

PARA NÃO CONFUNDIR DIREITO À SEGURANÇA COM INTERFERÊNCIA ORWELLIANA: UMA ANÁLISE SOBRE O DIREITO A PRIVACIDADE¹

Igor Sampaio Felismino²

Daniela Dantas Barbosa³

Resumo: Estar só, com seus pensamentos mais íntimos e viscerais, é um direito sem o qual a sociedade desmoronaria. É para proteger essa e outras prerrogativas que o direito à privacidade foi inventado. Inicialmente sem concepção autônoma, ligado diretamente ao direito à propriedade, a partir do final do século XIX esse direito foi individualizado para proteger o cidadão comum da fúria vigilante da sociedade disciplinar, e, posteriormente, da sociedade de controle. Contudo, como todos os outros, o direito à privacidade necessita de constante reavaliação através de diálogos, que serão travados durante o percurso do presente artigo. Diálogos entre doutrinadores, filósofos e escritores renomados, como Dworkin, Alexy, Foucault, Deleuze e Dostoiévski, além de um profundo diálogo com nossas próprias consciências, que, não exatamente de forma kantiana, buscam uma harmonia apaziguadora entre os mais conflitantes desejos dos grupos da nossa sociedade. O diálogo também se estabelece no terreno de um caso concreto de espionagem, ocorrido recentemente na maior potência militar do mundo.

Palavras-chave: direito à privacidade; espionagem; diálogo; sociedade disciplinar.

Introdução

Os cidadãos comuns vivem em permanente estado de quase-morte. Explicamos: em suas vidas de incertezas, o Estado aponta sempre como a luz no fim do túnel, que é possível ver, mas não alcançar, e contra a qual quase não é possível ter nenhuma garantia. Obviamente, uma suposta garantia seria a legitimação, em calhamaços grossos chamados de Constituição, de direitos fundamentais, que seriam pressupostos indisponíveis do Estado Democrático de Direito. Um desses direitos, que defende a integridade do interior de nosso ser (quase tão escuro quanto aquele túnel) é o direito à privacidade. Direito a antepor um escudo à luz do Estado e manter na escuridão os traumas e segredos mais viscerais.

Explicamos: não é nossa intenção demonizar o Estado. O Estado Democrático de Direito é uma das maiores conquistas dos nossos tempos, e não se pode concebê-lo sem direitos fundamentais amparados numa Constituição. Pérez Luño, citado por Ingo Sarlet, explica que se cria entre ambos um círculo virtuoso, “uma vez que o Estado de

¹ Trabalho orientado pela professora Msc. Deborah Dettman Matos, do Curso de Direito da UFPI

² Acadêmico de Direito da UFPI

³ Acadêmica de Direito da UFPI

Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito”.⁴ Seguindo as lições de Buda, deve-se preferir o caminho dos meios, a “justa medida” aristotélica. A dimensão axiológica dos direitos fundamentais deve conduzir a um forte equilíbrio entre uma tirania dos valores imposta por um Estado-Leviatã e uma total indiferença niilista a eles. O direito à intimidade deriva dos direitos da personalidade, sendo estes partes integrantes das garantias fundamentais, que, como expresso no Art. 5, LXXVIII, § 1º, “têm aplicação imediata”, independente de qualquer atividade legiferante infraconstitucional.

O direito à privacidade permaneceu por muito tempo ligado ao direito à propriedade como uma consequência da ideia de liberdade, não sendo tutelado de forma direta, mas sim como um mero corolário da autonomia privada decorrente desta ideia, como se observa em contratualistas como Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques-Rousseau – e mesmo assim, a referência mais explícita desse direito a casos concretos se resume à inviolabilidade do domicílio, segundo é perceptível no discurso de Lord Chatam no Parlamento Britânico em 1776, quando da discussão das ordens de arresto, conforme citado por Túlio Vianna:

O homem mais pobre pode, em sua casa, desafiar todas as forças da Coroa. Essa casa pode ser frágil – seu telhado pode mover-se – o vento pode soprar em seu interior – a tempestade pode entrar, a chuva pode entrar – mas o Rei da Inglaterra não pode entrar – seus exércitos não atreverão a cruzar o umbral da arruinada morada.⁵

A partir do final do século XIX, no entanto, com a popularização de registros fotográficos sem autorização dos fotografados, e à intensa difusão da imprensa e da fofoca oriunda desta, os juristas sentiram a necessidade de tutelar esse direito. Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis foram os pioneiros nesse sentido, publicando um artigo chamado *The right to privacy* na *Harvard Law Review*, em 15 de dezembro de 1890, acerca do que chamavam de “o direito de ser deixado só”. O direito à privacidade ganha autonomia em relação ao direito à propriedade e passa a garantir o direito à não

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 72.

⁵ VIANNA, Túlio Lima. **Transparência pública, opacidade privada**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, 2006, p. 74. Disponível em: < <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/5281/?sequence=1>>. Acesso em: 14 jul. 2013, 16:19:30.

publicação de registros pessoais. O avanço do artigo é notável, ainda que com o único nome de “direito à privacidade” os autores abarcassem ao mesmo tempo o direito a não ser monitorado, o direito a não ser registrado (através de fotografias, principalmente) e de não ser reconhecido (na época, em jornais). Essa concepção foi entrando aos poucos na mentalidade dos juízes da Suprema Corte.

Edilson Pereira Farias afirma ser a intimidade uma

Exigência moral da personalidade para que em determinadas situações seja o indivíduo deixado em paz, constituindo um direito de controlar a indiscrição alheia nos assuntos privados que só a ele interessa, [e] tem como um de seus fundamentos o princípio da exclusividade, formulado por Hannah Arendt com base em Kant. Esse princípio, visando a amparar a pessoa dos riscos oriundos da pressão social niveladora e da força do poder político, comporta essencialmente três exigências: “a solidão (donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência de sigilo) e a autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações)”.⁶

Na sociedade informacional em que vivemos, o direito à privacidade ultrapassa sua esfera privada de direito à salvaguarda da imagem pessoal, e se torna um importante trunfo (para usar um termo de Dworkin) de direito público ligado à livre manifestação de pensamento no Estado Democrático de Direito, e à salvaguarda do indivíduo desse próprio Estado.

A intrínseca relação do direito à privacidade com o direito de livre manifestação de pensamento pode ser muito bem percebida no sigilo do voto. Ao garantir a privacidade do eleitor, o Direito garante também sua liberdade de manifestação de pensamento e de exercício dos direitos políticos, evitando qualquer forma de constrangimento nas votações. O direito à privacidade é antes de tudo uma garantia para o exercício de direitos políticos.⁷

Manifestações públicas também são parte do direito dos cidadãos em decidir sobre a manutenção ou troca do regime político a que estão submetidos. Por isso,

De uma forma geral, pode-se afirmar que a monitoração eletrônica não deve ser utilizada em ambientes públicos, pois o direito à livre manifestação de pensamento por meio de manifestações políticas, partidárias ou não, em passeatas e comícios é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e certamente se sobrepõe à tutela de patrimônios individuais, mormente se se levar em consideração que a maioria dos crimes patrimoniais

⁶ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos – A Honra, A Intimidade, A Vida Privada e a Imagem versus A Liberdade de Expressão e Informação**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 137.

⁷ *Ibidem*, p. 82-83.

praticados em vias públicas tem objeto material de baixo valor. Câmeras de controle de tráfego poderão ser utilizadas desde que não se possa individualizar os ocupantes do veículo (...).⁸

Torna-se esse direito também um importante trunfo a favor da igualdade, pois sabe-se que governos totalitários utilizavam o registro como meio de discriminação de indivíduos considerados “inferiores” ou “perigosos”. Durante o nazismo, por exemplo, a tecnologia dos cartões perfurados permitia um recenseamento eficiente dos judeus, no intuito de confiscar seus bens, concentrá-los em guetos, deportá-los, e por fim, chegar-se a “A solução final”, com o extermínio desse grupo. Edwin Black, citado por Túlio Vianna, narra:

Em 17 de maio de 1939, a Alemanha foi vasculhada por 750.000 recenseadores, sobretudo voluntários. Praticamente ninguém passou despercebido nos 22 milhões de domicílios, 3,5 milhões de imóveis rurais e 5,5 milhões de lojas e fábricas no Grande Reich. Equipes de cinco a oito recenseadores se espalharam por todas as grandes metrópoles, como Berlim, Frankfurt, Hamburgo e Viena. Cidades e vilas foram divididas em distritos de trinta casas cada uma, com um recenseador para cada distrito. Cerca de 80 milhões de cidadãos no Grande Reich, inclusive Alemanha, Áustria, região dos sudetos e Saar, seriam classificados de acordo com a ancestralidade. O mundo tinha poucas dúvidas de que o censo nacional de maio de 1939 era de natureza racial. A cobertura do New York Times sobre o gigantesco projeto deixava claro que o recenseamento ‘fornecerá informações detalhadas sobre a ascendência, crença religiosa e bens materiais de todos os residentes. Os formulários disporão de campos especiais onde cada pessoa deverá declarar se é de pura linhagem ariana. Também será preciso informar a situação de cada um dos avós, a ser devidamente comprovada em caso de questionamento.’⁹

O direito à privacidade enfrenta atualmente uma curiosa situação, resultante de trações sociológico-políticas de origens e direções diversas. Por um lado, as redes sociais, as mídias digitais e os *reality shows* idiotas parecem confirmar a hipótese de que a privacidade não passa de uma convenção social superestimada pelos séculos passados, e que abdicar dela, ainda que temporariamente, com os fins de dinheiro ou de simplesmente alcançar micro-famas, é válido, desde que o titular do direito resolva, espontaneamente, abdicar de tal direito. Perceba-se, portanto, que o empecilho à quebra de tal direito parece cada vez mais ser apenas individual e caprichoso, e não mais moral. Jurídico ele só seria se se considerasse o direito à intimidade como um direito de personalidade indisponível, o que não procede, pois o artigo 5º da Constituição da

⁸ Ibidem, p. 159-160.

⁹ Ibidem, p. 67-68.

República (epítome preferível a “Constituição Federal”, visto que o termo “federal” abarca apenas o poder da União, e a Constituição brasileira possui dispositivos que tratam inclusive dos municípios), em seu inciso X, reza, apenas de modo geral, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”¹⁰ (de fato, não há lei em nosso ordenamento jurídico que tutele a intimidade), enquanto o Código Civil, em seu artigo 20, especifica a questão:

Salvo se autorizadas (grifo nosso), ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, *se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade* (outro grifo nosso), ou se se destinarem a fins comerciais.¹¹

O último grifo é importante, pois os paradoxos inarredáveis do mundo contemporâneo levam a que pareça ser socialmente aceitável (e até louvável) expor sua intimidade (inclusive sexual) em um *reality show*, se tal exposição for uma estratégia para se alcançar o prêmio final. Valores morais nunca foram tão flexíveis, conduzindo a um sensacionismo extremo: faz-se só o que dá prazer, não importando que se firmem valores transcendentais. O panóptico descrito por Foucault torna-se voluntário e perseguido pelos cidadãos.

O panóptico, aliás, é o outro lado da situação vivida atualmente pelo direito à privacidade. Michel Foucault descreve-o como um modelo arquitetônico de vigilância que permite ver sem ser visto, provocando ainda a eterna sensação de estar sendo observado, sem que necessariamente haja um vigia no alto da torre. “A visibilidade é uma armadilha”.¹² Surge como um aspecto visível, entre outros, do processo de ramificação dos mecanismos disciplinares, isto é, de extensão contínua e minuciosa do poder (apenas estatal?) nas instâncias mais minúsculas de poder da vida dos cidadãos. Recorramos a um caso notável ocorrido numa potência militar de nossos dias: a descoberta das espionagens dos EUA às contas de e-mails e às conversas telefônicas de milhares de seus cidadãos. Recentemente, na mídia, foram divulgadas denúncias sobre um programa de espionagem criado pelos Estados Unidos desde 2007, chamado Prism,

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). Art. 5, X. In: **Vade Mecum Saraiva**, 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹¹ BRASIL. Código civil. Art. 20. In: **Vade Mecum Saraiva**, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis, Vozes, 1987, p.177

que estaria valendo-se de telefonemas e mensagens de e-mail de usuários norte americanos ou não, com a finalidade de rastrear possíveis conspirações terroristas que ameaçassem o país. Tais denúncias foram feitas por Edward Snowden, um ex-técnico da CIA, que afirma, inclusive, que a Agência de Segurança Nacional dos Estados Unidos (NSA) teria espionado bilhões de telefonemas e e-mails também no Brasil. Ademais, Snowden revelou que o programa Prism permitia espionar os servidores de nove das maiores empresas de tecnologia do mundo, incluindo Microsoft, Yahoo, Google, Facebook, PalTalk, AOL, Skype, YouTube e Apple; contudo, essas empresas negaram conhecimento do monitoramento de dados pela NSA.

A revelação de tais fatos e a divulgação das denúncias trouxe bastante polêmica, pois há quem ataque veementemente a atividade de espionagem, afirmando que ela representa uma explícita violação do direito à privacidade, e há aqueles que alegam como bem maior a necessidade de garantir a segurança do país contra ameaças terroristas. Dentre os que se encaixam na primeira forma de pensar, está Eric King, pesquisador da ONG britânica Privacy International, que defende que “a vigilância maciça e indiscriminada desrespeita o direito humano mais básico à privacidade. A escala e o escopo deste programa, que monitora todo o povo britânico e grande parte do mundo, não podem ser justificados como necessários ou proporcionais”. Além dele, a presidente do Brasil, Dilma Roussef, apresenta postura semelhante, ao dizer que a posição do Brasil é “muito clara e muito firme” em discordar de interferências no país ou em qualquer outro Estado, e que “se houver participação de outros países, outras empresas, que não aquelas brasileiras, seguramente é violação de soberania, sem dúvida, como é violação de direitos humanos. A espionagem realizada pelos Estados Unidos no Brasil, de fato, revela-se como algo inconstitucional, que fere diretamente o direito à privacidade e à intimidade.

Já dentre os adeptos da segunda maneira de enxergar a situação está o diretor da agência de segurança dos Estados Unidos, Keith Alexander, que disse que as operações de escuta têm ajudado a manter a segurança dos cidadãos americanos; e o presidente Barack Obama, que afirma, com inspiração inadvertida em Alexy, não ser possível ter 100% de segurança com 100% de privacidade e que as atividades de espionagem desenvolvidas pelos Estados Unidos estão de acordo com o defendido na Constituição. Vale ressaltar, que a chamada Patriot, a lei antiterror aprovada nos Estados Unidos após os ataques de 2001, ampliou os poderes de intromissão das

autoridades americanas. Por fim, o ministro das Comunicações, Paulo Bernardo, assumiu uma postura realista frente o ocorrido, ao alegar que “notícias a respeito de monitoramento em massa, sistema de escuta telefônica ou interceptação de dados e e-mails, acontecem há muito tempo em publicações alternativas ou mesmo em grandes veículos da mídia internacional. Acho que todos nós acompanhamos isso achando que não há novidade a respeito disso”.

A Constituição dos Estados Unidos não trata diretamente do direito à privacidade e à intimidade, como faz a Lei Maior do Brasil, mas ainda assim assegura a inviolabilidade das pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias. Além disso, os Estados Unidos são um dos países criadores da Declaração Universal dos Direitos Humanos e esse documento traz explicitamente, em seu artigo XII, a proteção da privacidade:

Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.¹³

Diante dessa polêmica de proporções globais, restam os questionamentos: até que ponto pode o governo intrometer-se na vida dos cidadãos alegando estar perseguindo um bem maior, como a segurança da nação? Qual o significado do direito à privacidade nesse contexto? Para tentar solucionar esse dilema, é possível nos valermos, por exemplo, das idéias de Alexy, com sua teoria da ponderação. Esse autor enxerga os princípios como mandados de otimização, que devem ser realizados na maior medida do possível. Em casos de colisão de princípios, a maneira ideal de resolver o conflito é através da ponderação, em que se deve analisar qual princípio é mais adequado para ser aplicado àquele caso concreto, sempre tendo em mente as conseqüências da não aplicação do princípio que será deixado de lado. Quer dizer, quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção. Através desse raciocínio, Alexy procura explicar racionalmente o grau de importância das conseqüências jurídicas de ambos os princípios em colisão. Em outras palavras, coloca as conseqüências jurídicas dos

¹³ “No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks”. (UNITED NATIONS. **The Universal Declaration of Human Rights**. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>. Acesso em 14 jul 2013, 16:32:59).

princípios numa balança (metáfora do peso), a fim de precisar qual delas é racionalmente mais importante naquele caso concreto.

Segundo a lei de ponderação, esta há de se fazer em três planos: primeiramente, deve-se definir a intensidade da intervenção em um dos princípios, ou seja, o grau de insatisfação ou afetação de um dos princípios; depois definir a importância dos direitos fundamentais justificadores da intervenção, ou seja, a importância da satisfação do princípio oposto e, por fim, realizar a ponderação em sentido específico, i.e., verificar se a importância da satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro. Sobre esse modo de efetuar a ponderação afirma Alexy:

La ponderación necesaria tiene, por una parte, que tener en cuenta la intensidad de la intervención en el ámbito de la personalidad a través de una emisión radial de este tipo; por otra, hay que evaluar el interés concreto a cuya satisfacción sirve la emisión y para la que es adecuada.¹⁴

Nesse sentido, a atitude do presidente dos Estados Unidos assemelha-se bastante a uma ponderação, ao afirmar que não é possível estar completamente seguro e, simultaneamente, ter sua vida privada inteiramente protegida contra intromissões estatais. Ele estaria, portanto, elegendo o princípio da segurança como aquele que deve sobressair e se sobrepor ao princípio da intimidade, apesar das más conseqüências que podem advir de uma atuação tão direta do Estado na vida dos cidadãos.

A justificativa do presidente também está consoante com o princípio utilitarista, segundo o qual toda ação que promova mais benefícios que malefícios à sociedade, pode ser efetivada mesmo que contrarie direitos considerados absolutos e fundamentais, já que os benefícios ocasionados pela prevenção de ataques terroristas que ceifem a vida de milhares de indivíduos são maiores que os supostos danos da violação de intimidade que estes sofreram. Tal política não seria aceita por um pensador de inspiração kantiana, como Dworkin, que será abordado mais adiante, pois a ética kantiana prega que só se é verdadeiramente livre quem cumprir a norma moral independentemente das possíveis “desvantagens” que ela possa trazer. No entanto, um utilitarista como Jeremy Bentham afirma que

¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p.160.

Todo argumento moral (...) deve implicitamente inspirar-se na ideia de maximizar a felicidade. As pessoas podem dizer que acreditam em alguns deveres ou direitos absolutos e categóricos. Mas não teriam base para defender esses deveres ou direitos a menos que acreditassem que respeitá-los poderia maximizar a felicidade humana, pelo menos em longo prazo.¹⁵

De fato, para esse tipo de filosofia, a ação correta a se fazer é a que promova boas consequências para o maior número de pessoas possível, maximizando o prazer e diminuindo a dor, que, para Bentham, são os dois soberanos absolutos do ser humano. Nesse caso, espionar as contas de cidadãos, apesar de violar o direito fundamental à intimidade, é necessário para prevenir a ocorrência de ataques terroristas, temor que não pode ser considerado distante, visto que os EUA passaram por uma experiência muito traumática no gênero durante o famoso ataque ao World Trade Center em 2001. Desse modo, a prevenção de milhares de mortes é uma felicidade maior do que a felicidade de não ter suas contas de e-mails espionadas – até porque a quantidade de dados circulantes via satélite é absurda, e os problemas com o terrorismo, além de milhares de outros com que o governo estadunidense tem que se preocupar, são mais urgentes do que uma traição conjugal denunciada via *e-mail*, ou fotos sensuais que uma mulher envia para o amante.

Passamos agora a analisar o outro lado da polêmica: aquele que defende a supremacia indubitável dos direitos individuais sobre uma possível questão de utilidade pública, como a defesa da segurança da coletividade. Ronald Dworkin é um dos maiores autores defensores dos direitos individuais. Sobre o tema, ele afirma que “direitos são mais bem compreendidos como trunfos contra alguma justificção de fundo de decisões políticas que estabelecem um objetivo para a comunidade como um todo” (rights are best understood as trumps over some background justification for political decisions that states a goal for the community as a whole¹⁶), ou seja, diz que esses direitos devem ser utilizados pelas minorias como uma proteção contra possíveis “justificações de fundo” que busquem aplicar direitos que beneficiem o grupo majoritário em detrimento de uma menor quantidade de pessoas que terão seus direitos deixados de lado. Dworkin afirma que se alguém tem um direito (como o direito à privacidade e intimidade), isso

¹⁵ SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 48-49.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Rights as Trumps**. In: WALDRON, J. *Theories of rights*. Oxford: University Press, 1984, p.153

significa que será errado violar esse direito em nome do bem-estar da comunidade defendido pela "justificação de fundo". Por esta expressão, o autor dá significação a uma forma de utilitarismo que, segundo ele, continua a ser a mais influente forma de justificação de políticas públicas nas democracias ocidentais. Em seu livro "Levando os Direitos a Sério", o autor postula:

Ao iniciar este ensaio, afirmei que queria mostrar o que deve fazer um governo que professa o reconhecimento dos direitos individuais. Deve abrir mão da idéia de que os cidadãos nunca têm o direito de violar a lei e não deve definir os direitos dos cidadãos de modo que possam ser anulados por supostas razões de bem-estar social.¹⁷

Deve-se notar, porém, que, ao falar de direitos como trunfos, Dworkin não está apresentando uma definição exata da maneira como se "tem um direito", mas, antes, explicitando como eles devem ser entendidos na relação indivíduo-sociedade.

Apesar do que possa parecer, o autor americano nega que defender direitos individuais implique num abandono da noção clássica de bem comum, que parece ser realmente o fim último da política. Quer dizer, o bem-estar social não precisa estar em oposição aos direitos individuais. O conflito é, para Dworkin, apenas aparente e de superfície. No fundo, tanto direitos individuais quanto o bem-estar social estão fundados na igualdade.

Para compreender melhor essa tese é necessário reconstruir a crítica que Dworkin faz às teorias políticas do bem-estar, representadas, sobretudo, pelo utilitarismo. Tradicionalmente, os utilitaristas opuseram-se à noção de direitos humanos, e Bentham chegou mesmo a considerá-los algo fictício. O princípio fundamental do utilitarismo é que o bem-estar de qualquer indivíduo não pode contar mais do que o bem-estar geral, e, portanto, a idéia de que um indivíduo possua direitos que podem se sobrepor ao bem comum é rechaçada por alguns utilitaristas que primam pela maximização da felicidade geral. Esta é geralmente entendida em termos de prazer, no utilitarismo clássico, ou de satisfação de interesses, desejos ou preferências, nas versões contemporâneas do utilitarismo.

Dworkin sustenta que essas teorias possuem uma deficiência no seu modo de justificação. A defesa do bem-estar geral é comumente feita no utilitarismo a partir da noção de que, por exemplo, o prazer é um bem em si. Todavia, ele considera essa idéia

¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 313.

absurda para justificar políticas públicas. Assim, se o bem-estar é uma noção fundamental da política, então temos que encontrar uma razão melhor para adotá-la. Para ele, esta justificação é dada pela idéia de igualdade. A questão relevante, então, é esta: o que significa igualdade? Num primeiro momento, a igualdade política é definida basicamente como um modo de tratar os cidadãos, isto é, considerá-los como iguais, mostrando a *mesma consideração e respeito (equal respect and concern)* para com cada um deles. Assim, Dworkin mostra que a noção de bem-estar geral, defendida como fim último das ações políticas pelo utilitarismo, está fundada em uma idéia mais fundamental, a saber, na igualdade.

A espionagem realizada pelos Estados Unidos nos remete diretamente à idéia de vigilância tão mencionada por Foucault e ao conceito de sociedade do controle esmiuçado por Deleuze. Segundo o primeiro autor, a atitude de constantemente vigiar os cidadãos tinha como objetivo “assegurar uma vigilância que fosse ao mesmo tempo global e individualizante separando cuidadosamente os indivíduos que deviam ser vigiados.”¹⁸ Eles sabiam que poderiam estar sendo vigiados e isso era suficiente para mantê-los disciplinados. Foucault escreve que o *panóptico* representava “um olhar que vigia e que cada um, sentindo o peso sobre si, acabará por interiorizar, a ponto de observar a si mesmo; sendo assim, cada um exercerá esta vigilância sobre e contra si mesmo”.¹⁹ Desse modo, o *panóptico* representou, até o início do século XX, um modelo de exercício de poder, cuja técnica disciplinar garantia a subordinação e o adestramento espontâneo do sujeito a um poder que agia sobre ele.

Certo é que o “panóptico é um local privilegiado para tornar possível a experiência com os homens, e para analisar com toda certeza as transformações que se pode obter neles”²⁰, mas é discutível se esse é o principal objetivo com o qual esse modelo é utilizado hodiernamente (é discutível inclusive se esse modelo disciplinar persiste em face do modelo de sociedade de controle, mas isso será analisado mais adiante, com Deleuze), tempo de crise explícita das diversas instituições que utilizavam o modelo disciplinar, como família e escola. É certo, porém, que

¹⁸ FOUCAULT, M. **Os corpos dóceis. Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 29ª ed. Tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004ª, p. 216.

¹⁹ Ibidem, p. 218.

²⁰ Ibidem, p. 180.

Somos bem menos gregos que pensamos. Não estamos nem nas arquibancadas nem no palco, mas na máquina panóptica, investidos por seus efeitos de poder que nós mesmos renovamos, pois somos suas engrenagens.²¹

Treze anos depois, Deleuze irá formular a teoria de uma nova ordem social que ele irá denominar de sociedade de controle. Para o teórico, foi na segunda metade do século XX – após a Segunda Guerra Mundial – que as sociedades disciplinares deram lugar às sociedades de controle. Após o término da Segunda Guerra Mundial, surgiram forças na sociedade que estabeleceram uma nova ordem. Essas forças estariam identificadas com mudanças que aconteceram por todo o mundo capitalista, ligadas principalmente às inovações tecnológicas. O uso dessas novas tecnologias para o controle social seria a mais nova expressão do exercício do poder na sociedade moderna.

Os mecanismos de vigilância aprimoraram-se e passaram de um caráter institucional para o de uma vigilância geral. A proliferação de câmeras de vídeo em muitos espaços sociais, o uso de transponders, de aparelhos celulares, cartões de crédito e da comunicação pela Internet facilitaram o exercício de mecanismos de vigilância e controle cada vez mais eficientes.

Embora esse paradigma de sociedade possa ser compreendido como uma derivação da sociedade disciplinar foucaultiana, dela se diferencia quando o controle passa de uma esfera local, dos espaços fechados das instituições, para todos os campos da vida social.

Nas sociedades disciplinares o poder disciplinador, simbolizado pela arquitetura do panóptico, presentificava-se no interior das Instituições, como as prisões, os hospitais, as escolas, os quartéis, com o objetivo de instaurar a disciplina e, conseqüentemente, um padrão comportamental rotineiro. No modelo social de Deleuze, o controle passa do âmbito local – restrito à extensão dos olhos e do ouvido humanos – para um âmbito supra-local, estendendo-se para todos os espaços da vida pública. Não há mais um espaço restrito para que o poder se faça sentir; pelo contrário, ele se faz presente em todos os lugares. Por conseguinte, é mais perverso, mais controlador, porque se sustenta no aparato das novas tecnologias de informação. O símbolo do controle agora não é mais o panóptico, mas a web, a rede digital de comunicação mundial, que concentra toda a informação dos indivíduos em bancos de dados. O

²¹ Ibidem, p. 190

princípio da docilidade continua, no entanto, o mesmo, pois os indivíduos entregam voluntariamente seus dados à vigilância.

Perpetua-se, dessa forma, modernamente, o princípio do panóptico como instrumento de subordinação ideológica. O exercício do controle, agora aperfeiçoado pelo auxílio da tecnologia e pelo uso de equipamentos minúsculos, quase imperceptíveis ao olhar humano, torna-se habitual no cotidiano das sociedades. O controle acaba sendo interiorizado pelos indivíduos, como necessário e absolutamente vital. É o biopoder que organiza e controla a vida em todos os campos sociais.

A rede de comunicação mundial – *web* – nessa nova perspectiva acaba exercendo a função de um superpanóptico, controlando todo o ciberespaço, a informação e o conhecimento, elementos estratégicos para a manutenção do poder nessa nova sociedade informacional.

As redes sociais são outro exemplo dessa vigilância, da “coleira eletrônica” deleuziana a que os cidadãos se submetem voluntariamente. Abdicando de sua intimidade, muitos indivíduos postam indiscriminadamente sua vida na Internet, a fim de alcançar alguma atenção. Atenção de quê? Atenção de quem? O afã de, com a produção de infinitas micro-famas efêmeras, se tornar celebridade a qualquer custo, ainda que se pague o preço da honra ou da dignidade, revela de modo interessante uma situação bem diferente, que podemos chamar de “crise paradigmática”. Amparando tais situações, parece apontar no fim do túnel, ao lado do Estado, o modelo de empresa hipertrofiado, sobre o qual alerta Deleuze: “numa sociedade de controle a empresa substituiu a fábrica, e a empresa é uma alma, um gás (...). Se os jogos de televisão mais idiotas têm tanto sucesso é porque exprimem adequadamente a situação de empresa”.²² Tudo é fluido e fugaz, pois tudo faz parte do jogo de crédito da circulação de capital. Inclusive a moral, mesmo a positivada, e quaisquer valores advindos da tradição, são apenas peças nesse jogo, sapatos que se trocam ou jogam fora quando estão muito apertados. Situação típica de transição de modelos. Se Napoleão foi figura-símbolo da transição entre os modelos dispendiosos de ostentação de poder do Antigo Regime para os modelos disciplinares de confinamento, a revolução tecnológica das comunicações parece estar efetuando nova transição, deste último para o fluido modelo de sociedade de controle, em que os indivíduos são vistos como cifras dentro do capital fluante que movimenta essa sociedade. Consequentemente, todo o capital cultural e valorativo

²² DELEUZE, Gilles. *Conversações: 1972-1990*. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992, p. 219-226

desses indivíduos também é mercadoria, trocável e negociável conforme as condições de mercado.

Tal reviravolta paradigmática, que sem dúvida afeta o direito, evidencia o caráter de Frankenstein em que se encontram os valores jurídicos e políticos de tomada de decisões. O choque e a perda da inocência advindas das duas Guerras Mundiais parecem se perpetuar com a agudeza de um uivo no vento, de forma que a diversidade de fontes de resolução de problemas é confusa, numa mesma doutrina, num mesmo ordenamento jurídico, numa mesma mente de juiz! Parecemos ter realizado uma colagem ainda tosca de valores liberais, valores comunistas e direitos de terceira geração. Tosca porque, ao invés de conduzir a um forte equilíbrio, a uma “justa medida” aristotélica, aparenta desembocar num niilismo prático, não de convicção, que resvala perigosamente na libertinagem, material ou mental. “Tudo é permitido” é um lema que se torna cada vez mais presente, e conduz a um açambarcamento de valores dos mais diversos sem que haja um mínimo de reflexão, de ruminação sensata e bem pensada.

Cuidado é necessário neste quadro que se acabou de descrever, pois tempos de desorientação são preferidos entre aqueles que desejam se elevar ao poder e governar de forma despótica. E, como foi visto, um dos direitos fundamentais mais frontalmente violados em tais tipos de governo é o direito à privacidade. É nessas horas que surgem Chigalióvs tão ou mais loucos que o original:

Chigalióv é um homem genial! Sabe, é um gênio como Fourier; porém mais ousado que Fourier, mais forte que Fourier; vou cuidar dele. Ele inventou a “igualdade”! (...) No esquema dele cada membro da sociedade vigia o outro e é obrigado a delatar. Cada um pertence a todos, e todos a cada um. Todos são escravos e iguais na escravidão. Nos casos extremos recorre-se à calúnia e ao assassinato, mas o principal é a igualdade. A primeira coisa que fazem é rebaixar o nível da educação, das ciências e dos talentos. O nível elevado das ciências e das aptidões só é acessível aos talentos superiores, e os talentos superiores são dispensáveis! Os talentos superiores sempre tomaram o poder e foram déspotas. Os talentos superiores não podem deixar de ser déspotas, e sempre trouxeram mais depravação do que utilidade; eles serão expulsos ou executados. A um Cícero corta-se a língua, a um Copérnico furam-se os olhos, um Shakespeare mata-se a pedradas – eis o chigaliovismo. Os escravos devem ser iguais: sem despotismo ainda não houve nem liberdade nem igualdade, mas na manada deve haver igualdade, e eis aí o chigaliovismo! Ah, ah, ah, está achando estranho? Sou a favor do chigaliovismo!²³

A História mostra como tais pensamentos muitas vezes evoluem de delírios doentios a uma realidade amarga. A ausência de uma ética forte na política e de um

²³ DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Os demônios**. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 407.

humanismo genuíno que respeite as liberdades individuais e as diferenças entre os indivíduos pode apagar a nitidez entre as fronteiras de ideologias antagônicas e fazer com que grupos que se consideram opostos usem as mesmas estratégias e os mesmos métodos de consecução dos seus objetivos, desembocando no terrorismo político²⁴. Não importa se se trata de Stálin, de Hitler, da Revolução Cultural Chinesa, do terrorismo “tecnológico” de Bush contra o povo iraquiano, são todos elos da mesma cadeia de tragédias. Urge que se fortaleça uma moral humanista. E a moral dos dias hodiernos parece cada vez mais se encaixar na categoria de uma moral do diálogo. Diálogo não apenas entre diferentes povos, mas entre as diversas classes de um mesmo povo. “A monitoração eletrônica deve pressupor o amplo consentimento do monitorado, mesmo que tácito”.²⁵ Só quando os indivíduos possuem certeza dos exatos direitos que possuem, e das reais extensões que eles atingem, podem ser realmente considerados cidadãos e darem o melhor de si em suas vidas de forma tranquila e consciente.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BÍBLIA SAGRADA. Tradução: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Edições Loyola, São Paulo, 2002.

DELEUZE, Gilles. **Post-Scriptum sobre as sociedades de controle**. In: Conversações (1972 – 1990). Tradução de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Os demônios**. São Paulo: Ed. 34, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 313.

²⁴ “*Conheço a tua conduta. Não és frio, nem quente. Oxalá fosses frio ou quente! Mas, porque és morno, nem frio nem quente, estou para vomitar-te de minha boca.*” (BÍBLIA SAGRADA. Tradução: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Edições Loyola, São Paulo, 2002, p. 1447).

²⁵ VIANNA, Túlio Lima. **Transparência pública, opacidade privada**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, 2006, p. 164. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/5281/?sequence=1>>. Acesso em: 14 jul. 2013, 16:25:50.

DWORKIN, Ronald. **Rights as Trumps**. In: WALDRON, J. *Theories of rights*. Oxford: University Press, 1984.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos – A Honra, A Intimidade, A Vida Privada e a Imagem versus A Liberdade de Expressão e Informação**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis, Vozes, 1987.

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

VIANNA, Túlio Lima. **Transparência pública, opacidade privada**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

http://pt.wikipedia.org/wiki/Nineteen_Eighty-Four, acessado em 12 jul. 2013.

<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1068/Surgimento-e-evolucao-do-direito-a-intimidade-no-contexto-historico>, acessado em 12 jul. 2013.

http://socialsciences.scielo.org/pdf/s_kr/v2nse/scs_a03.pdf, acessado em 12 jul. 2013.

http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2005000100005&script=sci_arttext, acessado em 11 jul. 2013.

<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2010/direito-a-intimidade-e-privacidade-andrea-neves-gonzaga-marques>, acessado em 14 jul. 2013.

http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras?pagina=2, acessado em 14 jul. 2013.

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3259.pdf>, acessado em 11 jul. 2013

<http://jus.com.br/revista/texto/4155/direito-a-privacidade-na-contemporaneidade#ixzz2YiVi9co7>, acessado em 11 jul. 2013.

<http://dadospessoais.net/c-civil/direito-a-privacidade/2007-05/>, acessado em 11 jul. 2013.

