 (1ª edição de Robert Laffont, 1965); *Exégèse des nouveaux lieux communs*. Paris: La Table Ronde, 2004 (1ª edição de Calmann-Lévy, 1966). *Propagandes*. Paris: Economica, 1990; *L'Empire du non sens. L'art et la société technicienne*. Paris: PUF, 1980.

³ Consultar a Lei Orgânica da Espanha 15/99, de 13 de dezembro de 1999, sobre "*Protección de datos de carácter personal*"; ver também a Lei argentina 25.326 de 30 de outubro de 2000.

⁴ Ver a Diretiva 95/46/CE de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas físicas no que se refere aos dados pessoais e à livre circulação de tais dados. Consultar também a Diretiva 2002/58/CE, de 12 de julho de 2002, editada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Européia.

ou com seu auxílio. Outras vezes é a negligência ou conivência daqueles que teriam de proteger esses dados que possibilita a sua violação. O prof. José Martínez de Pison Caveró (1993, p. 147) conta que, num município perto de Madrid, uma empresa de publicidade desenvolvia um lucrativo comércio, com uma base de dados contendo até 50 informações diferentes de mais de vinte milhões de espanhóis.

Outro fato ilustrativo, também de dimensões dantescas, aconteceu faz pouco tempo na Grã-Bretanha. Em 20 de novembro de 2007, o chanceler britânico anunciou, diante do Parlamento, que dois CDs contendo dados pessoais de 25 milhões de famílias britânicas haviam “desaparecido”. Nesse grave incidente, estão envolvidos o HM Revenue & Customs e o serviço social de apoio às famílias, dois importantes órgãos do governo do Reino Unido (PORTER, 2007, p. 20). Agora, pasme o leitor, o mesmo HMRC (Her Majesty’s Revenue & Customs) já estivera envolvido em incidentes semelhantes; em setembro de 2007, perdera um computador portátil contendo os dados pessoais de 400 pessoas, e, em outubro de 2007, perdera um outro CD contendo os dados de aposentadoria de 15.000 pessoas. Quanto a esses fatos, gostaríamos apenas de fazer dois comentários: primeiro, os dados “perdidos” são justamente os mais apetecidos por ladrões que podem utilizá-los para forjar documentos falsos, retirar dinheiro de contas bancárias e realizar fraudes e chantagens de todo tipo, isto é, nome, endereço, informações bancárias, data de nascimento do cônjuge e dos filhos. Segundo, isso acontece na Grã-Bretanha, um país desenvolvido, de longa tradição democrática, considerado modelo em matéria de reforma do Estado e com baixo nível de percepção de corrupção. Que esperar então de outros onde o funcionalismo é venal? E as relações público-privadas pautam-se pelo patrimonialismo?

Mais recentemente, um analista sênior da *Central Intelligence Agency*, em uma

conferência a membros dos governos dos Estados Unidos, do Reino Unido, da Suécia e da Holanda, além de engenheiros e especialistas em segurança, em Nova Orleans, declarou que *hackers* já causaram blecautes em várias regiões fora dos Estados Unidos, e, depois de invadirem empresas de infraestrutura, fizeram chantagem⁵. Isso nada mais é do que a extensão a empresas e instituições dos constantes ataques via *spams* (comunicações comerciais não solicitadas), *spywares* (programas espíões), *phishing* (*e-mails* enviados por estelionatários, como se fossem provenientes de empresas ou organizações muito conhecidas) e *pharming* (que adiciona falsas informações nos servidores dos computadores do internauta permitindo o redirecionamento para *sites* clonados) que já importunaram a vida de 80% dos usuários da internet causando transtornos e perdas financeiras avaliadas em US\$ 1,2 bilhão ao ano.⁶ Quem já não recebeu um *spam*, um *spyware*, um *phishing* ou um *pharming*, ou vários deles?

4. O prontuário médico eletrônico

A sociedade técnica exige a informatização acelerada de todos os âmbitos da atividade humana, como vimos, em razão da busca da eficácia que não seria a mesma se se continuasse a utilizar velhos instrumentos e processos. Tomemos o exemplo da adoção do prontuário médico eletrônico que é somente uma das técnicas que a telemedicina dissemina pelo mundo afora.

4.1. O prontuário médico: conceito

Falar do prontuário médico é referir-se a um elemento essencial e obrigatório na prática médica. De acordo com De Plácido e Silva (1998, p. 650), prontuário médico

⁵ Cf. Folha de S. Paulo, Quarta feira 30 de janeiro de 2008, p. F7.

⁶ Cf. LUCCA, Newton de. Aspectos atuais da proteção aos dados pessoais no âmbito do espaço virtual. Disponível em: <http://ce.desenvolvimento.gov.br/dataprotection/default.asp?M=D>. Acesso em: 31 jan. 2008.

“designa, na linguagem técnico-administrativa, toda espécie de fichário ou livro de apontamento, onde devidamente classificada e em certa ordem, se tem disposta uma série de informações, que devam ser de pronto encontradas”.

Para Carneiro (2002, p. 834), “o prontuário do paciente é o documento único constituído de um conjunto de informações registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência prestada a ele, de caráter geral, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre os membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo”.

Adotando um ponto de vista descritivo, a definição do Conselho Federal de Medicina⁷ nos parece suficientemente abrangente e detalhada, vejamos: “Documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e assistência a ele prestada, de caráter geral, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo.”

Assim o prontuário médico, além de conter os dados de identificação do paciente com todas as caracterizações que lhe são peculiares, contém dados específicos relacionados ao diagnóstico do mesmo, descrevendo a terapêutica proposta, os resultados de exames realizados, os procedimentos tomados, enfim, todas as informações existentes da relação médico-paciente não incluindo apenas o atendimento específico,

⁷ Resolução CFM 1.638/02. Aprova as “Normas Técnicas para o Uso de Sistemas Informatizados para a Guarda e Manuseio do Prontuário Médico”, dispõe sobre tempo de guarda dos prontuários, estabelece critérios para certificação dos sistemas de informação e dá outras providências. Revoga-se a Resolução CFM nº 1.331/89. (Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília, DF, n. 154, 12 ago. 2002. Seção 1, p. 124-5). Retificação: (Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília, DF, n. 164, 26 ago. 2002. Seção 1, p. 204).

mas toda a situação médica do paciente, inclusive toda a história progressiva relacionada ao tratamento realizado por profissional de saúde ao qual se sujeitou o paciente.

De forma que o prontuário médico pode ser comparado a um dossiê objetivando a análise da evolução psicossocial-clínica, para análise e estudo da evolução científica e também como defesa profissional, caso venha ser responsabilizado por algum resultado atípico ou indesejado (cf. CERQUEIRA LUIZ, 2003, p. 9).

Assim entendemos que as duas funções básicas do prontuário médico são:

- i) *A primeira a serviço do paciente*, como método e como base da colheita de informações, uma vez que, por meio dele, propicia-se a rápida comunicação entre os profissionais a respeito do diagnóstico e cuidados ministrados ao paciente, servindo como base para o acompanhamento e evolução de uma determinada patologia, dos progressos ou retrocessos terapêuticos e do controle das informações. Relacionando essa função com o direito à intimidade, entendemos que, em qualquer circunstância, a violação do sigilo profissional ou o vazamento das informações contidas no prontuário médico constituem violação do direito à intimidade dando ensejo a aplicação do art. 5º, X, da Constituição Federal e as suas conseqüências no plano jurídico, a saber, o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação ao direito à intimidade do paciente. Nesses casos o médico, a equipe médica e o hospital ou casa de saúde devem responder solidariamente, uma vez que são eles os responsáveis por sua conservação e utilização.
- ii) *A segunda a serviço do médico e/ou da equipe médica e da coletividade*. Quanto a isso observamos que o prontuário é um elemento de valor probante fundamental nas contestações sobre

possíveis irregularidades. Além dos depoimentos pessoais, o registro dos dados no prontuário aparece como um dos deveres de conduta mais cobrados pelos que avaliam um procedimento médico, por isso: “é vedado ao médico deixar de elaborar prontuário médico para cada paciente”.⁸

Trata-se então de documento obrigatório que, se requisitado, não poderá deixar de ser exibido em juízo, sob pena de o magistrado admitir como verdadeiros os fatos que o requerente, por meio do documento, queria provar.⁹

Quanto aos serviços à coletividade, a Lei¹⁰ dispõe que é direito do usuário dos serviços de saúde acessar, a qualquer momento, o seu prontuário médico.

Segundo Tanji (2004, p.16-20), os registros, além de representarem, para toda a equipe multidisciplinar, um documento de relevante valor técnico, científico e ético-legal, avaliam a qualidade do atendimento prestado, proporcionam um meio de comunicação entre os profissionais de saúde e propiciam visibilidade e identificação da responsabilidade profissional sobre suas ações.

Desse modo, observamos que o registro de todos os elementos clínicos no prontuário médico é exigência legal,¹¹ isto

porque servirá de fonte para elucidação de questões que envolvam a conduta ética dos profissionais da saúde em relação aos cuidados ministrados, bem como para a preservação da relação médico-paciente dentro de um contexto de ações, meio e resultados.

4.2. O prontuário médico eletrônico: um produto da telemedicina

A adoção do prontuário médico eletrônico é uma tendência irreversível. Em primeiro lugar, porque o armazenamento em arquivos convencionais gera problemas de espaço nos hospitais e centros de saúde pela imensa quantidade de papel a ser conservada (cf. CARNEIRO et al. 2002, p. 833). Com a adoção do prontuário eletrônico, ocorrerá a eliminação de algumas práticas como furar papel, encapar os prontuários, gerir fluxos de prontuários entre diversos setores, etc. Os procedimentos serão mais rápidos, os arquivos não ocuparão espaço físico. Enfim, ganhará o paciente, a equipe médica e a administração.

Em segundo lugar, de acordo com Turban (2004, p. 41), os meios eletrônicos no âmbito hospitalar proporcionam: “redução do tempo de ciclo, melhoria no processo de tomada de decisão de médicos e paramédicos, distribuição de informação”.

Em terceiro lugar, o prontuário médico eletrônico, numa abordagem mais geral, deve ser visto como um dos tantos produtos da telemedicina, que pode ser definida como sendo a aplicação das técnicas da informática e das comunicações ao âmbito médico-hospitalar (cf. HERVEG, 2007, p. 1). Com efeito, além do prontuário médico eletrônico, a telemedicina oferece inúmeros produtos e serviços, por exemplo:

– as imagens médicas (ultrasonografia, abreugrafia, tomografias, escanografias,

⁸ Art. 69 da Resolução 1.246, de 26 de janeiro de 1988 – Código de Ética Médica. O presente Código entrou em vigor na data de sua publicação e revogou o Código de Ética Médica (DOU, 11-01-65), o Código Brasileiro de Deontologia Médica (Resolução CFM nº 1.154, de 13-04-84) e demais disposições em contrário. (D.O.U.; Poder Executivo, 26 jan. 1988, p. 1.574-7, Seção 1).

⁹ Art. 359 do Código de Processo Civil.

¹⁰ Lei Estadual nº 10.241, de 17 de março de 1999, art. 2º, IV. Diário Oficial do Estado; Poder Executivo, São Paulo, SP, nº 51, 18 mar. 1999, seção 1, p. 1.

¹¹ “Todos os estabelecimentos de assistência à saúde deverão manter de forma organizada e sistematizada os registros de dados de identificação dos pacientes, de exames clínicos e complementares, de procedimentos realizados ou terapêutica adotada,

da evolução e condições de alta para apresentá-los à autoridade sanitária sempre que esta o solicitar, justificadamente, por escrito”. Lei Estadual nº 10.083/98, art. 58, Código Sanitário do Estado de São Paulo.

etc) passam a ser numéricas e circulam mais rapidamente;

- as receitas de medicamentos podem ser dadas em forma eletrônica;

- novos dispositivos médicos como os sistemas de televigilância;

- os bancos de dados da área da saúde podem ser postos em rede no âmbito local, regional, nacional ou internacional;

- roupas inteligentes, que, munidas de detectores eletrônicos, podem captar diferentes parâmetros bioquímicos do paciente o que permite aplicar medicamentos à distância em determinadas circunstâncias;

- comunicação de médicos e paramédicos por meio de redes telemáticas permite a consulta e a cirurgia a distância;

- agendamento de consultas e a gestão dos leitos hospitalares poder ser feita eletronicamente;

- variadas ferramentas de ajuda ao diagnóstico e à terapia, transferindo os conhecimentos médicos ao computador e transformando os profissionais da medicina apenas numa interface em contato com o paciente;

- enfim, os setores de controle e de financiamento médico-hospitalar criam os seus próprios sistemas de informação com o intuito de dar maior eficácia às suas operações.

Como notamos acima, vivemos uma época em que a preocupação central da sociedade é a técnica, definida como a busca do melhor meio em todos os âmbitos da vida humana;¹² assim, a adoção do prontuário eletrônico possibilita uma maior eficácia na gestão hospitalar, numa ten-

dência irreversível, universal e sistêmica. Porém o que nos interessa aqui é estudar as conseqüências negativas de aplicação dessa técnica, a saber, a questão dos riscos ao direito à intimidade. É o que faremos a seguir.

4.3. O prontuário médico eletrônico e a violação do direito à intimidade

Tendo em vista o já dito em relação ao direito à intimidade e à multiplicação exponencial dos delitos digitais na sociedade técnica, pode-se dizer que a violação do direito à intimidade e a violação da privacidade de qualquer indivíduo é uma das conseqüências negativas do progresso técnico.

4.3.1. Os bancos de dados e a sua vulnerabilidade

O indivíduo está órfão diante do formidável sistema técnico que controla a sua existência abrangendo uma rede de empresas e instituições que inclui o próprio Estado¹³.

Assim sendo, o prontuário médico eletrônico é apenas um risco a mais. Um risco gigantesco se olharmos o que acontece na Grã-Bretanha em que os prontuários médicos serão centralizados num banco de dados do National Health Service - NHS, que conterá os dados de mais ou menos 50 milhões de pessoas. A esses dossiês terão acesso, "somente", médicos e hospitais, quer dizer algo assim como 300.000 pessoas (PORTER, 2007, p. 20). Considerando a prática recente, temos sérias dúvidas sobre a segurança dos dados dessas pessoas.

O futuro sistema de informação em dois níveis na Bélgica, em matéria de saúde (Be-Health), conectará no seu primeiro nível a

¹² "Nous voyons donc que cette double intervention dans le monde technique qui produit le phénomène technique peut se résumer comme 'la recherche du meilleur moyen dans tous les domaines'. C'est ce 'one best way' qui est à proprement parler le moyen technique et c'est l'accumulation de ces moyens qui donne une civilisation technique. Le phénomène technique est donc la préoccupation de l'immense majorité des hommes de notre temps, de recherché en toutes choses la méthode absolument la plus efficace". (ELLUL, 1990, p. 18-19).

¹³ Sobre o assunto ler o artigo de Simon Jenkins, "A Grã-Bretanha sob o terror da vigilância". O Estado de São Paulo, Domingo 10 de fevereiro de 2008, p. A 16. Nele se informa que 800 organizações - incluindo a polícia, o Fisco e os governos central e local - ordenaram, e quase sempre conseguiram, 253 mil intromissões na vida privada de cidadãos.

infra-estrutura permanente de telecomunicações¹⁴. No segundo nível, o sistema conectará as bases de dados de todos os hospitais do país. Serão verdadeiras auto-estradas da informação por onde passará todo e qualquer dado relacionado com a aplicação da telemedicina. De sorte que, no futuro próximo em matéria de saúde, também no Brasil, em todos os níveis da federação, os governos propiciarão políticas públicas de desenvolvimento de infra-estruturas telemáticas, com os conseqüentes riscos para a privacidade e para o direito à intimidade dos pacientes.

Certo, o cidadão que precisa de serviços médicos não se preocupa quanto a quem tem acesso a seus dados, e assina rapidamente – quando pode – qualquer papel, ainda mais quando o discurso oficial é mais ou menos este: a tecnologia vai melhorar os serviços hospitalares tornando-os mais eficazes, e ainda maiores recursos serão investidos a fim de fornecer serviços de primeira linha. A verdade, porém, é que, do lado do paciente, nos encontramos com uma realidade quase matemática: quanto maior for a base de dados, maior será o número de pessoas que poderão acessá-la e menor será a segurança dos dados dos pacientes. Esses dados poderão cair nas mãos de jornalistas à procura do estado de saúde de um artista famoso, de detetives privados à procura de segredos ou simplesmente de vendedores de dossiês (nesse mercado, compradores não faltam).

Assim podemos perguntar-nos: como garantir os direitos da pessoa humana perante o sistema técnico no qual nos achamos inseridos?

Como vimos o progresso técnico implica a perda da liberdade do indivíduo. A civilização técnica aniquila nossa liberdade (cf. BOURG, 2004, p. 71). À medida que o sistema se aperfeiçoar e ganhar eficácia,

vai exigir que todos os dados das pessoas estejam em uma ou em poucas bases de dados, possibilitando assim um maior e melhor controle.

Uma resposta possível e razoável dos operadores do direito é a de tentar uma resistência libertária diante do sistema, desenvolvendo um controle democrático dos bancos de dados, sobretudo aqueles impostos pelo Estado. Para cumprir esse rol em direito comparado, surgem as denominadas Comissões de Controle. Por outro lado, é necessário utilizar o direito, não como mera técnica de controle a serviço do Estado e do capital, mas como último obstáculo para evitar que a técnica informática – sinal do avassalador progresso do sistema técnico – imponha-se ao preço da liberdade e da violação do direito à intimidade das pessoas.

No âmbito da iniciativa privada, muitas vezes operando gigantescos bancos de dados em rede, a atitude deve ser semelhante, o controle e a utilização das barreiras de segurança estabelecidas na lei.

Tudo isso porque como sentenciou o TJRJ:

“... III – O ser humano tem uma esfera de valores próprios que são postos na sua conduta não apenas em relação ao Estado, mas, também, na convivência com seus semelhantes. Respeitam-se, por isso mesmo, não apenas aqueles direitos que repercutem no seu patrimônio material, mas aqueles direitos relativos aos seus valores pessoais, que repercutem nos seus sentimentos. Não é mais possível ignorar esse cenário em uma sociedade que se tornou invasora porque reduziu distâncias, tornando-se pequena, e, por isso, poderosa na promiscuidade que propicia. Daí ser desnecessário enfatizar as ameaças à vida privada que nasceram no curso da expansão e desenvolvimento dos meios de comunicação de massa. IV – Nenhum homem médio poderia espantar os

¹⁴ Sobre o Be-Health do governo federal belga consultar: https://portal.health.fgov.be/portal/page?_pageid=56,4280428&_dad=portal&_schema=PORTAL.

seus mais íntimos sentimentos de medo e frustração, de indignação e revolta, de dor e mágoa, diante da divulgação de seu nome associado a uma doença incurável, desafiadora dos progressos da Ciência e que tantos desesperos têm causado à Humanidade. V- O art. 5º, X, da CF assegura ao ser humano o direito de obstar à intromissão na sua vida privada. Não é lícito aos meios de comunicação de massa tornar pública a doença de quem quer que seja – ainda mais quando a notícia é baseada apenas em boatos –, pois tal informação está na esfera ética da pessoa humana, dizendo respeito à sua intimidade, à sua vida privada. Só o próprio paciente pode autorizar a divulgação de notícia sobre a sua saúde.”¹⁵

4.3.2. De lege ferenda: *questões de política pública e princípios aplicáveis ao tratamento de dados pessoais*¹⁶

Tendo em vista o totalitarismo da sociedade técnica, a vulnerabilidade dos bancos de dados e a adoção crescente do prontuário médico eletrônico, reiteramos a urgência da adoção de um marco jurídico adequado entre nós que discipline essas relações jurídicas e que salvaguarde os referidos direitos individuais. Com efeito, muito embora as disposições constitucionais que consagram a inviolabilidade da intimidade, da privacidade e das comunicações e que protegem o consumidor,¹⁷ o Brasil não so-

mente carece de uma lei federal de proteção de dados, mas também de uma política pública em matéria de dados pessoais e de controle dos bancos de dados.

Nesse plano poderíamos perguntar quais seriam as idéias fundamentais a serem retidas, quais os princípios a serem adotados?

Entre as várias leis existentes em Direito Comparado que abordam a matéria, entendemos que, no plano dos princípios, a Diretiva 95/46/CE¹⁸ da União Européia se constitui num excelente modelo que pode ser adaptado à nossa realidade, uma vez que estabelece um equilíbrio entre a imprescindível proteção da intimidade e da vida privada das pessoas, de um lado, e a livre circulação dos dados pessoais, de outro. Apresentaremos a seguir esses princípios que têm inspirado várias legislações nacionais.¹⁹

Primeiramente quanto ao espírito da diretiva, devemos dizer que aporta o salutar princípio de que a informática esteja a serviço do indivíduo e de que não atente nem contra a identidade humana, nem contra os direitos do homem, nem contra a vida privada, nem contra as liberdades individuais nem públicas.

Quanto ao seu âmbito de aplicação, a Diretiva aplica-se tanto aos dados tratados por meios automatizados, como aqueles destinados a figurar num fichário de papel tradicional. Não se aplica ao tratamento de dados efetuado por uma pessoa física na esfera de suas atividades domésticas ou exclusivamente pessoais. Tampouco se aplica ao tratamento de dados concernente à segurança do Estado, segurança pública e defesa nacional.

¹⁵ TJRJ, Ap. Cível 3.059/1991, j. 19/11/1991, RDA 185/197.

¹⁶ Entende-se por tratamento de dados de caráter pessoal toda operação ou conjunto de operações tendente a colher, gravar, organizar, conservar, adaptar, modificar, extrair, consultar, utilizar, comunicar, transmitir, difundir, colocar a disposição, ligar, interconectar, bloquear, apagar ou destruir esses dados.

¹⁷ Incluímos aqui o art. 5º, LXXII (*Habeas Data*); 5º, X (intimidade e privacidade); 5º, XII (inviolabilidade das comunicações) e 5º, XXXII (proteção ao consumidor).

¹⁸ Co-decisão COD/1990/0287. Entrada em vigor 13.12.1995. Transposição nos Estados Membros 24.10. 1998. Publicada no Jornal Oficial como L 281 de 23.11.1995.

¹⁹ Essa Diretiva serviu de modelo, entre outras, à *Ley orgánica de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal* de Espanha nº 15/99 e à Lei argentina nº 25.326, de 30 de outubro de 2000, e Decreto nº 1.558 de 2001.

O objetivo da Diretiva é proteger os direitos e liberdades dos indivíduos, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, utilizando como instrumento a aceitação de princípios orientadores que determinam a legitimidade desses tratamentos. Esses princípios dizem respeito a:

i) Qualidade dos dados: os dados pessoais devem ser exatos e se necessário atualizados. Devem ser objeto de um tratamento lícito e honesto e ser colhidos para determinadas finalidades, legítimas e explícitas.

ii) Legitimidade do tratamento de dados: este somente poderá ser efetuado se a pessoa em questão tiver outorgado o seu consentimento de forma inequívoca ou se o tratamento for necessário para:

- a execução de um contrato no qual a pessoa em questão seja parte contratante;

- o cumprimento de uma obrigação legal à qual o responsável pelo tratamento esteja sujeito;

- a proteção de interesses vitais da pessoa em questão;

- a execução de uma missão de interesse público;

- o prosseguimento de interesses legítimos do responsável pelo tratamento.

iii) Proibição do tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, a fé religiosa ou certezas filosóficas, a filiação sindical, bem como o tratamento de dados relativo à vida sexual e à saúde, salvo o caso em que o tratamento seja necessário para proteger interesses vitais da pessoa em questão, diagnóstico médico ou medicina preventiva.

iv) Informação das pessoas responsáveis pelo tratamento de dados: o responsável pelo tratamento deve fornecer à pessoa da qual colha dados que lhe digam respeito um certo número de informações - identidade do responsável pelo tratamento, finalidade do tratamento, destinatários dos dados, etc.

v) Direito de acesso das pessoas em questão aos seus próprios dados - todas

as pessoas em causa devem ter o direito de obter do responsável pelo tratamento:

- a confirmação ou não de terem sido tratados dados que lhes digam respeito e a comunicação desses dados.

- o bloqueio, anulação ou retificação dos dados cujo tratamento descumpra o estabelecido nessa Diretiva, especialmente os dados inexatos ou incompletos, bem como a notificação dessas alterações aos terceiros eventuais a quem os dados tenham sido repassados.

vi) Derrogações e restrições: o alcance dos princípios anteriores pode ser restringido a fim de salvaguardar a segurança do Estado, a defesa, a segurança pública, a repressão de infrações penais, um interesse econômico ou financeiro importante de um Estado-Membro ou da própria União Européia.

vii) Direito de oposição ao tratamento de dados: a pessoa em questão deve ter o direito de se opor, por motivos legítimos, a que os dados que lhe digam respeito sejam objeto de tratamento. Igualmente deve poder opor-se, gratuitamente a seu pedido, ao tratamento de dados previstos para pesquisas. Deve ainda ser informada antes de os dados serem comunicados a terceiros para efeitos de pesquisa e ter o direito de se opor a essa comunicação.

viii) Confidencialidade e segurança: qualquer pessoa que, agindo sob a autoridade do responsável pelo tratamento ou do subcontratante (bem como o próprio subcontratante), tenha acesso a dados pessoais não pode tratá-los sem instruções do responsável pelo tratamento. Por outro lado, este último deve tomar medidas adequadas para proteger os dados pessoais contra a destruição acidental ou ilícita, a perda acidental, a alteração, a difusão ou o acesso não autorizado.

ix) Instituição de uma autoridade de controle nacional: essa autoridade deve ser notificada pelo responsável do tratamento dos dados antes da realização destes. Após a recepção da notificação, a autoridade de

controle examinará a possibilidade de eventuais riscos relacionados com os direitos e liberdades das pessoas em questão.

x) Possibilidade de recorrer aos tribunais no caso de violação dos direitos garantidos pelas disposições nacionais em matéria de tratamento de dados e de obter indenização pelos danos sofridos.

Note-se que, apesar dos avanços que esses princípios trouxeram, as derrogações e restrições (item *vi*) são muito amplas. No espaço europeu, o indivíduo fica inteiramente entregue às forças policiais, militares e de defesa do Estado que, tendo larguíssimas atribuições inclusive a “repressão de infrações penais”, e interesses econômicos ou financeiros ditos *importantes*, podem ter acesso a qualquer banco de dados e/ou fichário em poder do Estado ou de particulares, tudo isso evidentemente em nome da segurança e da ordem que todo cidadão almeja. Voltamos aqui ao pensamento de Ellul.²⁰ Essa situação, como sabemos, está na ordem do dia em virtude do confronto das democracias ocidentais com o terrorismo.²¹

Sublinhe-se ainda o princípio *ix*, isto é, a organização de uma autoridade administrativa nacional independente do governo²² que seja responsável por zelar pelos direitos garantidos na Constituição

²⁰ “Les techniques policières, qui se développent à une cadence extrêmement rapide, ont pour fin nécessaire la transformation de la nation tout entière en camp de concentration. Ce n’est pas une décision perverse de tel parti, de tel gouvernement; mais pour être certain d’attraper des criminels, il faut que chacun soit surveillé, que l’on sache exactement ce que fait chaque citoyen, ses relations, ses habitudes, ses distractions... Et l’on est de plus en plus en mesure de le savoir.” (ELLUL, 1990, p. 93).

²¹ Sobre o confronto democracia versus terrorismo e suas conseqüências para o direito ver: Patrick Troude-Chastenot, Guantanamo: “Le Droit entre parenthèses” in Cahiers Jacques Ellul, Association Internationale Jacques Ellul, Bordeaux, 2004/2, p. 17-25.

²² Um modelo pode ser a Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés - CNIL, organização francesa instituída pela lei nº 78-17 de 06/01/1978. O leitor pode encontrar maiores informações no seguinte site: <http://www.cnil.fr>

em matéria de liberdade, de privacidade, intimidade e sigilo podendo aplicar sanções contra os responsáveis de um tratamento que viole esses direitos. Obviamente essa autoridade deve contar com os recursos financeiros necessários ao cumprimento da sua missão. No caso do Brasil, entendemos que deveriam ser designados no orçamento da União.

Uma política pública sobre o tratamento de dados pessoais deve incluir, também, as sanções penais correspondentes contra os que entrem a ação da autoridade administrativa nacional e os que violem a própria lei, sob pena de ficarmos somente nas boas intenções. Deve garantir também a confidencialidade e segurança do tratamento de dados médicos. Ela deve ser pensada em dois níveis: no da infra-estrutura telemática e no da aplicação da telemedicina. A infra-estrutura de telecomunicações é fundamental, porque dela depende a segurança e confidencialidade em ambos os níveis, assim sendo, ela deve oferecer estabilidade e segurança (Cf. HERVEG, 2007, p. 5).

Para concretizar esses princípios, faz-se necessária no Brasil uma Lei Federal de Proteção dos Dados Pessoais, que consagre o regime *opt-in*, isto é, o responsável pelo tratamento dos dados deve obter o consentimento prévio do consumidor, assegurando-lhe o acesso e mantendo-o informado sobre o destino e a utilização feita com as informações em seu poder. Em todo caso, principalmente na hipótese de utilização indevida, violação da intimidade e privacidade do cidadão (na qualidade de consumidor, paciente ou vítima), a lei deve estabelecer claramente a responsabilidade solidária, das instituições mantenedoras dos bancos de dados e das empresas que operam o sistema, para efeitos de indenização por dano moral. Isso sem falar na aplicação da lei penal aos autores da violação e àqueles que se locupletam com a devassa das informações.

É comum no contexto da infra-estrutura e de redes telemáticas que tarefas específicas sejam terceirizadas (a especialistas, forne-

cedores ou empresas); assim, na elaboração da legislação em matéria de confidencialidade, é necessário definir claramente que os terceirizados não agirão, a não ser sob instrução do responsável do tratamento.

Quanto à segurança, a legislação deve prever que o responsável do tratamento, em colaboração com a pessoa encarregada da infra-estrutura de telecomunicações, deve tomar as medidas técnicas e de organização apropriadas para proteger os dados pessoais contra sua destruição acidental ou ilícita, perda, alteração, difusão ou acesso não autorizado, notadamente quando o tratamento comporta transmissões de dados numa rede. Evidentemente essas medidas devem levar em consideração o desenvolvimento de novas técnicas e o seu custo.

Na hipótese de haver subcontratação da realização de um tratamento de dados, a lei deve deixar claro que os responsáveis por esse tratamento têm a obrigação de identificar as eventuais empresas e/ou profissionais que apresentem riscos, e assumir o seu controle, em primeiro lugar exigindo as garantias suficientes em relação às medidas de segurança técnica e de organização a serem implementadas. E, em segundo lugar, vigiando para que essas medidas sejam efetivamente tomadas.

Um aspecto particularmente delicado em matéria de confidencialidade e segurança de dados médicos é que a infra-estrutura e redes telemáticas supõem a intervenção de intermediários (profissionais liberais e empresas e seus prepostos) que não estão sujeitos às regras do segredo médico nem a deontologia médica²³. Fora as soluções ofe-

recidas pela própria técnica da informática e da comunicação nesse âmbito, a legislação deve prever a certificação de empresas que poderão ser subcontratadas e a elaboração de códigos de conduta setoriais. Numa certa medida, a confidencialidade e a segurança do tratamento de dados médicos são também assegurados por um controle reconhecido ao próprio paciente. Assim, um eventual marco legal deve reconhecer-lhe o acesso e a utilização de seus dados médicos.

5. Conclusões

A técnica contemporânea caracterizada pelo seu automatismo, autocrescimento, unicidade, universalismo, autonomia e ambivalência condicional e provoca as mudanças sociais, políticas e econômicas da sociedade. Entretanto a sociedade técnica não é somente o produto do desenvolvimento de certas técnicas, mas, sobretudo, a aparição de uma nova disposição diante de processos e métodos que é a busca racional da eficácia máxima em toda ordem de coisas.

A técnica é ambivalente, isto é, *pari passu* aos seus inegáveis aspectos positivos – sublinhemos que a telemedicina nos aporta produtos como o prontuário médico eletrônico, extremamente satisfatórios e úteis. Acarreta, porém, efeitos nefastos que são inseparáveis daqueles, como, por exemplo, o devassamento da privacidade e

Art. 105. Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.

Art. 106. Prestar a empresas seguradoras qualquer informação sobre as circunstâncias da morte de paciente seu, além daquelas contidas no próprio atestado de óbito, salvo por expressa autorização do responsável legal ou sucessor.

Art. 107. Deixar de orientar seus auxiliares e de zelar para que respeitem o segredo profissional a que estão obrigados por lei.

Art. 108. Facilitar manuseio e conhecimento dos prontuários, papeletas e demais folhas de observações médicas sujeitas ao segredo profissional, por pessoas não obrigadas ao mesmo compromisso."

²³ Código de Ética Médica, Resolução nº 1.246 do Conselho Federal de Medicina, de 8 de janeiro de 1988. É vedado ao médico:

"Art. 102. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente. Parágrafo único: Permanece essa proibição: a) Mesmo que o fato seja de conhecimento público ou que o paciente tenha falecido. b) Quando do depoimento como testemunha. Nesta hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento.

(...).

a violação do direito à intimidade. A nossa época tem sido chamada a era da informática, mas com a mesma precisão poderíamos denominá-la também a era da vigilância.

Surge assim, para os formuladores e executores de políticas públicas bem como para os operadores do direito, o desafio de defender as liberdades e direitos fundamentais ameaçados pelo Leviathan tecnológico.

Nesse plano a elaboração de uma política pública e de uma Lei Federal de Proteção dos Dados Pessoais com a sua respectiva regulamentação são tarefas urgentes no Brasil.

Não tenhamos ilusões, porém, que, com medidas políticas ou legislativas, colocaremos a técnica a nosso serviço; podem-nos ajudar simplesmente a sobreviver dentro do sistema, como disse Ellul: “assim se completa o edifício desta civilização que não é um universo concentracionário, uma vez que não há atrocidade, não há demência, tudo é níquel e vidro, tudo é ordem – e as arestas das paixões dos homens são cuidadosamente aparadas. Não temos mais nada a perder e mais nada a ganhar, nossos mais profundos impulsos, nossas mais secretas pulsações do coração, nossas mais íntimas paixões são conhecidas, publicadas, analisadas, utilizadas.”²⁴

Referências

- ALBADALEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Tomo 1, v. 2. Barcelona: Bosch, 1996.
- BATLLÉ SALES, Georgina. *El derecho a la intimidad privada y su regulación*. Alcoy: Editorial Marfil, 1972.
- BOURG, Dominique. Jacques Ellul ou la condamnation morale de la technique. *Cahiers Jacques Ellul*. Association Internationale Jacques Ellul. n. 2. Bordeaux- France, mar. 2004.
- BRASIL. *Novo Código Civil*. Série fontes de referência. n. 65. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005.
- BRASIL. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Campinas: Copola, 2002.
- CALMON, Petrônio. *Comentários à Lei de Informatização do processo judicial: Lei n. 11.419 de 19 de dezembro de 2006*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CARNEIRO, Mauro Brandão et al. *Documentação médica: guarda e manuseio dos prontuários médicos*. Revista Sociedade de Cardiologia do Estado de São Paulo, v. 12, n. 6, nov. / dez., 2002.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2006.
- CERQUEIRA LUIZ, Ana Maria. *Prontuário Médico e Prontuário Eletrônico: documento de ajuda ou condenação? prova verossímil de defesa? Trabalho de conclusão de curso*. Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.hgb.rj.saude.gov.br/ciencia/enfermagem/pront.doc>>. Acesso em: 20 nov. 2007.
- CORBISIER, Roland. *Prefácio à obra de J. Ellul: a técnica e o desafio do século*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.
- CORREIA, Miguel Pupo. *Sociedade de informação e direito: a assinatura digital*. Disponível em: <http://www.publicaciones.derecho.org/redi/N@umero12_julho_de_1999/Sociedade>. Acesso em: 11 dez. 2007.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só – tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- DE CUPIS, Adriano. *Riservatezza e segreto (Diritto a)*. In: SILVA, José Afonso da. *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1969.
- DINIZ, Davi Monteiro. *Documentos eletrônicos, assinaturas digitais: da qualificação jurídica dos arquivos digitais como documentos*. São Paulo: LTr, 1999.
- _____. *Documento eletrônico, assinaturas digitais: um estudo sobre a qualificação dos arquivos digitais como documentos*. Revista de Direito Privado, abr. / jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ELLUL, Jacques. *La technique ou l'enjeu du siècle: classiques des sciences sociales*. Collection dirigée par Hervé Coutau-Bégarie. Paris: Economica, 1990.
- _____. *Le bluff technologique*. Paris: Hachette, 1988.
- _____. *Le système technicien*. Paris: Le cherche midi, 2004.

FARIÑAS MATONI, Luis Maria. *El derecho a la intimidad*. Madrid: Trivium, 1983.

HERVEG, Jean. *Confidentialité et sécurité pour les applications de télémédecine en droit européen*. Disponível em: <<http://www.lex-electronica.org/articles/v12-1/herveg.pdf>>.

LEAL, Scheila do Rocio Cercal dos Santos. *Contratos Eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. São Paulo: Atlas, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. *A Inviolabilidade de Correspondência na Internet*. In: *Direito e internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords). Bauru: Edipro, 2000.

LUCCA, Newton de. *Aspectos atuais da proteção aos dados pessoais no âmbito do espaço virtual*. Disponível em: <<http://ce.desenvolvimento.gov.br/dataprotection/default.asp?M=D>>. Acesso em: 31 jan. 2008.

_____. *Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico*. In: *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*. LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords). Bauru: Edipro, 2000.

MARCHETTO, Patricia Borba. *El derecho a la intimidad y las pruebas ilícitamente obtenidas*. Bauru: Canal 6, 2007.

MORALES PRATS, Fermín. *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*. Barcelona: Ediciones Destino, 1984.

MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico português - inglês*. Rio de Janeiro: Barrister's, 1987.

ORTEGA Y GASSET, José. *Vitalidad, alma, espíritu*. In: *El Espectador*, tomo 5 e 6. Madrid: Espasa Calpe, 1966.

_____. *Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía*. In: *Obras de José Ortega y Gasset*. v. 21. Madrid: Revista de Occidente en Alianza Editorial, 1982.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1, 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978*. n. 9. Madrid: Revista de Estudios Políticos, 1979.

_____. *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho: El impacto sócio-jurídico de las N. T. de la información*. Madrid: Fundesco, 1987.

PISON CAVERO, José Martínez de. *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1993.

PODESTÁ, Fábio Henrique. *Direito à intimidade em ambiente da internet*. In: *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*. LUCCA, Newton De; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords). Bauru: Edipro, 2000.

PORTER, Henry. *Royaume Uni Tous Fiches*. Paris, Courrier International n. 891, nov. / déc. 2007, p. 20.

RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos, 1995.

SANTOLINI, Cesar Viterbo. *Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro*. Revista do Direito do Consumidor, jul. / set. 2005, p. 72

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SPOHR, Elizabet Medeiros; SAUVE, Jacques Philippe. *Avaliação do impacto de tecnologias da informação emergentes nas empresas*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2003.

TANJI, S. et al. *A importância do registro no prontuário do paciente*. Enfermagem Atual. Nov. / dez. 2004.

TEIXEIRA, Joseni. *Notas jurídicas sobre o prontuário do paciente*. São Paulo: GT, 2007.

TROUDE-CHASTENET, Patrick. *Lire Ellul: introduction à l'oeuvre socio-politique de Jacques Ellul*. Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux, 1992.

_____. *Critique de la politique et du politique dans l'oeuvre de Jacques Ellul*. In: *Jacques Ellul: penseur sans frontières*. Le Bouscat: L'Esprit du Temps, 2005.

TUCCL, José Rogério Cruz e. *Eficácia probatória dos contratos celebrados pela internet*. v. 97, n. 353. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2001.

TURBAN, Efrain et al. Trad. Renato Schinke. *Tecnologia da informação para gestão: transformando os negócios na economia digital*. 3 ed. Porto Alegre: Bookman, 2004.

URABAYEN, Miguel. *Vida privada e información: conflicto permanente*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1977.

WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D. *The right to privacy*. In: *Havard Law Review*. v. 4, n. 5. Havard, 1890.