

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ALINE YUMI OSHIRO BANSHO

**PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS, PRIVACIDADE, LIBERDADE
E AUTONOMIA DO SUJEITO, NO DIREITO BRASILEIRO**

CURITIBA

2010

ALINE YUMI OSHIRO BANSHO

**PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS, PRIVACIDADE, LIBERDADE
E AUTONOMIA DO SUJEITO, NO DIREITO BRASILEIRO**

**Monografia apresentada como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel
em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraná.**

**Orientador:
Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel**

**CURITIBA
2010**

TERMO DE APROVAÇÃO

ALINE YUMI OSHIRO BANSHO

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS, PRIVACIDADE, LIBERDADE E AUTONOMIA DO SUJEITO, NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel
Departamento de Civil e Processual Civil,
UFPR

Prof. Dr. Clayton Maranhão
Departamento de Civil e Processual Civil,
UFPR

Prof.^a Marília Pedroso Xavier
Prof.^a da pós-graduação em Direito Civil,
FAMEC

Curitiba, 08 de novembro de 2010.

O presente trabalho é dedicado aos meus queridos pais, Nelson e Sueko, que tornaram o sonho desta graduação possível, e aos meus irmãos, Elton e Emília, fontes de compreensão e apoio.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeira e principalmente, ao Professor Doutor José Antônio Peres Gediél, pela cuidadosa orientação na elaboração deste trabalho, além das inúmeras reuniões, e das discussões que sempre iluminaram pontos que me pareciam obscuros, enfim, pela ajuda na eterna busca pelo conhecimento.

Os meus agradecimentos a todos os que contribuíram na redação desta monografia, ao Professor Doutor Clayton Maranhão, pelas ricas observações sobre a temática, e à Professora Marília Pedroso Xavier, pelos incentivos e empréstimos de doutrinas utilizadas nesta monografia.

Agradeço, por fim, à Eunice Dal'Molin, à Daniela Pedott, e à Anna Maria Zielonka Vieira Rodrigues, pelo expressivo auxílio prestado na revisão de texto.

RESUMO

A presente monografia possui como objetivo a apresentação de um panorama geral da proteção de dados pessoais no Direito brasileiro. Inicia-se com exposição das teorias desenvolvidas sobre os direitos da personalidade, bem como a insuficiência do enquadramento desses na categoria dos *direitos subjetivos*. Falha essa que compromete a proteção da personalidade e, conseqüentemente, da privacidade e da intimidade. A própria indefinição do conteúdo das expressões 'privacidade' e 'intimidade' acaba por mitigar uma tutela efetiva: o direito à privacidade e à intimidade nasce atrelado à ideia de não violação de domicílio, para, posteriormente, abandonar sua conexão com a noção de propriedade e de espaço físico. Marco fundamental de tal processo foi o artigo dos juristas Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis, o qual iniciou a construção da concepção 'moderna' de privacidade como *right to be let alone*. Todavia, diante do aumento do fluxo informacional, o direito à privacidade e à intimidade sofre nova mutação, plasmando-se, atualmente, na própria noção de proteção de informações pessoais. A questão do controle do fluxo informacional, entretanto, transcende o próprio plano da privacidade e da intimidade, alcançando também o da liberdade, da autonomia do sujeito, da potencialidade de cada um desenvolver-se de forma recíproca. Quanto ao regime jurídico conferido à manipulação de dados pessoais, resgata-se o modelo europeu, cujo desenvolvimento atingiu um grau de maturação ainda não vislumbrado no ordenamento nacional. Através das Diretivas da Comunidade Européia, arquitetou-se um sistema de proteção jurídica e controle de dados pessoais, cuja base é formada por um conjunto de princípios e direitos norteadores da temática, e pela instituição de um órgão administrativo responsável pela fiscalização dos mais diversos tratamentos de dados pessoais. No ordenamento jurídico brasileiro, por outro lado, ausente um harmônico e unitário sistema de tutela de dados pessoais, tendo em vista que a regulamentação setorial e insuficiente da ação de *habeas data* e das disposições sobre arquivos de consumo, do Código de Defesa do Consumidor, não garantem uma integral proteção das informações pessoais. Conclui-se, pois, que longo e árduo é o caminho a ser percorrido, o qual perpassa não somente pela construção de uma armadura jurídica eficiente – promulgação de uma lei específica sobre a matéria, por exemplo – como também pela consolidação de uma *cultura da privacidade como padrão*.

Palavras-chave: Direitos da personalidade. Privacidade. Intimidade. Proteção de dados pessoais. Autonomia do sujeito. Liberdade. *Habeas data*. Arquivos de consumo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 - O DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE	11
1.1 O DIREITO À PRIVACIDADE COMO DIREITO DA PERSONALIDADE	11
1.1.1 Pessoa, qualificação jurídica do homem: a personalidade e os direitos da personalidade	12
1.1.2 O surgimento dos direitos da personalidade.....	14
1.1.3 Concepção tradicional dos direitos da personalidade.....	17
1.1.4 Os direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro	20
1.1.5 Crítica à concepção tradicional dos direitos da personalidade	23
1.2 O DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE.....	28
1.2.1 A evolução legislativa do direito à privacidade e à intimidade	28
1.2.2 A construção do conteúdo do direito à privacidade e à intimidade: da proteção do domicílio ao <i>right to be let alone</i>	30
1.2.3 Controle de dados pessoais: a nova metamorfose do direito à privacidade e à intimidade e para além desse direito	37
CAPÍTULO 2 - PROTEÇÃO JURÍDICA E CONTROLE DE DADOS PESSOAIS	41
2.1 PANORAMA DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA SOBRE A PROTEÇÃO JURÍDICA E O CONTROLE DE DADOS PESSOAIS E CASOS PARADIGMÁTICOS	41
2.2 CONCEITOS FUNDAMENTAIS NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS E OS DADOS SENSÍVEIS.....	45
2.3 COLETA E APROVEITAMENTO VISÍVEL E INVISÍVEL DE DADOS PESSOAIS NA INTERNET	54
2.4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PROTEÇÃO JURÍDICA E DO CONTROLE DE DADOS PESSOAIS, OS DIREITOS DO TITULAR E O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS	57
2.5 MODELOS DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	63
2.6 A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA	68
2.7 CONTROLE INTERNACIONAL DE DADOS PESSOAIS	70

CAPÍTULO 3 - PROTEÇÃO JURÍDICA E CONTROLE DE DADOS PESSOAIS NO DIREITO BRASILEIRO	73
3.1 DADOS PESSOAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	73
3.2 A AÇÃO DE <i>HABEAS DATA</i>	74
3.3 OS LIMITES DA AÇÃO DE <i>HABEAS DATA</i>	81
3.4 O CÓDIGO DE DEFESA CONSUMIDOR	84
3.5 OS LIMITES DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DE DADOS DE CONSUMO BRASILEIRO.....	93
3.6 A LACUNA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO, O MODELO PORTUGUÊS E POSSÍVEIS NOVOS HORIZONTES	94
CONCLUSÃO	109
REFERÊNCIAS.....	112

INTRODUÇÃO

A circulação desenfreada de informações pessoais é, atualmente, uma realidade presente em diversas relações sociais. Concomitantemente a essa mudança quantitativa, delineia-se uma alteração qualitativa: o desenvolvimento de tecnologias que permitem o processamento de dados a baixo custo e numa rápida velocidade, possibilitando a formação de perfis individuais e coletivos.

O exaurimento dos variados assuntos que circundam o tema da proteção de dados pessoais é inatingível, por isso, buscar-se-á apresentar um panorama da conexão do controle do fluxo de informações pessoais com a privacidade, a intimidade, e a autonomia do indivíduo na tomada de escolhas pessoais. Será exposto o regime jurídico que vem sendo construído em torno da temática, e possíveis alternativas para formação de um sistema de proteção de dados pessoais no Brasil.

O tratamento de informações pessoais perpassa, primeiramente, pelo direito à privacidade e à intimidade, o qual nasce atrelado à própria configuração do que se batizou de direitos da personalidade. Nesse passo, no primeiro Capítulo são apresentadas breves considerações sobre os direitos da personalidade, assinalando que o seu enquadramento na fórmula dos *direitos subjetivos* resulta numa tutela insuficiente, de substrato marcadamente individual e patrimonialista. Referida falha macula o próprio resguardo da privacidade e da intimidade, fato que se torna ainda mais evidente diante das novas dimensões que o tratamento de dados pessoais alcançou na *Era da Informação*.

É exposta, assim, a posição crítica, que ultrapassa o paradigma do *direito subjetivo*, ao defender a existência de uma cláusula geral do direito de personalidade, e coloca a dignidade da pessoa humana como valor fundamental. Nesse prisma, a liberdade de escolha e a possibilidade do controle de dados pessoais configuram-se como pré-requisitos para a formação do indivíduo como ser humano dotado de dignidade e de cidadania plena.

A segunda parte do primeiro Capítulo trata da construção teórica do direito à privacidade e à intimidade, cuja gênese encerra uma visão atrelada à noção de propriedade e de não intromissão do âmbito da casa. Prossegue-se demonstrando a construção do conceito 'moderno' de privacidade, o qual se desprende da figura de não violação de domicílio, de espaço físico. Marco inicial dessa transformação foi artigo

de Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis, no qual se defendeu um 'novo direito' (*the right to be let alone*), o direito de ser deixado só, de não interferência do público na esfera dos assuntos privados. Encerrando-se este Capítulo introdutório, é exposta a nova mutação da privacidade e da intimidade, as quais ultrapassam o quadro institucional tradicional da ideia de sigilo, ganhando nova dimensão no plano do controle do indivíduo sobre a circulação de seus dados pessoais.

Na realidade, a proteção de dados pessoais não se circunscreve à privacidade e à intimidade, conectando-se, também, à questão da liberdade do indivíduo de efetuar escolhas pessoais para a formação de sua própria personalidade. O combate à veiculação informacional desregulada e a proteção jurídica das informações pessoais busca evitar a discriminação, a formação de perfis historicamente determinados, ou seja, o controle social cada vez mais amplo, difuso, acirrado, e, em regra, imperceptível, que culmina no processo de catalogação do 'eu'.

A construção da 'identidade' deve ser protegida, visto que, na *Era da Informação*, não obstante valorizar-se o processo social dinâmico de troca de saberes, cada um deve ser reconhecido como fonte de conhecimento, independentemente de sua posição social ou do seu grau de escolaridade. No espaço do saber todo ser humano possui imagem, posição, dignidade e valor pessoal e positivo, noutro dizer, é titular de uma *identidade de saber*.

Abordadas essas questões, o segundo Capítulo é aberto com a evolução legislativa sobre a matéria e casos paradigmáticos. Também são expostos alguns conceitos básicos, e termos próprios do meio da Internet, para, posteriormente, analisar-se o regime jurídico construído em torno da proteção de dados pessoais. Regime esse que advém do pioneirismo europeu, principalmente da Comunidade Européia, a qual alcançou um grau de desenvolvimento do tema em questão ainda não vislumbrado em nosso ordenamento.

É na segunda parte desse Capítulo que se apresentam os princípios fundamentais do assunto e os direitos básicos dos titulares dos dados pessoais.

O terceiro e último Capítulo foca-se no ordenamento jurídico brasileiro, partindo da inexistência de um sistema nacional de proteção jurídica e controle de dados pessoais. No Brasil, a ação de *habeas data*, os artigos sobre arquivos de consumo, do CDC, além de outras disposições setoriais, como a Resolução n.º 340/04, do Conselho Nacional de Saúde, que regulamenta as pesquisas científicas envolvendo dados genéticos, e a Lei n.º 5.534/1968, que disciplina as informações coletadas

para fins estatísticos, não conseguem efetivar uma proteção integral dos dados pessoais.

Sendo assim, no Capítulo final serão elaboradas considerações sobre a ação de *habeas data* e os referidos dispositivos do CDC, a fim de evidenciar que esses dois instrumentos sozinhos não possuem o condão de constituir um sistema harmônico e unitário de proteção de dados pessoais. Faz-se, assim, necessária a promulgação de uma Lei nacional de proteção de dados pessoais, tal como ocorreu na Europa, e em outros países da América, a exemplo da Argentina.

Frente à lacuna legislativa, o presente estudo aponta possíveis questões a serem abordadas num eventual projeto de Lei de proteção de dados pessoais, como a estipulação de um 'mínimo de proteção', formado por princípios e direitos básicos: o princípio da publicidade, da transparência, da exatidão, da finalidade, do livre acesso, da segurança física e lógica, da adequação, da pertinência, da proporcionalidade, da licitude e da lealdade; e o direito ao esquecimento, à curiosidade, de informação, de acesso, de retificação e atualização, de apagamento ou bloqueio, de não ficar sujeito a uma decisão individual automatizada, e de oposição. Acrescente-se que, com a regulamentação da matéria, além da ação de *habeas data*, as ações coletivas também desempenharão um importante papel no controle de dados pessoais, o qual, geralmente, remete-nos a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Outro ponto relevante a ser considerado é a instituição de um órgão administrativo independente, o qual terá como escopo a fiscalização dos tratamentos de dados pessoais, optando-se assim, por uma tutela coletiva e não meramente individual, patrimonialista e pautada no paradigma dos *direitos subjetivos*. A personalidade e os direitos que dela decorrem devem ser vistos como valores supremos da sociedade, e não apenas na perspectiva de casos pontuais, nos quais a norma jurídica atribuí a uma pessoa, um poder de exigir de seus destinatários o respeito à privacidade ou à intimidade, cabendo nas hipóteses de violações o ressarcimento através de indenização.

Ressalte-se, por fim, que a construção de um sistema jurídico de proteção de dados pessoais somente terá sentido ao lado de uma política que vá além do discurso do Direito, penetrando a *cultura da privacidade* no cotidiano da sociedade brasileira.

CAPÍTULO 1

O DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE

1.1 O DIREITO À PRIVACIDADE COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Inicia-se o presente trabalho com a exposição do que se intitulou doutrinariamente de *Teoria geral dos direitos da personalidade*, já que o próprio direito à privacidade e à intimidade foi construído, em geral, como uma das categorias do direito da personalidade.

Dessa explanação buscar-se-á evidenciar que a ampla construção teórica, que tradicionalmente revestiu os direitos da personalidade com o velho manto da *Teoria do direito subjetivo*, mostra-se ineficaz para a tutela efetiva da personalidade, falha que fica evidente ao se transpassar do discurso jurídico para a prática.

Prosseguiremos, depois, com estudo do direito à privacidade e à intimidade, cujas metamorfoses refletem a própria mudança social; demonstrar-se-á como a dimensão alcançada, na contemporaneidade, pelo tratamento de dados, multiplica os apelos ao direito à privacidade e à intimidade, e, paradoxalmente, intensifica a consciência da insuficiência da conceituação do referido direito como *right to be let alone* (direito de ser deixado só), e da inadequação de se limitar a proteção de dados pessoais ao próprio debate da privacidade e da intimidade.¹

¹ RODOTÀ, Stefano. **A privacidade na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.23.

1.1.1 Pessoa, qualificação jurídica do homem: a personalidade e os direitos da personalidade

A ideia contida no termo direitos da personalidade² perpassa pela própria concepção de personalidade, cujo significado jurídico está atrelado ao reconhecimento do homem como pessoa. Partindo-se do conceito da personalidade³ como "uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações", Adriano de Cupis ressalta que a personalidade, no seu sentido jurídico, não é mais que "a essência de uma simples qualidade jurídica".⁴

Não se confundindo com os direitos ou com as obrigações, a personalidade é, na realidade, o pressuposto e fundamento desses, na medida em que todo indivíduo revestido de personalidade é pessoa, e, por conseguinte, capaz de figurar em relações jurídicas, como sujeito titular de direitos e obrigações.⁵

² Costuma-se usar as expressões 'direitos da personalidade' ou 'direito de personalidade' indistintamente. Porém, doutrina mais apurada conecta o conceito de 'direitos da personalidade' com aqueles direitos que refletem atributos da personalidade, como o direito à imagem, à honra, ao corpo, à privacidade, enquanto 'direito de personalidade' refere-se a um direito geral de personalidade. Acrescente-se ainda que outras expressões foram e são usadas para denominar tais direitos, tais como, direitos individuais ou da individualidade, direitos essenciais ou fundamentais da pessoa, direitos personalíssimos, dentre outras (FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. v.1. p.404).

³ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1. p.97. Adriano de Cupis utiliza o termo personalidade como sinônimo de capacidade jurídica (DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Morais, 1961. p.13). Francisco Amaral diferencia o conceito de personalidade e capacidade, aquela seria a aptidão para ser titular de relações jurídicas, esta uma medida, um *quantum* da personalidade, podendo variar em grau (absolutamente incapaz, relativamente capaz, e capaz) (AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6.ed. rev. e atual. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.218-219). Nesse sentido, José Carlos Moreira Alves afirma que "a personalidade jurídica é a potencialidade de adquirir direitos e contrair obrigações; a capacidade jurídica é o limite dessa potencialidade" (MOREIRA ALVES, *op. cit.*, p.97). Alguns doutrinadores ainda fazem a seguinte distinção: capacidade de fato, como aptidão para o exercício dos atos da vida civil por si mesmo, sem a necessidade de representação ou assistência; a personalidade jurídica, como aptidão para ser titular de direitos e deveres; e a capacidade de direito, como limite dessa aptidão (BEVILACQUA, Clovis. **Teoria geral do direito civil**. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Rio, 1980. p.73).

⁴ DE CUPIS, *op. cit.*, p.13.

⁵ AMARAL, *op. cit.*, p.216.

San Tiago Dantas, em aulas ministradas na Faculdade Nacional de Direito, já salientava duas acepções revestidas no termo personalidade: em seu aspecto puramente técnico-jurídico, equivale-se à aptidão de ter direitos e obrigações, como pressuposto de todos os direitos subjetivos; em seu aspecto natural, seria o conjunto (não identificável) de atributos humanos.⁶

Exposta esta brevíssima conceituação da personalidade, passa-se à análise de sua gênese. Destacam-se, doutrinariamente, duas concepções: a naturalista (jusnaturalista) entende que a personalidade é inerente ao ser humano, irrelevante, pois, seu reconhecimento pelo direito positivo, por outro lado, a formal ou jurídica defende-a como invenção do ordenamento jurídico; não se configurando como uma realidade pré-constituída, vez que, seria perfeitamente possível que o direito positivo não reconhecesse ao homem (ou certo grupo de homens) qualificação deste gênero.⁷

Observe-se, no entanto, que o direito moderno, por conta de uma confirmação histórica, permeada por preocupações de índole racial, culminou em reconhecer todo ser humano como pessoa (pessoa física, também denominada pessoa natural), podendo tal atributo jurídico recair sobre determinados grupos de pessoas ou de bens legalmente reconhecidos (pessoa jurídica).⁸

Desta figura abstrata da personalidade emergem os chamados direitos da personalidade. Elucidativa é a comparação da personalidade como uma ossatura, um esqueleto, o qual deverá ser revestido por direitos. Poderiam ser todos os direitos, a proporção que, qualquer direito, direta ou indiretamente, fornece certo conteúdo à personalidade.⁹

Insta salientar, entretanto, que se definem direitos da personalidade como aqueles representantes de um mínimo imprescindível à pessoa, sem os quais haveria uma grave mutilação de seus interesses. O homem em sua vida individual social

⁶ DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito. Rio de Janeiro: Rio, 1979. p.192.

⁷ DE CUPIS, 1961, p.13.

⁸ No Direito Romano, por exemplo, o escravo não era considerado pessoa, não lhe atribuíam personalidade jurídica, era coisa (*res*), ou seja, objeto de direitos (MOREIRA ALVES, 2005, p.97).

⁹ DE CUPIS, *op. cit.*, p.15-17.

prescinde de vários elementos externos (bens corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis), que se encontram no meio ambiente. Paralelamente, existem atributos (tais como a honra, a integridade corpórea, a vida, a liberdade), cuja raiz está no próprio homem, e que aderem à sua personalidade. Para apropriar-se dos bens externos configurar-se-ão numerosos direitos patrimoniais, enquanto, o desfrute desses atributos internos dar-se-á pelos chamados direitos da personalidade.

1.1.2 O surgimento dos direitos da personalidade

Não há consenso quanto ao nascimento dos direitos da personalidade. A exposição a seguir visa apresentar – mesmo que singelamente – os principais marcos do reconhecimento do que hoje se cunhou chamar direitos da personalidade. Pretender-se-á, pois, um 'esboço' da estruturação da tutela da personalidade no plano do Direito.

No direito grego a proteção da personalidade ocorria através da noção de *hybris*. Já no direito romano havia a *actio iniuriarum aestimatoria*, recurso técnico utilizado para o resguardo da pessoa do cidadão romano.¹⁰ Em que pese no direito grego e romano já se vislumbrar uma ideia de pessoa, bem como a de sanção aos excessos e às injustiças no tocante à personalidade, na antiguidade clássica inexistiam direitos da personalidade nos moldes de sua concepção moderna.

Com o advento do cristianismo os holofotes direcionam-se à ideia de dignidade da pessoa humana, da existência do vínculo entre Deus e o homem, o qual se sobrepunha aos requisitos do Direito Romano para aquisição do *status* de pessoa (*status libertatis*, *status civitatis* e *status familiae*).¹¹

¹⁰ AMARAL, 2006, p.253-254; FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 11.ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.167; DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.66.

¹¹ No Direito Romano, eram requisitos para aquisição de personalidade jurídica (aptidão para ser titular de direitos e obrigações): a liberdade e cidadania romana (ser livre e cidadão romano). No entanto, para ter capacidade jurídica plena, era necessário, ainda, ser *pater familiae* (chefe de uma família) (MOREIRA ALVES, 2005, p.98).

Porém, é com o Renascimento, o Humanismo (século XVI) e o Iluminismo (séculos XVII e XVIII) que ao indivíduo é relegado papel central no Direito, principalmente, na dinâmica indivíduo *versus* Estado. Nesse período desenvolve-se também a *Teoria do direito subjetivo*. Tais correntes serviram como pilares da porta de entrada dos direitos da personalidade, concluindo-se, assim, que o reconhecimento dessa categoria de direitos está intrinsecamente ligado ao direito público, à proteção da vida individual contra a arbitrariedade dos órgãos estatais.

A partir de então, sucedem, historicamente, diversas declarações, tais como, o *Bill of rights*, de 1689, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948. Esses diplomas concebiam os direitos da personalidade como direitos naturais e inatos, denominados direitos humanos.¹²

Nesse momento histórico, a doutrina refletia a concepção de que a proteção da pessoa cabia ao âmbito do direito público, que através do direito penal, asseguraria a integridade das pessoas.¹³ Com a evolução do capitalismo industrial, da tecnologia, da biotecnologia, dos meios de comunicação, com difusão da informação, e com a mudança de paradigma do Estado Liberal para o Estado Social intervencionista, os direitos da personalidade não abandonam sua dimensão no âmbito público (como garantias perante os órgãos estatais), contudo, seu prisma privado, enquanto garantias da personalidade diante dos entes privados (grandes empresas, voraz publicidade e *marketing*), ganha notável relevância.¹⁴

É partindo dessa dualidade, que César Fiuza explica a dupla denominação desses direitos: no âmbito público, fala-se em direitos humanos e direitos fundamentais, no privado, direitos da personalidade.¹⁵

¹² AMARAL, 2006, p.255.

¹³ DONEDA, 2006, p.74; TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional Brasileiro. In: _____ (Coord.). **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.32.

¹⁴ FIUZA, 2008, p.168.

¹⁵ *Id.*

Nesse jaez, as palavras de Adriano De Cupis: "podemos notar desde já que a vida, a integridade física, a honra, a liberdade, etc., satisfazem aspirações e necessidades próprias do indivíduo, considerado em si mesmo, e ficam compreendidos, por isso, na esfera da *utilitas* privada", esses seriam os chamados direitos da personalidade privados, quanto aos direitos da personalidade públicos, prossegue o autor, "[...] a doutrina juspublicista classifica entre os direitos subjectivos públicos alguns direitos da personalidade, e entre estes inclui, particularmente, os chamados direitos de liberdade civil".¹⁶

Na mesma esteira a colocação de Gustavo Tepedino de que os direitos da personalidade seriam os direitos humanos sob o ângulo do direito privado, ou seja, no plano de relações entre particulares, e, por conseguinte, os direitos humanos seriam os direitos da personalidade sob o ângulo do direito público, numa perspectiva de proteção dos indivíduos de eventuais abusos do Estado.¹⁷

Há que se mencionar que o Professor José de Oliveira Ascensão posiciona-se no sentido da não identidade entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade:

os direitos fundamentais vão muito mais longe, [...] atribuem direitos a organizações, que não são pessoas, [...] espraiam-se por direitos sociais, económicos e culturais, que não são direitos da personalidade, [...] abrangem garantias, que em si não são direitos da personalidade.¹⁸

O doutrinador da Faculdade de Direito de Lisboa, coloca no centro dos direitos da personalidade a defesa da pessoa humana como tal; escopo só lateralmente prosseguido pelos direitos fundamentais, concluindo que, nem todo direito da personalidade, assim classificado por representar uma "imposição da personalidade ôntica", será necessariamente também um direito fundamental.¹⁹

¹⁶ DE CUPIS, 1961, p.27-28.

¹⁷ TEPEDINO, 2001, p.32.

¹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa. Direitos fundamentais e direito da personalidade. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). **Questões controvertidas**: parte geral do código civil. São Paulo: Método, 2003. v.6.p.108.

¹⁹ *Ibid.*, p.109.

Destarte, marco significativo na difusão dos direitos da personalidade no âmbito do direito privado, foi a Constituição de Weimar ao deslocar para a seara constitucional institutos marcadamente do direito privado, como a família, a propriedade, a empresa, e o contrato. O direito civil passa a estar estritamente vinculado à figura da Constituição; a proteção de interesses econômicos ganha como pressuposto a própria ideia da pessoa humana. Entrava em crise, assim, a *summa divisio* entre o direito público e o privado.²⁰

Não se pode olvidar de esclarecer, ainda, que a introdução dos direitos da personalidade no direito civil se estruturou em torno do conceito de *direito subjetivo*, instrumento utilizado, até então, para a tutela da propriedade. Este será justamente o assunto abordado nos próximos tópicos.

1.1.3 Concepção tradicional dos direitos da personalidade

Os direitos da personalidade possui construção jurídica recente, a qual suscita ampla controvérsia no tocante a sua "existência, conceituação, natureza e âmbito de incidência".²¹ O tratamento dessas polêmicas, por óbvio, extrapola as fronteiras da presente monografia, pelo que, apresentar-se-ão apenas as principais construções teóricas sobre os direitos da personalidade, sua concepção tradicional, e a insuficiência desta última para uma efetiva tutela dos direitos da personalidade.

Os trabalhos de juristas de renome, como Thon, Unger, Jellinek, Ennecerus, Crome, Oertmam, Von Thur, Ravà, Simoncelli, Cabral de Moncada e Orgaz, negaram a existência dos direitos da personalidade como direitos subjetivos, sob diversos argumentos, dentre os quais, de que haveria uma contradição lógica, na medida em que a personalidade como aptidão para ser titular de direitos, não pode ser, simultaneamente, objeto desses. Friedrich Karl von Savigny sustentava ainda que a

²⁰ DONEDA, 2006, p.75-77.

²¹ AMARAL, 2006, p.248.

admissão dos direitos de personalidade acarretaria a possibilidade da pessoa dispor de si mesma, o que legitimaria práticas como o suicídio e a automutilação.²²

Contra as teorias negativistas, prevaleceu o enquadramento dos direitos da personalidade como *direitos subjetivos*²³, possuindo como objeto os bens e os valores inerentes à pessoa humana (considerada em si mesma, ou em projeções na coletividade), em seus aspectos essenciais e constitutivos, tanto numa dimensão física, moral e intelectual.

Posiciona-se o mestre Adriano De Cupis no sentido de conceituar esses bens mais preciosos para o homem, como 'modos de ser físicos ou morais', ressaltando, assim, a não identificação dos 'modos de ser da pessoa' com a 'pessoa', sendo aqueles o objeto dos direitos da personalidade.²⁴

Prosseguindo, costuma-se 'classificar', muito por influência da corrente pluralista²⁵, os direitos da personalidade com base em três aspectos: físico, intelectual e moral. Sobre o prisma da higidez física configuram-se o direito à vida, ao próprio corpo (em sua integralidade e nas suas partes individualizadas, quando separadas) e ao cadáver; no aspecto intelectual, o direito de liberdade de pensamento, e o direito de autor e de inventor; e no aspecto moral, o direito à liberdade, o direito à honra, o direito ao recato (direito à privacidade e à intimidade), o direito ao segredo, o direito à imagem, e o direito à identidade.²⁶

No Direito pátrio, famosa é a classificação de autoria de Orlando Gomes, o qual divide os direitos da personalidade em dois grandes grupos: o dos direitos à integridade (direito à vida, e direito sobre o próprio corpo); e o dos direitos à integridade moral (direito à honra, direito à liberdade, direito ao recato, direito à imagem, direito ao nome, e direito moral do autor).²⁷

²² TEPEDINO, 2001, p.25.

²³ A contra-argumentação às teorias negativistas fora justamente a dupla acepção da palavra personalidade (mencionada anteriormente): personalidade como capacidade de ter direitos e obrigações, e personalidade como conjunto de atributos essenciais da pessoa humana.

²⁴ DE CUPIS, 1961, p.23.

²⁵ A teoria pluralista, bem como a sua contraposição com a teoria monista, será assunto posteriormente aprofundando.

²⁶ AMARAL, 2006, p.248.

²⁷ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 16.ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.153.

Muitas foram as classificações elaboradas – pela doutrina nacional e internacional –, as quais, embora ainda agreguem valor didático, se encontram fragilizadas perante as críticas opostas pela *Teoria do Direito Geral de Personalidade*, que será melhor detalhada nos tópicos seguintes.

Antes de adentrar no estudo dos direitos da personalidade sob a seara do ordenamento jurídico brasileiro, fazem-se necessárias algumas considerações de caráter eminentemente técnico. Os direitos da personalidade, tendo em vista sua peculiar estrutura e objeto, estão submetidos a uma disciplina civilística comum²⁸, a cuja exposição – mesmo que superficial – passa-se agora. Dentre as inúmeras características dos direitos da personalidade, ressaltadas pelos juristas, as mais recorrentes seriam.

São direitos essenciais, visto que constituem o cerne da personalidade, a qual não existiria sem os mesmos. Dado que atribuídos a todos os seres humanos, ao menos para o direito moderno, são, também, genéricos ou gerais. Alguns autores atribuem-lhes o adjetivo de inatos, entretanto, tal vocábulo mostra-se dúbio, suscitando à conotação jusnaturalista da personalidade e à ideia dos direitos da personalidade como preexistentes ao ordenamento jurídico.

São direitos intransmissíveis, não se separando de seu titular, e, portanto, personalíssimos, exaurindo-se com a morte daquele, embora a tutela de alguns aspectos da personalidade se mantenha após a morte. A intransmissibilidade dos direitos da personalidade e dos direitos de família seria exceção à possibilidade de mudança do sujeito dos direitos subjetivos.

São absolutos, já que eficazes contra toda comunidade; oponíveis *erga omnes*. São indisponíveis porque insuscetíveis de alienação, não existindo possibilidade, em tese, de renúncia por parte de seu titular. Frise-se, no entanto, que, frente a sua própria condição, à posição do titular, ao interesse negocial, à evolução tecnológica, esta indisponibilidade é relativizada, conforme se verifica na prática corriqueira de cessão de direito de imagens para fins publicitários, assim como nas negociações envolvendo direitos autorais.

São imprescritíveis, de modo que sua aquisição e sua extinção não decorrem de seu exercício, não havendo, pois, que se falar em prazos. São extrapatrimoniais,

²⁸ MOTA PINTO, Paulo. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v.69, p.482-483, 1993; TEPEDINO, 2001, p.33-35; DANTAS, 1979, p.194-195.

já que não podem ser avaliados economicamente (natureza não econômico-patrimonial), salvo os direitos de autor e de propriedade industrial.

1.1.4 Os direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro

No Direito brasileiro, a tutela dos direitos da personalidade encontra-se tanto na Constituição Federal, de 1988 (CF/1988), como no Código Civil, de 2002 (CC/2002), no Código Penal, de 1940 (CP/1940) e em leis especiais (Lei de Imprensa, Lei dos Transplantes, Lei dos Direitos Autorais e Lei dos Registros Públicos, por exemplo).

Não nos deteremos na tutela dos direitos da personalidade na esfera penal, expondo, somente, a conclusão de Adriano De Cupis: "[...] o interesse privado relativo à vida, à integridade física, à honra, etc., pode considerar-se tutelado, ainda que reflexamente, pelas normas penais; mas um direito subjectivo à vida, à integridade física, à honra, etc., não pode deduzir-se destas mesmas normas penais".²⁹

Acrescente-se ainda que no presente trabalho não será tecida uma minuciosa exposição de todos os dispositivos legais que regulamentam a matéria, concentrando-se apenas nos principais diplomas, quais sejam a CF/1988 e o CC/2002.

Retomando a polêmica envolta na existência ou não da unicidade dos direitos da personalidade, partindo da premissa de que tais direitos formam um corpo uno, a corrente monista defende um direito único, original e geral da personalidade, com inúmeros desdobramentos. Noutro falar, além da proteção específica das diversas facetas da personalidade, é também presente, no ordenamento jurídico, um direito geral de proteção à personalidade. Para os pluralistas (teoria pluralista ou tipificadora) há uma coleção de direitos da personalidade, cada qual com suas peculiaridades. A pessoa é una, todavia suas necessidades de diversas naturezas, o que conduz a proteção específica do feixe diversificado dos direitos da personalidade. É da corrente pluralista que partem as classificações outrora citadas.

Não é pacífico qual seria a opção adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, se monista ou pluralista.

²⁹ DE CUPIS, 1961, p.37.

O Código Civil, de 1916, não regulava os direitos da personalidade, lacuna somente suprimida com a Constituição Federal, de 1988. Na Lei Maior inexistiu, de forma clara, cláusula geral de tutela da personalidade, opção que persiste no Código Civil, de 2002, o qual, seguindo a linha doutrinária defendida por Adriano De Cupis³⁰, tratou a matéria de maneira estratificada.

Nas palavras de Elimar Szaniawski "a quase unanimidade dos autores brasileiros, quer publicistas quer privatistas, adotam a tipologia dos direitos de personalidade, enumerando-os e fragmentando-os [...]".³¹

Há, entretanto, um segmento da doutrina contemporânea que ressalta a existência, no direito brasileiro, embora não positivada expressamente, de uma cláusula geral de proteção da personalidade. Autores como César Fiuza visualizam referida cláusula no artigo 1.º, inciso III, da CF/1988, que abarca o princípio da dignidade da pessoa humana.³²

Gustavo Tepedino elege como cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana não só o princípio da dignidade da pessoa humana, como também, a associação desse com os objetivos de erradicação da pobreza, da marginalização, das desigualdades sociais, e a não exclusão de qualquer direito ou garantia, ainda que não expressos, porém decorrentes dos princípios consubstanciados na Lei Maior.³³

Nessa linha de raciocínio, Danilo Doneda ressalva que "um eventual tratamento de diversas hipóteses particulares de direitos de personalidade não deve induzir ao pensamento de que a proteção da pessoa humana seja fragmentada", cada caso apresenta as "suas vicissitudes, cujo referencial jurídico, porém, é uno".³⁴

³⁰ WINIKES, Ralph; CAMARGO, Rodrigo Eduardo. Aspectos controversos dos direitos da personalidade: as concepções e os meios de tutela. In: JORNADA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFPR, 11., 2009, Curitiba. **Anais...** Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas, 2009. p.117-119; DE CUPIS, 1961p.25-27.

³¹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.74.

³² Art. 1.º, inciso III, da CF/1988: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana". (FIUZA, 2008, p.173-177).

³³ TEPEDINO, 2001, p.48; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAES, Maria Celina. **Código civil interpretado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.1. p.33.

³⁴ DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2.ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.46.

Ressalte-se, contudo, que, o referido autor, juntamente com outros doutrinadores, como César Fiuza, defende que a teoria moderna, tendente ao reconhecimento de uma cláusula geral de proteção da personalidade (a qual será melhor analisada no próximo tópico), não se equivale à teoria monista (oposta à teoria pluralista), possuindo paradigma diverso dessa, qual seja, a falência do ideal positivista de aplicação do modelo dos *direitos subjetivos* no tratamento dos direitos da personalidade, bem como, a definição do homem como valor supremo, alicerce fundamental, de toda a construção jurídica. O debate doutrinário das teorias monista e pluralista não conseguiu ultrapassar o vício da vinculação dos direitos da personalidade com os direitos patrimoniais, através da categoria dos *direitos subjetivos*.³⁵

Vale mencionar a brilhante distinção do doutrinador César Fiuza entre as duas teorias. A teoria monista defende a personalidade como "fonte de um direito geral e originário", assim, nos casos exemplificativos de um contrato desequilibrado ou de uma prisão ilícita, o ordenamento jurídico deve socorrer o prejudicado, sempre na conjuntura da eventual lesão. Já a teoria defensora da cláusula geral de personalidade visualiza na personalidade um valor supremo, do qual decorre a proteção da dignidade da pessoa humana, como também do ser humano. Através da cláusula geral de personalidade a proteção não se circunscreve aos casos patológicos de violação de direitos humanos, busca-se desde logo a promoção desses.³⁶

Continuando a análise do tratamento legal da temática no direito brasileiro, a CF/1988, em diversos dispositivos, tutela de forma específica os direitos da personalidade, por exemplo, em seu artigo 5.º, *caput*, impõe a inviolabilidade do direito à vida e à liberdade, e os diversos incisos do referido artigo, dispõem sobre a liberdade de manifestação do pensamento, vedado o anonimato; o direito de resposta, proporcional ao agravo e a indenização por dano material, moral ou à imagem; a liberdade de consciência e de crença; a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística,

³⁵ TEPEDINO, 2001, p.174.

³⁶ Exemplo interessante é o julgado de Belo Horizonte, na década de 90, no qual uma empresa de lava-car contratou belas moças para que seminuas atraíssem a atenção da clientela masculina, pelo que uma entidade de defesa dos Direitos das mulheres impugnou tal prática, exigindo a proibição da mesma, sob o argumento de atentado à dignidade da mulher. A decisão pela vedação de tal procedimento somente foi possível através da cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade, promovendo-se assim a pessoa humana. Já que pelos instrumentos tradicionais do Direito Privado, somente seria possível questionar a atitude da empresa se uma das moças contestasse o contrato, alegando erro ou coação, sob o argumento de afronta a sua dignidade. (FIUZA, 2008, p.174-177).

científica e de comunicação; a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; a proteção da casa; e a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. O artigo 220, da Carta Magna, assegura a liberdade de manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, sob qualquer forma, processo ou veículo.

O Diploma Civil, no tímido Capítulo II, do Título I, do Livro I, Parte Geral (artigos 11 a 21) limitou-se a dispor sobre a impossibilidade de transmissão, renúncia e disponibilidade dos direitos da personalidade. Tratou ainda da tutela do exercício desses direitos, e eventuais indenizações patrimoniais em caso de violação, nos artigos 11 e 12; passando para a disciplina do direito ao corpo, no artigo 13 ao 15; do direito ao nome, ao pseudônimo, e à identidade pessoal, familiar e social, no artigo 16 ao 19; do direito à liberdade de pensamento, e dos direitos de autor e inventor, no artigo 20; e, por fim, do direito à integridade moral (direito ao recato e à vida privada), no artigo 21.

No entendimento de Danilo Doneda não houve evolução metodológica ou mudança significativa do novo Código Civil na delicada matéria de direitos da personalidade.³⁷ Gustavo Tepedino vai além afirmando que o ordenamento brasileiro como um todo não assegura a proteção exaustiva da pessoa humana, em todas as irradiações da personalidade, nas mais diversas circunstâncias.³⁸

1.1.5 Crítica à concepção tradicional dos direitos da personalidade

Consolidou-se, conforme já exposto, o enquadramento dos direitos da personalidade no gênero dos *direitos subjetivos*. Para o Professor titular da Universidade Federal do Paraná José Antônio Peres Gediél, havia uma proximidade entre os conceitos iniciais de *liberdade* e *direito subjetivo*. No alvorecer da Idade Média, ambos

³⁷ DONEDA, 2003, p.58.

³⁸ TEPEDINO, 2001, p.36.

remetiam às qualidades inatas e essenciais do homem, diferenciando-o dos demais seres vivos. O *direito subjetivo* era marcado por uma matriz teológica e cristã, a qual o identificava numa relação entre o homem com Deus, existindo assim certa liberdade ou direitos natos.³⁹

Na passagem dos termos *liberdade* e *direito subjetivo* do plano filosófico e político para o jurídico, no Estado de Direito, ocorre uma verdadeira amputação de parte de seus significados iniciais, e um distanciamento entre essas duas expressões. A *liberdade* e *direito subjetivo* ganham novos sentidos, marcadamente, mais fragmentados, e baseados sob a perspectiva da relação do sujeito com o Estado, e com a sociedade. A *liberdade* passa a designar as chamadas liberdades públicas específicas, que seriam garantias do indivíduo ante o Estado (esfera pública), e o *direito subjetivo* é revestido pela ideia de um poder jurídico (*facultas* ou *potestas*) oponível por um sujeito contra outro, em relações horizontais, principalmente no que tange aos bens individuais passíveis de apropriação (esfera privada). Ao *direito subjetivo* é designado como mote central a realização de um interesse individual, de cariz egoística.⁴⁰

Com a Escola Pandectista alemã, ocorre nova transmutação do conceito de *direito subjetivo*, modelando-se esse à ótica da *vontade autônoma*. Surge, pois, a ideia de *direito subjetivo* como "garantia ao poder de vontade do indivíduo, ou seja, como poder de vontade que lhe é atribuído pela ordem jurídica, para atuar em determinado tipo de relação jurídica intersubjetiva".⁴¹

Esse conceito atravessou séculos, tornando-se uma das categorias base para a compreensão do Direito, afirmando autores contemporâneos como, Francisco Amaral, que o *direito subjetivo* seria um "poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e exigir de outrem determinado comportamento", sendo a *Teoria do direito subjetivo* "produto da elaboração doutrinária que se inicia na Idade Média e se consolida no século XIX com a pandectística alemã".⁴² O autor prossegue, observando

³⁹ GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho de Verbo, 2000. p.11-33.

⁴⁰ *Ibid.*, p.12-33.

⁴¹ *Ibid.*, p.24.

⁴² AMARAL, 2006, p.188-189.

que "ao direito subjetivo contrapõe-se o dever jurídico, situação passiva que se caracteriza pela necessidade de o devedor observar certo comportamento (positivo ou negativo) compatível com o interesse do titular do direito subjetivo".⁴³

A crítica que se opõe à referida concepção reside na insuficiência do paradigma do *direito subjetivo* (principalmente do *direito subjetivo privado* focado no direito de propriedade) para a tutela jurídica da personalidade.

Vários foram os fatores que impulsionaram o desenvolvimento dessa posição crítica, dois se sobressaem: o horror da Segunda Guerra Mundial, e o progresso científico e tecnológico (principalmente no que concerne aos meios de comunicação e difusão da informação). As cesuras deixadas pela Segunda Guerra Mundial, pelos campos de concentração nazistas, pela gritante violação à vida e à dignidade humana, fizeram os juristas focarem-se na tutela jurídica do sujeito de direito, o que eclodiu numa tendência doutrinária de reaproximação dos direitos da personalidade com os direitos humanos (direitos fundamentais).

Ralph Winikes e Rodrigo Eduardo Camargo, partindo do pressuposto de que a configuração do *direito subjetivo*, contraposto, então, a um dever jurídico, remete sempre à figura da relação jurídica, concluem que três consequências, do enquadramento dos direitos da personalidade nesse modelo, alcançam proeminência: primeiramente, usa-se uma categoria (*direitos subjetivos*) que fora construída para a proteção de direitos patrimoniais para a tutela dos direitos da personalidade; segundo, a ideia do *direito subjetivo* implica a relação jurídica, que no caso dos direitos da personalidade, configuraria um vínculo, em cujo pólo ativo estaria o titular do direito da personalidade, e no passivo todos os demais (sujeito passivo universal, ante o caráter absoluto dos direitos da personalidade), ficando, pois, relegada a segundo plano a questão da indisponibilidade desses direitos; por fim, retoma-se o impasse do objeto dos direitos da personalidade, uma vez que, se considerarmos como objeto de referidos direitos a pessoa, ter-se-ia a identidade entre o titular do direito subjetivo e seu objeto.⁴⁴

O *direito subjetivo* foi uma construção histórica que serviu de base para a estruturação do mercado, como garantia do patrimônio individual em face do Estado. Essa categoria ao estabelecer direitos externos ao homem possibilita que esses sejam

⁴³ AMARAL, 2006, p.199.

⁴⁴ WINIKES, 2009; DE CUPIS, 1961, p.117-118.

objetos de relações patrimoniais, possuindo um determinado valor.⁴⁵ Adequada é a ilustração do Professor Eroulths Cortiano Junior, de que "a figura do direito subjetivo serviu como pano de fundo para a proteção da personalidade, como se utilizasse uma velha roupa para vestir uma nova pessoa".⁴⁶

Ante tais insuficiências da concepção tradicional, apontam na doutrina diversos questionamentos. Um dos pioneiros desta crítica foi Pietro Perlingieri, o qual proclama na aplicação dos direitos da personalidade não a categoria do *direito subjetivo*, fundada na noção do 'ter', vez que na noção do 'ser' não há dualidade entre o sujeito e o objeto, ambos representam o ser, sendo a titularidade orgânica e institucional. O autor visualiza uma eficaz tutela da pessoa, através de um complexo/feixe/série aberta de situações subjetivas existenciais que garantiriam a personalidade como valor fundamental do ordenamento, e não, apenas, como mero direito.⁴⁷

Segundo Gustavo Tepedino a proteção da pessoa humana deve ir além da perspectiva setorial do direito público e privado, superando as técnicas meramente ressarcitórias e repressivas, e visando a real promoção do homem, considerado nas mais diversas situações jurídicas que possa assumir. Insiste o doutrinador que a tutela dos direitos da personalidade "não pode ser conter em setores estanques, de um lado os direitos humanos e de outro as chamadas situações jurídicas de direito privado", é preciso "a proteção integrada, que supere a dicotomia direito público e direito privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção da dignidade da pessoa humana".⁴⁸

A questão central não seria enunciação de um único *direito subjetivo*, ou múltiplos direitos da personalidade (como querem a teoria monista e pluralista), mas, sim, de "salvaguardar a pessoa humana em qualquer momento da atividade econômica,

⁴⁵ DONEDA, 2006, p.84

⁴⁶ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.35.

⁴⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: Introdução ao direito civil constitucional. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.153-156.

⁴⁸ TEPEDINO, 2001, p.50. Rubens Limongi França já alertava, em seu Manual de Direito Civil, em 1980, sobre a inaptidão da responsabilidade civil para a tutela dos direitos da personalidade, entretanto, a crítica do ilustríssimo doutrinador, voltava-se ao surgimento de ações específicas, de natureza negatória ou declaratória, cujo objetivo era negar ou afirmar a existência do direito da personalidade, em um caso concreto (FRANÇA, 1980, p.404).

quer mediante os específicos direitos subjetivos (previstos pela Constituição e pelo legislador especial – saúde, imagem, nome, etc.), quer como inibidor de tutela jurídica de qualquer ato jurídico patrimonial ou extrapatrimonial que não atenda à realização da personalidade".⁴⁹

Sobre o assunto não se poderia omitir os esclarecimentos tecidos pelo o distinto Professor Eroulths Cortiano Junior: a proteção da pessoa humana foca-se na reparação do dano, por meio da responsabilidade civil, tomando como fundamento o prejuízo, e não a agressão em si. Ao se analisar a razão de ser do direito civil (de 'todo o direito civil', inclusive aquele recepcionado pela Constituição), no epicentro está a pessoa humana. O direito civil "não deve restringir-se a possibilidade de apropriação de bens", na verdade, deve servir como "base reguladora para relacionamentos interpessoais", pelo que "na atualidade, mais importa o ser, e menos importa o ter".⁵⁰

Como forma de repensar a temática, o referido jurista propõe o reencontro do *direito subjetivo* com a ideia de *liberdade pública*, passando, assim, necessariamente, por direitos da personalidade como vinculantes do comportamento estatal e de particulares, e por uma nova roupagem aos *direitos subjetivos*. A fusão destas duas noções asseguraria uma proteção mais ampla e profunda à pessoa humana, já que colocaria os direitos da personalidade em patamar anterior ao Estado, e logo, por ele inatacável; garantiria sua proteção no direito positivo em mais alto grau, qual seja, em nível constitucional; e tomaria o ordenamento jurídico como uno, reconhecendo um direito geral de personalidade, ao mesmo tempo em que, permitiria a proteção fragmentada (tipificada) dos referidos direitos.⁵¹

Nesse diapasão, o ilustre doutrinador José Antônio Peres Gediel, elege como as principais decorrências teóricas da ênfase patrimonialista do *direito subjetivo* a negação de um direito geral de personalidade e a necessidade de reconhecimento pelo direito positivo de eventual direito da personalidade, visto que, a ordem jurídica pode arbitrariamente revestir ou não certos atributos da personalidade da qualificação de *direito subjetivo*.⁵²

⁴⁹ TEPEDINO, *op. cit.*, p.47.

⁵⁰ CORTIANO JUNIOR, 1998, p.42.

⁵¹ *Ibid.*, p.50.

⁵² GEDIEL, 2000, p.33-45.

No contexto brasileiro, a classificação dos direitos da personalidade como *direitos subjetivos*, bem como toda a carga individualista e patrimonialista que tal escolha encerra, reflete a tendência de, fora das discussões doutrinárias, os direitos da personalidade serem absorvidos pela sociedade comumente atrelados à dinâmica violação de direito subjetivo – lesão – ação judicial – indenização.

No curso do presente trabalho, demonstrar-se-á que a insuficiência na tutela dos direitos da personalidade (através da figura do *direito subjetivo*), culmina no próprio descaso em relação ao direito à privacidade e à intimidade e à proteção efetiva dos dados pessoais, no Brasil.

1.2 O DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE⁵³

Apresentados os contornos mais expressivos dos direitos da personalidade, inicia-se a análise do tratamento relegado ao direito à privacidade e à intimidade.

1.2.1 A evolução legislativa do direito à privacidade e à intimidade

A positivação dos direitos referentes a esses institutos, em patamar nacional e internacional, ocorre, preponderantemente, após a Segunda Guerra Mundial (1939-

⁵³ Inexiste uniformidade, tanto na doutrina nacional, quanto na internacional, em relação denominação. Nos Estados Unidos da América é utilizada a expressão *rightof privacy*; na França, *droit à la privé* ou *droit a l'intimité*; na Itália *diritto alla riservatezza*, *diritto alla segretezza*, ou *alla vita privata*; na Espanha falam-se em *derecho a la intimidad* ou *derecho a la vida privada*; em Portugal de direito da intimidade, direito à zona de intimidade da esfera privada ou de direito à intimidade da vida privada; na Alemanha utilizam-se as expressões *privatsphäre* (esfera privada), *instimsphäre* (esfera íntima) e *geheimsphäre* (esfera secreta). No Brasil, René Ariel Dotti opta pelo uso da expressão direito à intimidade da vida privada (DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.66, p.136, abr./jun. 1980a). Já Danilo Doneda vale-se do termo privacidade, posto que, segundo referido autor, ele unificaria os sentidos contidos nas expressões vida privada e intimidade, ambas utilizadas pelo constituinte no artigo 5.º, inciso X, CF/1988 (DONEDA, 2006, p.107-112).

1945).⁵⁴ Em grande parte por influência dos fantasmas deixados pela terrível experiência do nazismo, surge a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, cujo artigo XII tutela expressamente à vida privada: "Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques".

A Convenção da Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950, tutela a privacidade e a intimidade em seu artigo 8.º: "Direito ao respeito pela vida privada e familiar [...] 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência".

O pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, seguiram a mesma tendência e garantiram, respectivamente, em seus artigos 17 (1), e artigo 11(2), o direito à intimidade.

Com o desenvolvimento científico e tecnológico e a sensível ameaça que esses podem gerar contra os direitos humanos, principalmente aos direitos da personalidade, em diversos países surge a preocupação da garantia da vida privada e da intimidade. Em dezembro de 1968, a Assembléia-Geral da ONU recomendou o estudo de várias questões específicas, dentre elas: o respeito da vida privada ante o progresso das técnicas de gravação; a proteção do ser humano, tanto em sua dimensão física como intelectual, frente ao desenvolvimento da biologia, da medicina e da bioquímica; os limites da eletrônica em contraposição aos direitos da pessoa, em sociedades democráticas; e o equilíbrio "entre os progressos científicos e a elevação intelectual, espiritual, cultural e moral da Humanidade".⁵⁵

Sucederam-se, a partir de então, milhares de documentos, conferências, seminários, e encontros que visaram à temática. Ante a dificuldade de se adotar uma lei uniforme e internacional, procurou-se, ao menos, uma aproximação dos regimes de proteção nacionais, através da adoção pelos ordenamentos internos dos países

⁵⁴ ROBL FILHO, Ilton Norberto. Direito, intimidade e vida privada: uma perspectiva histórico-política para uma delimitação contemporânea. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Lacerda Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN Paulo (Coords). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. Curitiba: Juará, 2007. p.265.

⁵⁵ DOTI, 1980a, p.135.

de um feixe mínimo e indispensável de princípios para a salvaguarda da privacidade e da intimidade.⁵⁶

Assim paralelamente a essa construção supranacional, a privacidade e a intimidade ganham tutela em âmbito das legislações nacionais. A Lei n.º 70-643 introduziu ao *Code Civil* francês o artigo 9.º, o qual visava à tutela da vida privada e a Constituição espanhola, de 1978, protegia a intimidade pessoal e familiar.⁵⁷

O primeiro documento legislativo brasileiro que fez menção expressa à intimidade e à vida privada foi a Lei de imprensa⁵⁸ (Lei n.º 5.250, de 1967), cujo artigo 49, parágrafo 1.º, assim determinava:

Art. 49. §1.º: Aquêles que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar: [...]§ 1.º. Nos casos de calúnia e difamação, a prova da verdade, desde que admissível na forma dos arts. 20 e 21, excepcionada no prazo da contestação, excluirá a responsabilidade civil, salvo se o fato imputado, embora verdadeiro, diz respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público.

1.2.2 A construção do conteúdo do direito à privacidade e à intimidade: da proteção do domicílio ao *right to be let alone*

Persistem hesitações da doutrina quanto à terminologia da categoria, alastrando-se as dúvidas, também, no que diz respeito ao seu conteúdo: observe-se, pois, a existência de ampla gama de significados do que seria o direito à privacidade e a intimidade. Nas palavras do mestre Paulo Mota Pinto "definir com rigor 'privacidade' é uma tarefa que parece raiar os limites do impossível".⁵⁹

A construção doutrinária do direito à privacidade e à intimidade, assim como a dos direitos da personalidade, é recente. Numa perspectiva histórica, verifica-se

⁵⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p.81-86.

⁵⁷ ROBL FILHO, 2007, p.265.

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ MOTA PINTO, 1993, p.504.

uma evolução da noção de privacidade e intimidade. Acredita-se que sua gênese encontra-se na jurisprudência inglesa do século XVIII, embora alguns autores relatem a existência de registros mais antigos. Arrisca-se afirmar que a ideia embrionária do que hoje se convencionou chamar de direito à vida privada está relacionada com a problemática da violação de domicílio, do lar familiar.

A tutela autônoma da privacidade e da intimidade ganha força no fim do século XIX, e começo do século XX, antes ao recôndito mundo da privacidade era reservado uma proteção reflexa, advinda de institutos clássicos e outros mecanismos, como a estrutura social e política, noutro falar, inexistia uma proteção específica. Esses empréstimos, embora refletissem acomodações jurídicas imperfeitas, serviram de fonte para a elaboração progressiva do que contemporaneamente se denomina direito à privacidade e à intimidade.

José Adércio Leite Sampaio conecta a história do direito à vida privada e à intimidade à luta do homem pela realização de sua dignidade ante a opressão de sua liberdade, já no âmbito do direito privado, identifica como precedentes mais remotos o direito à propriedade, o direito à honra, e por fim os direitos da personalidade.⁶⁰

O sentido inicial de privacidade e de intimidade possui como cerne a própria independência e liberdade do homem ante o Estado, prova disso é a raiz etimológica do termo *privatus*, ou seja, algo além do âmbito estatal, aquilo que pertence à pessoa.⁶¹ Nas declarações de direitos os corolários dessa independência já estavam presentes: a inviolabilidade da pessoa humana; de sua casa; e de sua correspondência.⁶²

No sistema da *Common Law* a proteção da vida privada nasce permeada pela noção de domicílio, *the man's house is his castle*, expressão cunhada por *Lord Coke*, em 1604, ao julgar o *semayne case*, que tratava da tentativa frustrada da execução de uma dívida, ante a impossibilidade do ingresso do xerife no domicílio do devedor.⁶³ Nesse diapasão, a colocação de Ezio Frezza Filho de que "é possível

⁶⁰ SAMPAIO, 1998, p.34.

⁶¹ *Id.*

⁶² *Id.*

⁶³ *Ibid.*, p.38.

afirmar que os direitos de proteção à intimidade e à vida privada, especificadamente, têm fundada origem no direito de propriedade concebida pelos romanos de antanho".⁶⁴

Essa construção teórica repercutirá nos Estados Unidos, fazendo com que, em 1647, o Código de *Rhode Island* garantisse a tutela da casa e de seus objetos e na França, na qual a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aclamou a inviolabilidade do domicílio.

Nessa fase, o direito à privacidade e à intimidade está marcadamente conectado com a vedação de intromissões no lugar – espaço físico –, palco da vida privada e dos atos íntimos, noutro dizer, resguarda-se, em geral, o que se sucede no âmbito da 'casa' de cada indivíduo.⁶⁵

Interessantíssima é a colocação de José Adércio Leite Sampaio de que o brocado *man's home is his castle*, inicialmente, era a tradução da tranquilidade dos que habitavam certo local, por influência da figura da propriedade absoluta herdada da influência do direito romano, com o transcorrer do tempo, a referida máxima passou a identificar-se com a garantia do indivíduo perante as ingerências do poder estatal.

Coloca-se como pilar do conceito 'moderno' do direito à privacidade e à intimidade a construção jurídica do que se convencionou chamar *the right to be let alone*⁶⁶ (o direito de ser deixado só), bem como a exposição doutrinária contida no fabuloso trabalho dos norte-americanos Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis, a qual culminou no artigo *The right to privacy*, publicado nos Estados Unidos, na *Harvard Law Review*, em 1890. Ambos os juristas estavam preocupados com as possíveis violações da privacidade diante da nova tecnologia que surgia, qual seja, a fotografia, e com o potencial lesivo contido no crescimento da imprensa escrita. Quando construído esse conceito de direito à privacidade à intimidade, marcadamente egoístico, a realidade social era completamente diferente da atual, vigorava, naquela

⁶⁴ FREZZA FILHO, Ezio. O sigilo de dados e a proteção da intimidade em face do interesse público. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, v.12, n.15, p.55, 2003.

⁶⁵ SAMPAIO, 1998, p.38.

⁶⁶ A autoria da expressão *the right to be let alone*, na realidade, é do magistrado Thomas McIntyre Cooley, quando, em 1873, defendeu o direito à vida privada como o referido direito de ser deixado só.

época, o paradigma do *zero-relationship*, ou seja, quase completa ausência de comunicação entre os sujeitos.⁶⁷

A noção inicial de *privacy*, nos Estados Unidos da América, esteve conectada à de liberdade, à de não ingerência estatal, ao modelo dos direitos de propriedade, e à regra do *trespass* (invasão da propriedade alheia). O artigo de Warren e Brandeis serviu como catalisador no processo de transposição do *right to privacy* da ideia de propriedade para uma conotação de *inviolable personality*.⁶⁸

O fato determinante para a publicação do referido artigo foi a insatisfação do advogado Samuel Warren na divulgação de notícias sobre a sua vida pessoal, inclusive sobre a festa de casamento de sua filha; defendiam os doutrinadores norte-americanos um novo direito, o *right to be let alone*, o direito de ser deixado só, em paz, de não ser violado pelas intromissões da publicidade, da não invasão do público em assuntos privados.⁶⁹

Da publicação do famoso artigo, o direito à privacidade e à intimidade será paulatinamente⁷⁰ reconhecido pela jurisprudência e legislação norte-americana, todavia de *right to privacy*, na ex-colônia inglesa, acabou aproximou-se da tutela da liberdade individual, sendo evocado para proteger diversas situações, como o direito ao aborto, à eutanásia, ao uso de cabelos compridos para certos profissionais, à liberdade de escolha sexual, ao planejamento familiar. Ocorreu assim, nos Estados Unidos, uma diluição do termo *privacy*.⁷¹

Na Europa, a jurisprudência e doutrina também dão continuidade à evolução do direito à privacidade e à intimidade. Na Alemanha, desentranhou-se do direito geral da personalidade a proteção da 'esfera íntima' e da 'esfera de segredo', Heinrich Hubmann desenvolveu a *Teoria das esferas*, que distinguia a esfera individual ou pessoal (na qual se tutela o indivíduo na sua unicidade e modo de ser, como por

⁶⁷ DONEDA, 2006, p.9.

⁶⁸ *Ibid.*, p.265.

⁶⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.49.

⁷⁰ Ainda em 1920, a *Court of Appeals of New York* não reconheceu a existência de um *right to privacy*, no caso *Roberson*. (DONEDA, *op. cit.*, p.263).

⁷¹ MOTA PINTO, 1993, p.512-516.

exemplo, quanto à identidade, ao nome, à honra, à imagem física) da esfera privada (a qual salvaguarda o homem de que circunstâncias de sua vida privada, como as relações no âmbito do trabalho, das amizades, da família, sejam devassadas por uma ampla publicidade), e da esfera do segredo (em que estaria tudo o que o indivíduo toma como confidencial).⁷² Na Itália, Adolfo Ravà consolida-se o termo *diritto alla riservatezza*, o qual será reconhecido após amplo debate na jurisprudência e na doutrina da década de 50. Na França, a evolução do direito à privacidade ganhará impulso principalmente na jurisprudência, sendo amplamente conhecido o *affaire Rachel* e a proibição da divulgação de fotografias da atriz Elisa Rachel, em seu leito de morte. Em 1868, será promulgada a *Loi relative à la Presse*, em cujo texto há expressa tutela da *vie privée*.⁷³

Duas observações, entretanto, devem ser feitas: a primeira é que a jurisprudência, do século XIX, dos mais diversos países, não considerava o direito à privacidade e à intimidade como um direito autônomo, com conteúdo próprio (há nesse período uma mistura entre a privacidade e outros direitos, como direito à imagem, ao sigilo da correspondência, à violação de domicílio, entre outros), a segunda é que referido direito se circunscrevia às camadas da elite social, noutros termos, era tipicamente burguês.⁷⁴

"Em nível social e institucional", esclarece Stefano Rodotà "o nascimento da privacidade não se apresenta como a realização de uma exigência 'natural' de cada indivíduo, mas a aquisição de um privilégio por parte de um grupo", qual seja, a burguesia.⁷⁵ Esse elitismo da privacidade perdurou até meados da década de 1960: o surgimento do Estado Social, a metamorfose da relação cidadão *versus* Estado, as reivindicações sociais, principalmente as trabalhistas, o aumento do fluxo e do valor

⁷² CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p.143-148.

⁷³ MOTA PINTO, 1993, p.516-519.

⁷⁴ Na Inglaterra, o caso paradigmático foi a publicação, sem autorização, da correspondência dos literatos Alexandre Poper e Jonathan Swift, o que resultou no reconhecimento judicial da propriedade do autor das cartas sobre as mesmas. Na França, o famoso *affaire Rachel* é constantemente citado pela doutrina: o Tribunal civil de *La Seine* determinou a cessação da divulgação de retratos, da atriz Elisa Rachel, em seu leito de morte. Na Itália, uns dos primeiros julgados a reconhecerem o *diritto alla riservatezza* foram os casos de exposição da vida íntima de Enrico Caruso ou do ditador Benito Mussolini e sua amante (DONEDA, 2006, p.11).

⁷⁵ RODOTÀ, 2008, p.23-27.

da informação fizeram com que grande parte da população pleiteasse a tutela do direito à privacidade, ante as mais diversas formas de sua invasão.⁷⁶

Nos dias atuais, contudo, permanece a dificuldade colossal de se definir um conceito de privacidade e seus limites. René Ariel Dotti formula a ideia de privacidade e intimidade balizada pela de liberdade: a intimidade da vida privada seria uma das liberdades fundamentais para o pleno desenvolvimento da personalidade, "a liberdade de estar só é compreendida não apenas como o isolamento dos outros, mas também como a busca de formas superiores de comunicação..." seria, pois, uma "conduta de resguardo das interferências, principalmente as geradas pela sociedade de massa"⁷⁷, que pode ser vivenciada individualmente, como também, na companhia de outros. O brilhante mestre defende, assim, a existência de um direito à liberdade da vida privada, reconhecendo a proteção do homem em sua *cidadela da riservatezza*, a fim de que a condução de sua vida mantenha em sua própria vontade.

Genericamente René Ariel Dotti coloca no conceito de vida privada todos os aspectos que gostaríamos que não caíssem no domínio público, tudo que desejamos manter longe da curiosidade da sociedade. Em arremate, o autor acaba por concordar com Raymond Lindon, de que nem a lei ou jurisprudência permitem a formação de uma noção de vida privada, cujo conteúdo, é na verdade, móvel.⁷⁸

Abriremos, por último, um parêntese para abordar sucintamente uma distinção conceitual. No cotidiano, privacidade e intimidade são expressões empregadas como sinônimos. Persiste, conforme já mencionado, na doutrina e jurisprudência, essa miscelânea entre os conceitos de privacidade, vida privada e intimidade, consequência, provavelmente, do multilinguismo que abarca o tema.

Entretanto, alguns autores distinguem privacidade e intimidade. René Ariel Dotti, já no início da década de 80, defendia a distinção dos referidos termos: a intimidade seria "um sentimento que brota do mais profundo do ser humano", porém, ante o desenvolvimento tecnológico que transformou (e transforma) as condições da

⁷⁶ DONEDA, 2006, p.13.

⁷⁷ DOTTI, 1980a, p.131.

⁷⁸ *Ibid.*, p.73.

vida moderna, fez-se necessária a proteção de "uma esfera mais lata, abrangendo toda a vida privada".⁷⁹

Da mesma forma que a antiga concepção coloca a privacidade como um prolongamento da moradia, a intimidade "é um bem jurídico referível a um ambiente ou situação", o qual não mais se exprime na noção de casa, mas "uma moldura onde a pessoa se coloca abandonando a sua máscara. Esta moldura é a vida privada".⁸⁰

Frise-se, no entanto, o autor René Ariel Dotti, em sua obra "*Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*", adverte que "serão empregadas, indistintamente, as denominações: *direito à vida privada, direito à intimidade da vida privada e direito à privacidade*".⁸¹ Com que, conclui-se pela opção do autor de não distinção dos termos vida privada e privacidade.

Posição interessantíssima adota Danilo Doneda, ao passo que reconhece a menção expressa dos termos vida privada e intimidade na Constituição Federal, de 1988, mas questiona se tal distinção remete a duas hipóteses diversas, que devem ser valoradas de formas diferentes. Vida privada estaria vinculada à dicotomia vida pública e vida privada, numa lógica de limites e exclusão, já intimidade remeteria à ideia de confiança, de eventos com forte conotação particular e pessoal, evocando, outrossim, o aspecto da tranquilidade (*the right to be let alone*).

Danilo Doneda defende que "não é frutífero insistir em uma conceitualística que intensifique as conotações e diferenças semânticas dos dois termos".⁸² A utilização de duas expressões distintas pelo constituinte originário pode apenas refletir uma opção pelo excesso, ante a confusão terminológica que permeia a doutrina e jurisprudência; a discussão sobre os limites de ambos os conceitos, encerra um alto grau de subjetividade e se sobrepõe à questão basilar da problemática, qual seja, a tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana. Pelo exposto o referido doutrinador optou pelo uso

⁷⁹ DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**: possibilidades e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980b. p.67-69.

⁸⁰ *Ibid.*, p.70.

⁸¹ *Ibid.*, p.69.

⁸² DONEDA, 2006, p.109.

do termo privacidade, uma vez que, em sua concepção, nele estariam encerrados os termos vida privada e intimidade.⁸³

1.2.3 Controle de dados pessoais: a nova metamorfose do direito à privacidade e à intimidade e para além desse direito

Atualmente a invasão da privacidade e da intimidade ocorre não apenas pela veiculação de notícias e fotos na mídia, pela quebra do resguardo do âmbito familiar, doméstico e pessoal, ou pela violação da correspondência, novas ameaças surgiram. Uma das grandes problemáticas que circundam o tema privacidade e intimidade passou a ser a questão da propagação desenfreada de dados pessoais.

O uso de dados pessoais e a supressão de garantias e direitos fundamentais são potencializados, na sociedade contemporânea, por diversas razões, desde a maré tecnológica, a propagação da ideologia de vigilância, pautada no aforismo de *mais controle, mais segurança* (a qual beira ao abismo da esquizofrenia), até a utilização de bancos de dados não apenas no setor estatal, como também por entes privados, ante o barateamento do custo da coleta e do processamento de dados e a ampliação das possibilidades de sua aplicação.

Não se vislumbra na utilização de dados pessoais um mal em si; inegável o maior grau de eficiência e rapidez que a sistematização de dados trouxe - e traz - para a sociedade. O que, entretanto, não se deve permitir é um total atropelamento da pessoa humana, de sua personalidade e de seus direitos fundamentais.⁸⁴

O direito à privacidade e à intimidade, perante as mudanças sociais, adquiriu novas características na *Era da Informação*; "na proteção de dados pessoais não é somente a privacidade que se pretende tutelada, porém também a pessoa que deve ser tutelada contra o controle indevido e contra a discriminação", ademais " [...] não

⁸³ DONEDA, 2006, p.110-112.

⁸⁴ *Ibid.*, p.2.

é mais a pessoa humana, considerada individualmente, a ser a única atingida – um antigo paradigma do direito à privacidade – mas inteiras classes e grupos sociais".⁸⁵

O eixo pessoa-informação-segredo, o qual era o cerne do direito à privacidade e à intimidade, é substituído pelo eixo pessoa-informação-circulação-controle. Privacidade assim, para Stefano Rodotà, seria o direito do indivíduo de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção de sua própria esfera privada.⁸⁶

Note-se que paralelamente a esta conotação 'contemporânea' de privacidade como proteção de dados pessoais, a questão da circulação de informações pessoais não resguarda somente a privacidade e a intimidade, no seu sentido (tradicional e individualista) de tranquilidade, também possibilita "a construção e consolidação de uma esfera privada própria, dentro de um paradigma de vida em relação e sob o signo da solidariedade", no qual, o indivíduo tenha "um papel positivo na sua própria comunicação e relacionamento com os demais"⁸⁷, assim, a própria liberdade estaria protegida sob o manto do controle de dados pessoais.

O desenvolvimento dos instrumentos tecnológicos – ênfase na Internet⁸⁸ - permite a estruturação de informações pessoais, e a construção de uma espécie de representação virtual do indivíduo (um *avatar*, um 'eu digital' formado por esta coletânea de dados pessoais), sendo essa utilizada para os mais variados fins, tais como, a concessão ou não de uma linha de crédito, de um plano de saúde, de um emprego, de um visto para a entrada em um determinado país.⁸⁹

Na *sociedade de Informação* podemos dizer que 'nós somos as nossas informações', na medida em que, elas nos definem, classificam, etiquetam – o controle

⁸⁵ DONEDA, 2006, p.3.

⁸⁶ RODOTÀ, 2008, p.92-109.

⁸⁷ DONEDA, *op. cit.*, p.24.

⁸⁸ A *Inter Communication Network* (Internet) é uma rede mundial de computadores, os quais se comunicam entre si, utilizando linguagem informática, o *Transport Protocol/Internet Protocol* (TCP/IP), ocorrendo o envio de 'pacotes' de informações através dos endereços IP do remetente e destinatário (SARMENTO E CASTRO, Catarina. **Direito da informática, privacidade e dados pessoais**. Coimbra: Almedina, 2005. p.153-154).

⁸⁹ DONEDA, *op. cit.*, p.2.

de dados pessoais perpassa pela ideia de um 'poder sobre si mesmo'⁹⁰, e se mostra como contraponto ao processo do que se pode chamar 'catalogação do eu'. É preciso fortalecer o processo social-dinâmico de troca de conhecimento, simultaneamente, todo indivíduo deve ser reconhecido como fonte de conhecimento, como portador de uma *identidade de saber*. Cada um deve ser visto como pessoa singular, detentora de imagem, posição e dignidade e valor pessoal e positivo.⁹¹

Os arquivos de consumo, numa economia pautada na produção em massa – na qual o consumo serve mais para a formação de uma identidade, do que para a satisfação de necessidades – tornam-se "verdadeiros certificados de idoneidade financeira e comercial", assumindo caráter peremptório na conclusão de negócios. Estes ficheiros configuram-se como "repositórios de dados ligados à imagem (identidade) do consumidor", colocando algumas pessoas (física e jurídicas) na "marginalidade da sociedade de consumo"; de um lado os habilitados para a concessão de crédito, do outros os inabilitados.⁹²

Sobre a evolução do conceito de privacidade Stefano Rodotà chega a defender a separação do direito à vida privada e familiar do direito ao controle de dados, sendo que, a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia reconheceu este último como um direito fundamental autônomo.⁹³

Na mesma linha encontra-se o pensamento de Cynthia Samíramis Machado Vianna, segundo a qual "privacidade não é apenas um anglicanismo para um direito referente à intimidade e à vida privada, mas algo que extrapola esses conceitos, caracterizando-se pela liberdade do indivíduo de só se expor se assim o desejar", sem a privacidade é impossível falar em pessoa humana.⁹⁴

⁹⁰ BODIN DE MORAIS, Maria Celina. Apresentação. In: RODOTÀ, Stefano. **A privacidade na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.07.

⁹¹ LÉVY, Pierre. **A inteligência coletiva**: por uma antropologia do ciberespaço. São Paulo: Loyola, 1998. p.26-28.

⁹² EFING, Antônio Carlos. **Bancos de dados e cadastros de consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.09.

⁹³ RODOTÀ, 2008, p.16-17.

⁹⁴ VIANNA, Cynthia Semíramis Machado. Da privacidade como direito fundamental da pessoa humana. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n.17, p.104-105, jan./mar. 2004.

Novamente se retoma a insuficiência do *direito subjetivo* para a tutela dos direitos da personalidade e, por conseguinte, da própria privacidade e da intimidade, vez que, a conotação egoística da privacidade da intimidade como uma 'predileção individual', uma comodidade, que poderia ser abdicada, é superada. A máxima de transparência de *quem não deve, não teme* perde sentido. A privacidade não representa somente um escudo contra possíveis ingerências exteriores, é acima de tudo, um "indutor da cidadania, da própria atividade política em sentido amplo e dos direitos de liberdade de uma forma geral".⁹⁵ O sistema de informações ganha proporções imensuráveis, gerando um processo de 'esquadrinhamento', no qual as pessoas têm sua individualidade devassada.⁹⁶

A metáfora do *homem de vidro* e da *sociedade transparente* reflete acima de tudo uma conotação totalitária, uma vez que, baseia-se exclusivamente na curiosidade do Estado de tudo conhecer, não respeitando a privacidade e a intimidade dos cidadãos, e colocando-os, automaticamente, como suspeitos.⁹⁷

A tutela remedial da responsabilidade civil, do *direito subjetivo*, configura-se como uma das formas de proteção da privacidade e da intimidade, todavia, fracassa pela ausência de uma função promocional da tutela da privacidade e da cláusula geral da personalidade.⁹⁸

⁹⁵ DONEDA, 2006, p.142.

⁹⁶ SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p.54.

⁹⁷ BODIN DE MORAIS, 2008, p.08-09.

⁹⁸ DONEDA, *op. cit.*, p.143-144.

CAPÍTULO 2

PROTEÇÃO JURÍDICA E CONTROLE DE DADOS PESSOAIS

2.1 PANORAMA DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA SOBRE A PROTEÇÃO JURÍDICA E O CONTROLE DE DADOS PESSOAIS E CASOS PARADIGMÁTICOS

A análise da proteção de dados pessoais prescinde, para uma melhor compreensão, de uma incursão no quadro histórico do regime jurídico que se construiu ao seu redor. A esta empreitada dedicaremos este ponto.

É recorrente na doutrina a identificação de quatro fases legislativas no tocante à tutela dos dados pessoais.

A primeira geração foi marcada por leis como a sintética Lei alemã do *Land Hesse* (a *Hessisches Datenschutzbeauftragter*), promulgada em 1970, a posterior Lei federal da República Federativa da Alemanha sobre a proteção de dados pessoais, de 1977, o Estatuto para Bancos de Dados da Suécia (o *Datalag*), de 1973, e o *Privacy Act* dos Estados Unidos da América, de 1974. Essas leis representam as primeiras reações no mundo jurídico ante as mudanças sociais ocorridas pela maior coleta, circulação e utilização de dados pessoais. Em geral se baseavam na questão da autorização para a criação de bancos de dados e o controle desses por órgãos públicos. Os princípios traçados ainda eram por demais abstratos e amplos; focavam-se principalmente na regulamentação do processamento de dados, colocando como ponto nuclear os bancos de dados e não a privacidade em si. A Lei do *Land de Hesse*, por exemplo, concentrava na regulamentação sobre os centros de processamentos de dados, inovando ao instituir um comissário de proteção de dados pessoais.⁹⁹ Esses diplomas tornaram-se ineficazes com a proliferação de centros de processamentos de dados; o controle de dados através da mera autorização ficou obsoleto.

A segunda geração inicia-se com leis que não mais se concentravam no fenômeno tecnológico da informática, mas sim na privacidade e no controle de dados

⁹⁹ DONEDA, 2006, p.206-209 e 228.

como uma liberdade negativa. São promulgadas leis como a *Informatique et Libertés*¹⁰⁰, diploma legislativo francês sobre proteção de dados pessoais, e a lei austríaca (*Datenschutzgesetz*), de 1978. Na Espanha e Portugal, embora corpos legislativos, de âmbito nacional, sobre a proteção de dados pessoais somente tenham sido criados mais tarde, suas Constituições (elaboradas em períodos pós-ditatoriais) já abarcavam a questão.

Com o surgimento das referidas leis criou-se um sistema que possibilitava a identificação pelos indivíduos do uso de suas informações, para assim, ser efetuado certo controle. A tutela não se focava na autorização, sendo que essa em muitos casos fora substituída por uma mera notificação da constituição do banco de dados.¹⁰¹

Todavia, com a evolução jurisprudencial e doutrinária, percebeu-se que o controle de dados não estava circunscrito à questão da privacidade, a circulação de dados pessoais era muitas vezes imprescindível para que o indivíduo participasse da vida social. Não somente órgãos estatais, como também privados estruturavam suas atividades com base em informações pessoais, pelo que a recusa em fornecê-los era inviável.¹⁰²

A terceira geração teve como paradigma esta mudança na percepção dos dados pessoais, não havia apenas uma preocupação com o fornecimento de informações, emergiu a questão da liberdade do cidadão, bem como sua participação na sociedade.

As novas leis refletiram o desenvolvimento tecnológico, o crescente cruzamento de dados pessoais, e a dificuldade da localização física do armazenamento de dados e de onde partia sua transmissão. Um dos pilares dessa guinada de pensamento foi a sentença da Corte Constitucional Alemã que declarou inconstitucional a lei, promulgada em 1982, que instituiu o censo alemão, e que serviu como caso paradigmático, como verificar-se-á a seguir. As leis de proteção de dados alemã e austríaca foram alteradas. A utilização de dados pessoais passou a ser encarada como um processo, no qual a permissão para a coleta e utilização de dados era apenas uma fase, após esse início era necessário que os titulares das informações

¹⁰⁰ Para a aplicação da referida lei foi criada a *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* (DONEDA, 2006, p.228).

¹⁰¹ *Ibid.*, p.209-211.

¹⁰² *Ibid.*, p.210-211.

participassem das fases do processamento de dados e do seu respectivo fornecimento a terceiros. Para que a tutela fosse efetivada surgiram garantias, como o dever de informação.¹⁰³

A quarta geração surgiu perante as limitações da fiscalização dos dados pessoais por seus titulares, tendo em vista os altos custos dessa forma de controle, e a existência de uma forte pressão de ordem econômica e social, que forçava as pessoas a renunciar certas prerrogativas. As leis da quarta geração, muitas vigentes até hoje, transferem os holofotes do controle individual para formas de fiscalização coletiva. A desigualdade entre o indivíduo e as entidades coletoras de dados foi reconhecida. Autoridades independentes são criadas para exercerem um maior controle, além do mais, surgem, ao lado de normativas específicas para determinados setores, (dados do setor da saúde, dados do consumidor), legislações conexas.¹⁰⁴

Atrelados a esse evoluir legislativo, ocorreram alguns casos polêmicos, que representaram verdadeiras molas propulsoras do nascimento do debate no que concerne à necessidade de uma proteção jurídica em relação à coleta, ao armazenamento e à circulação de dados pessoais.

Alguns desses casos ganharam ampla repercussão, sendo até hoje, reiteradamente citados pela doutrina, quais sejam, o *National Data Center*, o caso SAFARI, e o já mencionado censo alemão. Os dois primeiros tiveram como palco o contexto da absorção pela sociedade do que se denominou 'código da tecnologia', eles refletem um primeiro contato do Direito com essa nova problemática de proteção de dados pessoais. Já o caso emblemático do censo alemão ocorreu em período posterior.¹⁰⁵

O caso *National Data Center* sucedeu-se em meados dos anos 60. A crise surgiu da proposta de *Bureau of Budget* (responsável pelo orçamento dos Estados Unidos da América) sobre a criação de uma central única de armazenamento dos dados pessoais de todos os cidadãos americanos, reunindo as informações disponíveis em todos os órgãos da administração pública federal. Embora o projeto visasse à economia e à eficiência, houve reações de diversos setores frente a possível violação

¹⁰³ DONEDA, 2006, p.211-213.

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *Ibid.*, p.183-184.

da privacidade que tal banco poderia causar, e o perigo de se colocar um poder tão grande nas mãos dos controladores do referido sistema de armazenamento.¹⁰⁶

Não se pode, no entanto, ignorar a diminuição de custos que um sistema centralizado acarretaria, visto que, a localização de dados seria simplificada, os custos do armazenamento reduziriam (diante da extinção do custeio de diversos bancos de dados para apenas um), haveria uma racionalização das políticas públicas e maior precisão na tomada de ações estatais.

A polêmica resultou numa série de audiências no Congresso. No fim do debate, concluiu-se que não deveria ser instituído um banco de dados central, sem que a privacidade, personalidade e dignidade do cidadão fossem devidamente resguardadas. Outras implicações relevantes foram: a observação de que as informações pessoais possuem graus de importância distintos, logo suscitam formas de controle diversas; e o começo da construção de princípios orientadores do regime de dados pessoais.¹⁰⁷

O segundo caso ocorreu na França, na década de 70, quando o *Institut National de la Statistique* lançou o projeto SAFARI (*Système Automatisé pour les Fichiers Administratifs et le Répertoire des Individus*), o qual consistia na transferência de dados pessoais dos cidadãos franceses para sistemas informatizados controlados pela Administração Pública, nos quais a cada cidadão seria atribuído um número único, no momento de seu nascimento (*Securité Sociale*). A repercussão do projeto foi negativa, fato que convergiu para proibição (através de medida administrativa, de autoria do primeiro ministro, em 1974) da veiculação de dados pessoais dos cidadãos franceses entre os ministérios, e, conseqüentemente, para extinção do projeto SAFARI. Em seguida criaram, na França, a Comissão *Informatique et Libertés*, o que resultou na Lei de proteção de dados, de 1978, a chamada *Loi Informatique*.¹⁰⁸

O último caso trata-se do censo alemão que deveria ser finalizado até 1983, cujos trabalhos causaram insegurança na sociedade em relação ao método utilizado na coleta de dados, bem como, na finalidade para qual esses seriam empregados. Para o referido censo foi aprovada, em 1982, a Lei do recenseamento geral da população (*Volkszählungsurteil*), que definia 160 perguntas obrigatórias, cujas

¹⁰⁶ DONEDA, 2006, p.184-190.

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ *Ibid.*, p.190-192.

respostas seriam submetidas a tratamento informatizado. Essa lei previa a comparação das informações colhidas no censo com os constantes no registro civil; a possibilidade de transmiti-las para autoridades federais e do *Länder*; a aplicação de multa para aqueles que se negassem a responder as perguntas; e as benesses conferidas às pessoas que delatassem tais 'infratores'.¹⁰⁹

A referida legislação recebeu duras críticas tendo em vista que os dados coletados seriam usados para fins estatísticos e administrativos, logo, o cidadão não saberia para qual finalidade específica estariam sendo utilizadas suas informações, ademais, os registros estatísticos prescindem de um rigor, de uma especificação, necessidade essa inexistente no tratamento de dados administrativos, já que os órgãos da Administração Pública não necessitam, em geral, da identificação dos titulares das referidas informações, para a determinação de políticas públicas.¹¹⁰

Frente à indignação e protesto popular a Corte Constitucional alemã suspendeu provisoriamente os trabalhos do referido censo, e declarou a lei que o instituíra inconstitucional, por violação ao direito geral da personalidade. A sentença da Corte fez menção expressa à *autodeterminação informativa*, que seria "o direito dos indivíduos de decidirem por si próprios, quando e dentro de quais limites seus dados pessoais poderiam ser utilizados".¹¹¹ Diante da decisão da Corte Constitucional, um novo corpo legislativo foi promulgado em 1985, retificando os pontos impugnados, sendo o censo finalmente realizado em 1987.¹¹²

2.2 CONCEITOS FUNDAMENTAIS NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS E OS DADOS SENSÍVEIS

Inexiste no ordenamento pátrio uma Lei nacional de proteção de dados pessoais, apresentando-se a temática tutelada, no âmbito constitucional, apenas pela via de

¹⁰⁹ DONEDA, 2006, p.192-193.

¹¹⁰ *Ibid.*, p.193-198.

¹¹¹ *Ibid.*, p.196.

¹¹² *Ibid.*, p.196-197.

institutos genéricos, como o direito à privacidade e à intimidade e à dignidade da pessoa humana. Isso reflete o grau de maturidade do desenvolvimento da questão, que ainda se encontra em nível embrionário, no país.

Ante a lacuna legislativa e à minguada de uma doutrina nacional profícua sobre a proteção jurídica e o controle de dados pessoais, grande parte da teoria a ser exposta, tem como raiz o regime jurídico da proteção de dados pessoais, forjado em território europeu, especificamente, na seara da Comunidade Européia. Nota-se, na realidade, que perante o pioneirismo europeu, características de seu modelo marcam significativamente os caminhos adotados pelos demais países do Ocidente, como é o caso da Argentina, cuja Lei de proteção de dados pessoais sofreu influência direta dos principais nuances do referido modelo.

Em primeiro plano, o objeto do presente trabalho não se configura em qualquer informação ou dado¹¹³, e sim, naqueles adjetivados como *pessoais*, isto é, que guardam vínculo com uma pessoa, já que revelam um aspecto objetivo sobre ela: suas características (como nome civil, domicílio); seus atos; sua opinião, etc. A pessoa, embora não seja 'autora' da informação, o é de seus elementos, sendo a informação um atributo de sua personalidade.

O nome; o endereço; o número do seguro social, o número do contribuinte, o número de bilhete de identidade, o número do passaporte, o número que identifica um cliente num estabelecimento comercial e o número do telefone; o e-mail; a chapa de matrícula; o valor de certa retribuição; o som da voz registrada para acesso de conta bancária, a impressão digital, a imagem biométrica do rosto, entre outros dados biométricos; a imagem registrada por uma câmera; as fotografias divulgadas na Internet; o desempenho escolar; o *currículum*; o histórico clínico; as informações sobre dívidas e créditos; o histórico de compras e das formas de pagamento são alguns exemplos de dados pessoais citados pela doutrina e legislação, de forma geral, porém não unânime, desde que tais dados permitam identificar o seu titular.

¹¹³ Alguns autores defendem a distinção entre dado e informação: dado seria "uma informação em estado potencial, antes de ser transmitida" possui caráter mais primitivo e fragmentado, uma "espécie de 'pré-informação', anterior à interpretação e ao processo de elaboração", por outro lado a informação ultrapassa o significado do dado, chegando "ao limiar da cognição, e mesmo nos efeitos que esta pode representar para seu receptor". Na prática, tal dicotomia perde relevância, sendo os termos usados indistintamente, pelo que ambos os conceitos serão usados no presente trabalho como sinônimos (DONEDA, 2006, p.152).

Algumas informações, não obstante fazerem referência a um indivíduo, não são consideradas informações pessoais, tais como, sua produção intelectual, opiniões alheias sobre seu caráter.¹¹⁴

Por outro lado, alguns dados, ainda que pessoais, podem, por opção do legislador, ser excluídos de uma rigorosa fiscalização, controle e regime especial (estipulados em eventuais leis de proteção de dados pessoais), ante a sua irrelevância e seu caráter corriqueiro.

Os dados utilizados por pessoas singulares, em atividades exclusivamente pessoais ou domésticas, servem como exemplos. O registro pessoal de nomes, endereços, datas de aniversário, lista de presentes de fim de ano, lista de convidados de eventos, imagens captadas por câmeras de videovigilância de propriedades privadas não exigiriam um rígido controle e fiscalização, pelo que desnecessária seria a obrigatoriedade da notificação ou autorização aos órgãos administrativos que controlem a utilização de dados pessoais. O que não impossibilita, porém, a aplicação nessas hipóteses, de determinados princípios gerais como o direito à informação, e a conservação de dados somente quando necessários, já que a privacidade deve ser tutelada nas mais variadas situações.¹¹⁵

Tecendo comentários à Lei portuguesa de proteção de dados pessoais (Lei n.º 67/1998), Catarina Sarmento e Castro identifica dados pessoais como a informação, de qualquer natureza e suporte (numérica, alfabética, fotográfica, acústica), relacionada a uma pessoa, determinada ou determinável, sendo essa seu titular. Ressalte-se que a mencionada identificação do titular pode ser direta ou indireta, ou seja, através de recursos da própria instituição responsável pelo tratamento dos dados, ou de instrumentos controlados por terceiros, respectivamente. Devendo ser considerados, para fins de determinação se o dado está relacionado a uma pessoa identificada ou identificável, os meios suscetíveis de uma razoável/provável utilização.

¹¹⁴ DONEDA, 2006, p.156-157.

¹¹⁵ SARMENTO E CASTRO, 2005, p.115-117.

Assim as informações do endereço do IP¹¹⁶ do usuário são considerados dados pessoais, ainda que, num primeiro momento, não esteja identificado o nome da pessoa que o utiliza.

Outros conceitos recorrentes na doutrina são dado anônimo e banco de dados. O dado anônimo se refere a uma pessoa indeterminada, sendo útil em relação, por exemplo, às informações referentes a um grupo ou coletividade, uma vez que serve de recurso para a proteção da privacidade, da liberdade de expressão, da democracia e do combate à discriminação.¹¹⁷ Retomando o conceito de dados pessoais, conclui-se, na visão de Catarina Sarmiento e Castro, que dados anônimos não seriam dados pessoais, porque não possibilitam a identificação de seu titular. Exemplo de um dado anônimo seriam as informações estatísticas, as quais se referem abstratamente aos indivíduos, ao mesmo tempo em que não os identifica.¹¹⁸

Banco de dados seria o "conjunto de informações organizadas segundo uma determinada lógica". Com a informática abriu-se a possibilidade para o banco de dados informatizado, cuja capacidade de armazenamento— com custos reduzidos - beira ao infinito; as informações são processadas numa incrível velocidade, podendo, num átimo, ser combinada de múltiplas formas.¹¹⁹

Além dessa mudança quantitativa, constata-se também a origem de uma profunda alteração qualitativa: novas técnicas, métodos e algoritmos (processos de cálculos) são aplicados. Destaca-se desse rol o *profiling*, técnica que permite a construção de perfis de comportamento (*corpo eletrônico*) de uma determinada pessoa ou de um grupo, com base em seus dados pessoais, os quais são processados através de métodos estatísticos, técnicas de inteligência artificial, obtendo-se como fruto uma

¹¹⁶ O endereço IP, ou endereço eletrônico, é um endereço numérico do computador, o qual permite que o fornecedor de acesso à internet identifique o utilizador/cliente respectivo (SARMENTO E CASTRO, 2005, p.156-157).

¹¹⁷ DONEDA, 2006, p.157-158.

¹¹⁸ Registre-se, todavia, a opção belga por considerar como dado pessoal qualquer informação pela qual possa ser identificada a pessoa a que esteja conectada, independentemente do meio utilizado ser razoável ou não, bastando a existência da possibilidade de identificação (SARMENTO E CASTRO, *op. cit.*, p.70-73).

¹¹⁹ DONEDA, *op. cit.*, p.158-159.

'metainformação'.¹²⁰ Nesse sentido, Alan Westin criou o termo *data shadow*, que representaria o conjunto de fatos e opiniões de uma pessoa, armazenados em bancos de dados, os quais, sempre, acompanham-na. Outra técnica muito utilizada é o *data mining*: forma de coleta de dados pessoais que busca correlações, tendências e padrões, ante a análise de um volume significativo de informações em estado bruto, as quais são coletadas e armazenadas em maior quantidade, representando atualmente um 'produto' disponível.¹²¹

Abre-se, nesse ponto, parêntese para uma curiosa observação: uma tecnologia após emergir na história da humanidade nunca será apagada, pode ocorrer sua substituição por outras mais novas, porém o registro de sua existência jamais irá extinguir-se por completo, a sociedade terá que conviver com os riscos que sua criação possa eventualmente trazer. Se acrescentarmos a esse fato, a premissa da *vontade da técnica* de que *o que pode ser feito, será feito*, entenderemos o porquê da coleta de dados efetuar-se, muitas vezes, sem fins específicos. Coletam e armazenam-se dados, porque é possível.

Prosseguindo com as definições, cônica da necessidade da tutela dos dados pessoais, a doutrina cunhou o termo *dados sensíveis*, pincelando dados cuja veiculação está constantemente envolta por uma potencial utilização discriminatória, ou lesiva à privacidade. Seriam, por exemplo, informações sobre raça, opiniões políticas, crenças, opção sexual, informações médicas, dados genéticos de uma determinada pessoa.¹²²

Nessa esteira, a Lei portuguesa de Proteção de dados pessoais (Lei n.º 67/1998¹²³), por influência da Constituição daquele país¹²⁴ e da Diretiva 95/46/CE¹²⁵,

¹²⁰ DONEDA, 2006, p.173.

¹²¹ *Ibid.*, p176-177.

¹²² *Ibid.*, p.160-161.

¹²³ Observe-se que a referida lei optou por restringir a proteção de dados pessoas às pessoas físicas, posição diferente foi a adotada pela Áustria, Itália, Luxemburgo e Dinamarca. A doutrina e jurisprudência tanto em âmbito da União Européia, como em Portugal, caminha para o reconhecimento da extensão do direito à autodeterminação informativa às pessoas jurídicas, quando compatíveis com sua natureza. Em alguns casos a Comissão Nacional de Proteção de Dados Pessoais portuguesa já reconheceu a tutela de dados pessoais de empresários individuais. Já em relação às pessoas falecidas, é pacífico o reconhecimento da proteção de seus dados pessoais, mesmo que essa tutela seja superveniente ao seu falecimento (SARMENTO E CASTRO, 2005, p.100-105).

¹²⁴ A Constituição portuguesa faz menção expressa à proteção de dados pessoais em seu artigo 35, arrolando no número 2, do referido dispositivo constitucional, dados que merecem uma especial tutela.

fixou como dados sensíveis os "referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos".¹²⁶

Dedicaremos algumas palavras sobre determinadas categorias de dados sensíveis, que possuem peculiaridades de maior destaque.

Informações sobre convicções filosóficas, políticas, filiação partidária ou sindical, embora não guardem uma conexão intrínseca com o âmbito da privacidade, apresentam um alto risco de uma possível discriminação, pelo que merecem uma tutela diferenciada, exigindo, por exemplo, maior controle por parte das autoridades, menor âmbito de utilização, e sanções mais graves para o descumprimento de normas de proteção.

Posto que, em grande parte, a Lei n.º 67/1998, transponha a Diretiva 95/46/CE, aquela foi além (por influência da Constituição portuguesa) ao arrolar como dados sensíveis os relacionados com a vida privada. O impasse que emerge neste ponto é definir quais seriam esses dados referentes à vida privada que mereceriam uma tutela

¹²⁵ Diretiva é um instrumento normativo comum na União Europeia, que visa à uniformização dos ordenamentos dos países-membros. Desse modo, aprovada uma Diretiva, em geral, é estipulado um prazo para que os países adaptem seus ordenamentos jurídicos com as orientações nela expostas (esse processo denomina-se transposição). A Diretiva 95/46/CE é o principal regulamento da União Europeia sobre a proteção jurídica e o controle de dados pessoais.

¹²⁶ Artigo 7.º, da Lei n.º 67/1998: "Tratamento de dados sensíveis 1 - É proibido o tratamento de dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos. 2 - Mediante disposição legal ou autorização da CNPD, pode ser permitido o tratamento dos dados referidos no número anterior quando por motivos de interesse público importante esse tratamento for indispensável ao exercício das atribuições legais ou estatutárias do seu responsável, ou quando o titular dos dados tiver dado o seu consentimento expresso para esse tratamento, em ambos os casos com garantias de não discriminação e com as medidas de segurança previstas no artigo 15.º. 3 - O tratamento dos dados referidos no n.º 1 é ainda permitido quando se verificar uma das seguintes condições: a) Ser necessário para proteger interesses vitais do titular dos dados ou de uma outra pessoa e o titular dos dados estiver física ou legalmente incapaz de dar o seu consentimento; b) Ser efectuado, com o consentimento do titular, por fundação, associação ou organismo sem fins lucrativos de carácter político, filosófico, religioso ou sindical, no âmbito das suas actividades legítimas, sob condição de o tratamento respeitar apenas aos membros desse organismo ou às pessoas que com ele mantenham contactos periódicos ligados às suas finalidades, e de os dados não serem comunicados a terceiros sem consentimento dos seus titulares; c) Dizer respeito a dados manifestamente tornados públicos pelo seu titular, desde que se possa legitimamente deduzir das suas declarações o consentimento para o tratamento dos mesmos; d) Ser necessário à declaração, exercício ou defesa de um direito em processo judicial e for efectuado exclusivamente com essa finalidade. 4 - O tratamento dos dados referentes à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos, é permitido quando for necessário para efeitos de medicina preventiva, de diagnóstico médico, de prestação de cuidados ou tratamentos médicos ou de gestão de serviços de saúde, desde que o tratamento desses dados seja efectuado por um profissional de saúde obrigado a sigilo ou por outra pessoa sujeita igualmente a segredo profissional, seja notificado à CNPD, nos termos do artigo 27.º, e sejam garantidas medidas adequadas de segurança da informação."

diferenciada. A Comissão Nacional de Proteção de Dados Pessoais Informatizados portuguesa¹²⁷ tem entendido que são casos de dados da vida privada os recolhidos pelos sistemas de videovigilância, dados sobre a gravidez, consumo de entorpecentes, tabaco, e álcool, dados biométricos, e até imagens térmicas de pessoas (comuns em sistemas de segurança nos aeroportos).¹²⁸

Os dados relativos à saúde ultrapassam os limites do diagnóstico médico em si, abarcando também todos os que possibilitem apurá-lo, incluindo-se, assim, análises clínicas, imagens de exames radiológicos, e diagnósticos por imagens.

Na senda da Diretiva 95/46/CE, a legislação portuguesa inclui os dados genéticos, na classe dos pessoais, especificamente, dos dados pessoais relativos à saúde. Podem-se definir dados genéticos como "informações relativas às características hereditárias dos indivíduos, obtidas pela análise de ácidos nucleicos ou por outras análises científicas".¹²⁹

Por revelarem aspectos identificadores de uma pessoa, ou conter aspectos de sua saúde, os dados genéticos são incluídos na esfera dos direitos da personalidade, principalmente, do direito à privacidade e à intimidade, entretanto, a questão pungente envolta nos dados referentes à configuração genética de uma pessoa (bem como os dados sensíveis como um todo) é a não discriminação e o direito à igualdade.¹³⁰

Ressalte-se ainda que a iniciativa portuguesa inovou ao incluir no leque de dados sensíveis os referentes às condenações em processos penais e suspeitas de prática de atividades ilícitas, tal como se conclui da análise da Lei n.º 10/1991 (diploma que anteriormente regulava a matéria de dados pessoais no ordenamento lusitano), posição essa mantida, em certa parte, pela nova Lei portuguesa sobre dados pessoais (Lei

¹²⁷ Órgão administrativo independente responsável pelo controle e fiscalização do tratamento de dados pessoais, previsto expressamente na Constituição portuguesa.

¹²⁸ SARMENTO E CASTRO, 2005, p.96-98.

¹²⁹ Artigo 2.º, da Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos da UNESCO, de 16 de outubro de 2004: "Para efeitos da presente Declaração, os termos e expressões utilizados têm a seguinte definição: (i) *Dados genéticos humanos*: informações relativas às características hereditárias dos indivíduos, obtidas pela análise de ácidos nucleicos ou por outras análises científicas;"

¹³⁰ CÔRREA, Adriana Espíndola. **O corpo digitalizado**: bancos de dados genéticos e sua regulamentação jurídica. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p.147-149.

n.º 67/1998), a qual não classificou os referidos dados como sensíveis, porém os trata de forma autonomizada, relegando-lhes um tratamento especial.¹³¹

A crítica oposta à classificação em dados sensíveis ou não sensíveis se encontra na impossibilidade de se antever os efeitos do tratamento de uma determinada informação, independentemente de sua natureza. Dados não sensíveis podem acarretar lesões à privacidade, à liberdade, ou configurar práticas discriminatórias. Acrescente-se que o uso de dados sensíveis muitas vezes, além de legítimo, se mostra necessário, pelo que a simples proibição de sua coleta é inviável. Embora a natureza do dado seja relevante, o determinante, acaba por ser o modo de sua utilização.¹³²

No contexto da *Era da Informação*, é falaciosa a tentativa de construir um núcleo 'duro' da privacidade, e destinar-lhe uma intensa tutela, em contraposição a um conjunto de informações, cuja publicidade e circulação seja relevante para a sociedade: "até as informações aparentemente mais inócuas podem, se integradas a outras, provocar dano ao interessado".¹³³ Essa concepção reforça a ideia de mudança de paradigma do sigilo ao controle, anteriormente exposta.

Não se pode negar, todavia, que a rotulação de determinados dados como *dados sensíveis*, ante o seu maior risco, guarda em certa medida uma utilidade para a proteção da pessoa humana, da liberdade e da cidadania.¹³⁴

Outra questão que suscita debates no mundo jurídico, mas que ultrapassa o escopo deste trabalho, é a existência ou não de um direito de propriedade sobre os

¹³¹ Artigo 8.º, da Lei n.º 67/1998: "Suspeitas de actividades ilícitas, infracções penais e contra-ordenações
1 - A criação e manutenção de registos centrais relativos a pessoas suspeitas de actividades ilícitas, infracções penais, contra-ordenações e decisões que apliquem penas, medidas de segurança, coimas e sanções acessórias só pode ser mantida por serviços públicos com competência específica prevista na respectiva lei de organização e funcionamento, observando normas procedimentais e de protecção de dados previstas em diploma legal, com prévio parecer da CNPD. 2 - O tratamento de dados pessoais relativos a suspeitas de actividades ilícitas, infracções penais, contra-ordenações e decisões que apliquem penas, medidas de segurança, coimas e sanções acessórias pode ser autorizado pela CNPD, observadas as normas de protecção de dados e de segurança da informação, quando tal tratamento for necessário à execução de finalidades legítimas do seu responsável, desde que não prevaleçam os direitos, liberdades e garantias do titular dos dados. 3 - O tratamento de dados pessoais para fins de investigação policial deve limitar-se ao necessário para a prevenção de um perigo concreto ou repressão de uma infracção determinada, para o exercício de competências previstas no respectivo estatuto orgânico ou noutra disposição legal e ainda nos termos de acordo ou convenção internacional de que Portugal seja parte."

¹³² DONEDA, 2006, p.162-163.

¹³³ RODOTÀ, 2008, p.36.

¹³⁴ DONEDA, *op. cit.*, p.163.

dados pessoais, além da possibilidade da criação de um mercado para estes bens. Danilo Doneda, no entanto, reprovava um regime de caráter meramente patrimonial de dados pessoais ante a complexidade envolvida no tema.¹³⁵

Por fim, fala hoje em *direito à autodeterminação informativa*, o qual, segundo Catarina Sarmiento e Castro, transcende as fronteiras da privacidade e da intimidade. Seria, pois, um direito de proteção, que, em sua dimensão negativa, abre as portas para um eventual recurso do indivíduo na coleta e difusão de sua informação pessoal; um direito fundamental, "que permite que cada cidadão decida até onde vai a sombra que deseja que paire sobre as informações que lhe respeitam".¹³⁶

Do *direito à autodeterminação informativa* a doutrina extrai o *direito à liberdade informática*, uma espécie de direito da personalidade relacionado com o direito à privacidade, que privilegia o enfoque na liberdade, seria, pois, um direito ao conhecimento e ao controle de dados pessoais. Tanto a doutrina da *autodeterminação informativa* quanto a da *liberdade informática*, não obstante terem sido fundamentais no controle de dados pessoais, possuem fissuras.¹³⁷

A *autodeterminação informativa* tanto pode ser analisada como uma forma de controle do indivíduo em relação às informações sobre sua pessoa, como no consentimento da pessoa para a utilização de seus dados pessoais, numa perspectiva puramente negocial, afastada do plano dos direitos da personalidade. O problema é que nessa segunda leitura a pessoa teria uma espécie de direito de propriedade sobre suas informações, o que colocaria a questão dos dados pessoais no âmbito das questões patrimoniais e não como um direito fundamental. Já a *liberdade informática* é contestada no tocante ao termo liberdade, o qual encerra um alto grau de generalidade. Ademais, a estruturação de categorias jurídicas em torno de uma realidade exclusivamente tecnológica apresenta o risco de redução de sua abrangência e de uma rápida obsolescência, visto o caminhar rápido do mundo tecnológico, acrescentando-se ainda que a informática está tão impregnada em nosso cotidiano, sendo quase impossível determinar os casos em que ela é ou não empregada. Ante

¹³⁵ DONEDA, 2006, p.164-168.

¹³⁶ SARMENTO E CASTRO, 2005, p.27-28.

¹³⁷ DONEDA, *op. cit.*, p.198.

o exposto, autores como Danilo Doneda preferem o uso da expressão genérica 'proteção de dados pessoais'.¹³⁸

2.3 COLETA E APROVEITAMENTO VISÍVEL E INVISÍVEL DE DADOS PESSOAIS NA INTERNET

Ao se falar em privacidade e Internet mergulha-se num oceano de proporções imensuráveis, por isso dedicaremos este tópico para tecer breves elucidações sobre questões que ganham importância ante a expansão do uso da Internet (*Inter Communication Network*) e sua crescente correlação com os dados pessoais, em variados contextos (como transações comerciais, comércio eletrônico 'e-commerce', consultas médicas *on-line*, acesso às bases documentais através do acesso via *passwords*, envio e recepção de mensagens eletrônicas, publicação de informações). Não havendo, pois, pretensão quanto ao esgotamento do tema, visando-se, na realidade, mais uma apresentação destes novos problemas que se põem diante do Direito.

A Internet é uma rede mundial de computadores, que se comunicam através do *Transport Control Protocol/Internet Protocol* (TCP/IP), no qual pacotes de informações são enviados pelos endereços IP.¹³⁹

Catarina Sarmiento e Castro identifica duas formas de coleta e aproveitamento de dados pessoais no mundo cibernético, a visível e a invisível.

No que se refere aos dados pessoais de coleta e aproveitamento visível temos o endereço eletrônico (*IP - Internet Protocol*), os conteúdos das mensagens enviadas por meio do correio eletrônico, os próprios endereços do correio eletrônico, as informações

¹³⁸ DONEDA, 2006, p.198-201.

¹³⁹ Os principais autores da Internet são: operadores de telecomunicação, os quais são contratados para possibilitar o acesso à rede, pelo que é necessário contratar primeiramente um serviço de telecomunicações; fornecedores de acesso à Internet, que fornecem a ligação TCP/IP; fornecedores de serviço Internet, que prestam os principais serviços como acesso ao correio eletrônico, alojamento de páginas/sítios na *Web*, acesso a *newsgroups*, acesso a servidores *File Transfer Protocol*, para transmissão de ficheiros; titulares das páginas da *Web*, que são responsáveis pelo conteúdo de seus respectivos sítios; e, por fim, o utilizador, os quais são os sujeitos que utilizam os serviços da Internet.

fornecidas em páginas da *Web* pelo seu próprio titular, ou aquelas divulgadas nas páginas pelos responsáveis dos sítios.¹⁴⁰

Através do endereço IP (endereço numérico que identifica cada computador) o fornecedor de Internet tem conhecimento de qual cliente está utilizando aquele determinado registro. O fornecimento desse endereço pode ser dinâmico (é atribuído um determinado número sempre que o cliente acesse à rede), ou pode ser permanente.¹⁴¹

Quanto à coleta e aproveitamento invisível, como exemplos âncoras temos os ficheiros *log*, e os temidos *cookies*. Os ficheiros *log* seriam verdadeiros diários de navegação; os fornecedores fazem fichários de cada endereço IP, registrando datas, tempos de conexão, informações técnicas a cerca do tipo dos serviços utilizados na *Internet*, os sítios visitados, os destinatários das mensagens eletrônicas enviadas, entre outras informações. Esses ficheiros despertam o interesse não somente dos fornecedores de acesso à Internet, como também de terceiros, já que podem servir de base para a construção de perfis comportamentais dos internautas.

Os *cookies* também são ficheiros, eles seriam "absorventes de textos com informações sobre o comportamento dos usuários da rede"¹⁴², só que eles são enviados pelos gestores dos sítios da *Web* e ficam gravados no computador do usuário que visita a página, estando associado a um endereço URL (*Unique Resource Locator*) e a um nome de domínio determinado, sendo seu acesso restrito ao responsável pela página. Assim em visitas futuras pode o gestor do sítio reler o *cookie*, que outrora instalou, e identificar o usuário, conhecer seu histórico da navegação em seu sítio, os produtos que comprou, as informações que solicitou, os *banners* (janelas publicitárias que se abrem automaticamente) que já enviou.

Os *cookies* podem ser apagados ou bloqueados pelo usuário, e não possuem a capacidade de vasculhar o conteúdo gravado no disco rígido do computador, nem de disseminar vírus, se usados de forma correta.¹⁴³

¹⁴⁰ SARMENTO E CASTRO, 2005, p.156-157.

¹⁴¹ *Ibid.*, p.157-159.

¹⁴² PINHEIRO, Patrícia. **Direito digital**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p.354.

¹⁴³ LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil pela violação do sigilo e da privacidade na Internet e nos demais meios de comunicação. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.341-343.

Outras figuras recorrentes no espaço cibernético são os *junk mails* e os *spams* (mensagens de correio eletrônico, não solicitadas, de conteúdo impróprio ou com fins comerciais¹⁴⁴). Ambos são fortes indícios da comercialização de dados pelos responsáveis dos sites. Ainda que os dados pessoais sejam inseridos, pelo discurso jurídico, na categoria da pessoa, e de sua personalidade, na prática se sobrepõe o espectro patrimonial, transformando-se os mesmos em bens jurídicos comercializáveis, em 'coisa', ficando a projeção da pessoa humana relegada a segundo plano.

Os diferentes atores da Internet manipulam ocultamente uma gama significativa de dados pessoais, havendo, comumente, um distanciamento do usuário e o responsável pelo tratamento dos dados pessoais.

Ante essa maior vulnerabilidade, o ordenamento jurídico português, por exemplo, exige na coleta de dados pessoais em redes abertas, que o titular destas informações seja previamente avisado sobre o risco de seus dados circularem na rede sem medidas de segurança.

O responsável pelo tratamento dos dados ¹⁴⁵ possui não somente a obrigação de requer a permissão do titular, arca também com o ônus de informar seu nome, seu endereço físico, as finalidades do tratamento, indicar quais dados a serem fornecidos são obrigatórios ou facultativos, a existência de destinatários dos dados recolhidos, as finalidades da transmissão a terceiros, as possíveis formas de consentimento e de oposição, o dever de esclarecer os direitos de acesso, de correção, e de eliminação dos dados, as medidas de seguranças adotadas, e de informar sobre o recolhimento de dados na página, antes que esta efetivamente ocorra.

¹⁴⁴ FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Aspectos jurídicos do comércio eletrônico**. Porto Alegre: Síntese, 2003. p.141.

¹⁴⁵ Entendo-se como 'tratamento' não somente a coleta de dados, como também o registro, sua organização, utilização, comunicação (por transmissão, difusão, ou qualquer outro meio), comparação e interconexão, bloqueio, apagamento e destruição (SARMENTO E CASTRO, 2005, p.105 e 153-154).

2.4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PROTEÇÃO JURÍDICA E DO CONTROLE DE DADOS PESSOAIS, OS DIREITOS DO TITULAR E O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

Da evolução legislativa, jurisprudencial e doutrinária sobre o tema, a abstrai-se um conjunto de princípios gerais e orientadores da proteção jurídica e do controle de dados pessoais. Alguns desses já foram delineados nas ondas legislativas da primeira e segunda geração, enquanto outros ganharam corpo em discussões mais recentes. Sublinhe-se novamente que esse regime jurídico de controle de dados pessoais foi desenvolvido no contexto da Comunidade Européia, encontrando assente no ordenamento jurídico de todos os países-membros.

No Brasil, tais postulados axiológicos ainda são raramente citados pela doutrina e jurisprudência, havendo remissões pontuais em alguns diplomas legislativos, como se observa do Código de Defesa do Consumidor (CDC), e da Lei do *Habeas Data*. Entretanto, não há como se vislumbrar no ordenamento jurídico nacional um sistema geral de controle de dados pessoais, alicerçado em tais princípios. Como saldo temos reiterados abusos, nos mais diversos domínios, como se observa de forma explícita, nas práticas de publicidade e *markentig*, nas quais informações pessoais são repassadas a terceiros, visando-se a propaganda, ignorando-se a exigência da anuência do titular. No máximo, atualmente vigora na sociedade brasileira uma lógica às avessas: faculta-se ao indivíduo o direito de manifestar seu não interesse no recebimento de propagandas desse gênero, já que a permissão é presumida.

Na formulação desses princípios merecem destaque os estudos da *Secretary for health, education and welfare*, a Convenção de *Strasbourg* e as *Guidelines* da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). São dos trabalhos retro citados que os doutrinadores extraem os seguintes postulados.¹⁴⁶

No princípio da publicidade, também chamado da transparência, a existência dos bancos de dados deve ser pública, nunca secreta, exigindo-se, em certas circunstâncias, autorização prévia para o arquivo funcionar, notificação às autoridades competentes,

¹⁴⁶ DONEDA, 2006, p.215-217.

ou o envio de relatórios periódicos. É por esse motivo que os dados pessoais de tratamento invisível devem ser analisados com muita cautela.

A transparência também se relaciona ao direito de informação do titular dos dados, e ao respectivo dever de informação do responsável pelo arquivo, no que tange ao modo, finalidade, período de conservação, direito ao acesso e à retificação, entre outras informações essenciais a serem esclarecidas.

O princípio da exatidão determina que os dados devem refletir fielmente a realidade, na coleta deve preponderar o zelo e atualização dos dados, ante a sua defasagem.

Esse princípio guarda conexão com a qualidade do material coletado, a qual não deve ficar adstrita à mera veracidade dos fatos registrados, diante do peso determinante que tais dados possuem na tomada de decisões (as quais muitas vezes são de natureza existencial para indivíduo, vide, por exemplo, a concessão de um emprego), em muitas situações, a presença de determinados dados e a omissão de outros pode espelhar uma realidade fragmentada e parcial, o que prejudica o titular dos dados.

A utilização de dados pessoais na tomada de decisões, não obstante levantar a bandeira da imparcialidade e objetividade, camufla o jogo de poderes existente por trás do amplo sistema de coleta de armazenamento de dados. A escolha da natureza dos arquivos que serão criados, dos dados que neles ingressarão (do porquê de outros serem omitidos), e dos grupos que serão objeto de tais arquivos sempre é pautada por interesses secundários.

O princípio da finalidade impõe que a utilização de dados pessoais deve corresponder a uma finalidade específica (nunca vaga ou genérica), legítima (não contrária à lei) e comunicada aos seus titulares no momento da coleta. Desse princípio deriva a proibição de repasse de dados pessoais a terceiros. Está a evitar, assim, a circulação 'em branco' de informações pessoais, já que se a sociedade da *Era da Informação* se lastreia no sistema da ampla circulação de conhecimento, a democracia impera que esse 'trânsito informacional' ocorra pelas vias da transparência.

No Brasil, este princípio é instituído, porém, por uma lógica inversa, visto que, em certa medida é facultado o direito à oposição de repasse de dados e à utilização dos dados para fins diversos daqueles para os quais foram coletados, entretanto, é ônus do titular comunicar o seu não consentimento, e não do arquivista de obtê-lo.

O indivíduo possui livre acesso ao banco de dados (princípio do livre acesso) em que constem suas informações, podendo obter cópias dessas, a fim de que seja possível exercer o controle, a correção, a atualização e acréscimo de informações. O princípio do livre acesso, juntamente com o direito de retificação e atualização de dados, consta expressamente em legislação nacional, como se observará no capítulo seguinte, no qual será analisada a ação de *habeas data*. O problema do Direito brasileiro está na previsão isolada desse princípio, como uma ilha perdida no oceano, noutro dizer, o princípio de livre acesso, resguardado pelo direito de acesso ao lado do direito de retificação de dados pessoais, perde sentido, uma vez que emerge isoladamente, não dentro de um sistema jurídico de proteção de dados pessoais.

Segundo o princípio da segurança física e lógica os dados devem ser protegidos contra eventuais extravios, destruição, modificação, transmissão ou acesso não autorizado. Essa ressalva é importantíssima visto que nos remete à problemática da possibilidade fática de garantia de não acesso de terceiros aos referidos arquivos de dados pessoais.

Os princípios da adequação, da pertinência e da proporcionalidade se misturam, deles se conclui, no entanto, que os dados devem ser adequados, necessários, pertinentes e compatíveis à finalidade visada, na proporção que o grau e extensão em que são utilizados devem ser questionados.¹⁴⁷

Fala-se ainda no princípio da licitude e da lealdade, pelo qual as regras nacionais, comunitárias e internacionais devem ser respeitadas, devendo ainda o tratamento ser pautado pela boa-fé e lealdade.¹⁴⁸

Correlacionados a esses princípios, destacam-se alguns direitos dos titulares de dados pessoais, dentre esses, o direito ao esquecimento, à curiosidade, de informação, de acesso, de retificação e atualização, de apagamento ou bloqueio, de não ficar sujeito a uma decisão individual automatizada, e de oposição.

O direito ao esquecimento remonta a noção de armazenamento de dados somente pelo período necessário para a finalidade a que se destina, evitando-se assim uma apropriação perpétua de várias facetas da vida privada dos indivíduos.

¹⁴⁷ SARMENTO E CASTRO, 2005, p.326-237.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p.235.

O direito à curiosidade assemelha-se ao direito de informação, porém, enquanto aquele se limita ao direito da ciência de que uma determinada entidade dispõe de seus dados pessoais, este abarca o direito do titular de conhecer as finalidades para as quais tais dados são processados, antes da concessão das informações.

Quanto ao direito de informação o instrumento utilizado para a coleta de dados deve indicar a identidade do responsável pelo tratamento, a finalidade do tratamento, quais são as informações de caráter obrigatório e quais são facultativas, o destinatário dos dados, as informações a respeito ao direito de acesso e o procedimento para a realização de possíveis retificações dos dados.¹⁴⁹

O direito de acesso permite que o titular aceda a seus dados pessoais, independentemente de qualquer justificação, logo nele estaria contido o próprio direito à curiosidade. A configuração desse direito permite a tutela do direito de retificação e atualização dos dados. A correção de dados deve ocorrer em prazo razoável e sem custos excessivos, existindo paralelamente a esse direito um dever de correção e atualização espontânea do responsável.¹⁵⁰

Em casos de tratamento de dados que ultrapassem o prazo prefixado, ou utilizem dados de forma inexata ou ilegal, possui o titular o direito ao apagamento ou bloqueio dos dados.¹⁵¹

É comum também, que os ordenamentos jurídicos dos países vedem a tomada de decisões, que produzam efeitos na esfera jurídica de um indivíduo, ou que o afete de forma significativa, com base exclusivamente num tratamento automatizado de dados, cujo objetivo seja a análise de certos aspectos de sua personalidade. Desse modo, proibisse o *credit scoring*, consistente num programa de computador, que autoriza ou não a concessão de crédito pessoal, baseado unicamente nas respostas de certas perguntas pessoais e profissionais. Não se veda a utilização de dados automatizados na tomada de dessas decisões, o que se limita é a possibilidade de que os mesmos sejam a única fonte de solução.¹⁵²

¹⁴⁹ SARMENTO E CASTRO, 2005, p.239-347.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p.247-251.

¹⁵¹ *Ibid.*, p.251.

¹⁵² *Ibid.*, p.251-253.

Como último tópico deste rol, a doutrina costuma mencionar o direito à oposição, como faculdade do titular dos dados pessoais de limitar a utilização dos dados sob o argumento de razões ponderosas e legítimas, relacionais com sua situação particular. Esse direito pode ser exercido de forma direta, negando-se o indivíduo a fornecer suas informações, ou indireta, opondo-se ao tratamento de dados pessoais, cuja coleta independa de sua atuação. Ponto que talvez suscite polêmica é a abrangência do que seriam razões ponderosas e legítimas. Partindo-se do pressuposto de que não se está a falar em qualquer razão, deve a autoridade competente usar da proporcionalidade, como também sopesar as particularidades do caso concreto para definir pela preponderância das razões do titular, em detrimento ao interesse do responsável pelo tratamento dos dados.¹⁵³

Caso de peso relevante, na sociedade contemporânea, é o direito de oposição no *marketing direto*. Na Europa, a Recomendação n.º R (85) 20, do Conselho da Europa, sobre o assunto, já reconhecia a qualquer pessoa o direito de oposição de que seus dados sejam comunicados a terceiros para fins de publicidade, havendo o direito de exclusão de seu nome de listagens com essa finalidade. Países europeus têm criado as chamadas *listas Robinson*, as quais contêm os nomes daqueles que desejem ser excluídos do envio de propaganda direta.¹⁵⁴

Entretanto, o respeito aos princípios centrais e a estes direitos básicos não garantem, por si só, a legitimidade do tratamento dos dados pessoais. A doutrina européia, por reflexos da Diretiva 95/46/CE, embasa as condições da licitude do tratamento de dados pessoais no duplo teste: qualidade dos dados pessoais utilizados, e a fundamentação do tratamento.¹⁵⁵

Descendo ao âmbito da qualidade dos dados pessoais, lançaremos mão do artigo 6.º (Princípios relativos à qualidade dos dados), da Diretiva 95/46/CE, o qual determina que os dados pessoais devem ser "objeto de um tratamento real e lícito", "recolhidos para finalidades determinadas, explícitas, legítimas" vedado o desvirtuamento desses fins. Os dados devem ainda ser "adequados, pertinentes e não excessivos" em comparação ao objetivo propulsor de seu tratamento, devem ser ainda "se

¹⁵³ SARMENTO E CASTRO, 2005, p.254-257.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p.257-261.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p.205-206.

necessário, atualizados", e "conservados de forma a permitir a identificação das pessoas em causa apenas durante o período necessário para a prossecução das finalidades para que foram recolhidos ou para que são tratados posteriormente".¹⁵⁶

Em geral os sistemas de proteção de informações pessoais exigem para a utilização das mesmas uma justificação. Como principais fundamentos podemos identificar o consentimento; a existência de um contrato; a obrigação legal do responsável; a tutela de interesses vitais do titular dos dados; o interesse público ou exercício de autoridade pública; e os interesses legítimos do responsável pelo dados ou de terceiros a quem os dados sejam transmitidos.¹⁵⁷

O consentimento como manifestação da vontade livre, específica, e informada possui o condão de legitimar não somente o tratamento de dados pessoais, como também o de dados sensíveis. Ele será livre se ausente qualquer pressão, restrição ou oposição, e sem que ao titular sejam impostas quaisquer consequências caso opte pela não concessão. Acrescente-se, todavia, que a posterior revogação do consentimento não terá efeitos retroativos.¹⁵⁸

Deve ainda ocorrer a manifestação da vontade específica, atrelando-se o consentimento a um período predeterminado e às finalidades e circunstâncias informadas antecipadamente. O consentimento também deve ser informado; além da finalidade, é imprescindível o esclarecimento ao titular dos dados se as informações requisitadas são de carácter obrigatório ou facultativo, qual a identidade do responsável pelo tratamento

¹⁵⁶ Artigo 6.º, da Diretiva 95/46/CE: "SECÇÃO I: PRINCÍPIOS RELATIVOS À QUALIDADE DOS DADOS _Artigo 6.º 1. Os Estados-membros devem estabelecer que os dados pessoais serão: a) Objecto de um tratamento leal e lícito; b) Recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, e que não serão posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades. O tratamento posterior para fins históricos, estatísticos ou científicos não é considerado incompatível desde que os Estados-membros estabeleçam garantias adequadas; c) Adequados, pertinentes e não excessivos relativamente às finalidades para que são recolhidos e para que são tratados posteriormente; d) Exactos e, se necessário, actualizados; devem ser tomadas todas as medidas razoáveis para assegurar que os dados inexactos ou incompletos, tendo em conta as finalidades para que foram recolhidos ou para que são tratados posteriormente, sejam apagados ou rectificadas; e) Conservados de forma a permitir a identificação das pessoas em causa apenas durante o período necessário para a prossecução das finalidades para que foram recolhidos ou para que são tratados posteriormente. Os Estados-membros estabelecerão garantias apropriadas para os dados pessoais conservados durante períodos mais longos do que o referido, para fins históricos, estatísticos ou científicos. 2. Incumbe ao responsável pelo tratamento assegurar a observância do disposto no n.º 1."

¹⁵⁷ Tais fundamentos encontram-se expressos no artigo 7.º, da Diretiva 95/46/CE e no artigo 6.º, da Lei n.º 67/1998 (Lei portuguesa de proteção de dados pessoais).

¹⁵⁸ SARMENTO E CASTRO, 2005, p.206-207.

dos dados e de seus possíveis destinatários. Além disso, há o dever do arquivista de fornecer explicações sobre o direito ao acesso e esclarecimentos referentes ao procedimento a ser adotado caso deseje-se efetuar retificações dos referidos dados.¹⁵⁹

Ao mesmo tempo o fluxo de informações pessoais é admitido em circunstâncias envolvendo contratos, tratativas pré-contratuais ou na presença de autorização legal (lei impõe ao responsável pelo arquivo, por exemplo, a comunicação de tais dados a terceiros, como ocorre em muitos ordenamentos quanto ao dever, do empregador, de prestar informações sobre seus empregados).¹⁶⁰

O bom senso também libera o tratamento de dados pessoais, para proteção de interesses vitais do seu titular, em situações excepcionais, nas quais o mesmo se encontra impossibilitado de consentir.

A definição de interesse público ou exercício de autoridade suscita prudência, visto que são conceitos abstratos, que podem conduzir a uma 'carta branca' para os órgãos estatais ou entes privados incumbidos de funções de interesse público, no tocante à utilização dos dados pessoais. Logo, a referida fundamentação deve configurar-se como exceção à regra.

No caso de persecução de interesses legítimos do responsável ou de terceiros a quem os dados sejam comunicados, há que se ponderar tais interesses com a proteção dos direitos do titular dos dados.

Os fundamentos supracitados poderão ser trabalhados numa perspectiva mais rígida e restrita, quando envolvidos dados sensíveis, ante as peculiaridades desses, pelo que fica a opção do legislador de estipular as restrições quanto ao uso de tais informações.

2.5 MODELOS DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Existe uma relação entre o grau de preocupação com a coleta e processamento de dados pessoais e nível de consumo, de educação, de trabalho formal, e de

¹⁵⁹ SARMENTO E CASTRO, 2005, p.206-207.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p.208.

desenvolvimento tecnológico; em países assolados por graves problemas sociais a proteção de dados pessoais é diminuta ante as demandas que envolvem necessidades básicas, por este motivo, a temática possui maior apelo em países mais desenvolvidos social e economicamente.

A análise dos rumos traçados em algumas nações, cuja doutrina debruçou-se sobre o problema de forma mais profícua, mostra-se frutífera, tendo em vista que o assunto 'entrou em pauta' no Brasil somente nos últimos anos e que inexistiu uma lei nacional e genérica de proteção de dados pessoais.

Na Europa, ocorre um processo de formação e consolidação de um direito comunitário, o qual tende para a uniformização dos diversos ordenamentos jurídicos dos países membros, com a conseqüente redução de conflitos entre os mesmos, bem como a promoção de valores orientadores da União Européia.

Não há um modelo europeu de proteção de dados pessoais propriamente dito. Convivem, no cenário europeu, diversos modelos, configurados nos ordenamentos nacionais dos países-membros, os quais, no entanto, possuem contornos comuns, estruturando-se em torno de um núcleo central, formado em síntese, pela Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, a qual em seu artigo 8.º tutela a privacidade no âmbito da vida privada e familiar, o domicílio e a correspondência; pela Diretiva 46/95/CE, e pela Diretiva 2002/58/CE. Logo, vislumbra-se um 'padrão mínimo de proteção'¹⁶¹ em toda União Européia, o que restou consideravelmente benéfico, já que as fronteiras são, para veiculação de dados pessoais, muitas vezes, irrelevantes.

Passo marcante foi o trabalho da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) que, em 1980, resultou nas *Guidelines on the protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, a qual definia certos parâmetros e princípios condutores da proteção de dados pessoais, que, embora não vinculantes, serviram de matriz de referência.

Em 1981, foi editada a Convenção para Proteção de Dados Pessoais com respeito ao processo automatizado de dados pessoais, conhecida como Convenção de *Strasbourg* ou Convenção n. 108 do Conselho da Europa, que definia diretrizes a serem adotadas pelos países membros, e permitia a adesão de países não

¹⁶¹ DONEDA, 2006, p.227.

membros do Conselho da Europa. Como consequência, diversos países europeus adequaram as legislações já existentes sobre a matéria em relação aos preceitos da Convenção, ou legislaram pela primeira vez sobre o assunto.

A diretiva 95/46/CE estipula um regramento definido e detalhado e a instituição de um órgão administrativo autônomo para a fiscalização dos diversos tratamentos de dados pessoais, servindo como catalisador no processo de padronização da tutela de dados pessoais nos ordenamentos europeus, uma vez que fixou um prazo para os países adequarem as normas nacionais ao conteúdo normativo da diretiva.

A diretiva enfoca a proteção de dados pessoais pelo prisma da tutela da liberdade e dos direitos fundamentais e busca sopesar a tensão proteção da pessoa *versus* livre circulação de pessoas, mercadorias, produtos e capital, a fim do fortalecimento do comércio.

Ela é introduzida por uma terminologia básica, e em seguida apresenta alguns princípios nucleares, que devem ser respeitados por todos os Estados-membros. Distanciando-se do modelo de *direito subjetivo*, o presente texto normativo não apresenta um rol de direitos com suas respectivas garantias, nem diferencia o tratamento resguardado para os entes estatais do destinado aos entes privados. Quanto ao fluxo de informações, estipula-se a livre circulação na área da União Européia, todavia, em relação aos demais países, vigora o Princípio da equivalência, sendo assim, vedada a transferência de dados pessoais a países que tenham um sistema de proteção de dados pessoais considerado pela Diretiva como insuficiente.

No artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia estipula que:

Art. 8.º Proteção de dados pessoais

1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.
3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

A Diretiva 2002/58/CE entrou em cena em 2002, estipulando regras específicas para os dados pessoais nos serviços de comunicação eletrônica, não possuindo natureza

substitutiva da anterior diretiva, apenas visando à maior proteção das informações na realidade da comunicação em rede.

Acrescente-se por fim que o Comitê de Ministros do Conselho da Europa usou como recurso inúmeras recomendações setoriais, como a Recomendação n.º R (2002) 9, sobre coleta de dados pessoais e segurança; a Recomendação n.º R (99) 5, que versa sobre o controle de dados pessoais na Internet; a Recomendação n.º R (97) 18, que regula os dados pessoais usados para fins estatísticos, além de outras regulamentações, que disciplinam os dados pessoais nas operações de pagamentos, na área da saúde, da comunicação, da polícia, do marketing e da relação de trabalho.

Passando para uma breve análise do modelo norte americano de proteção de dados pessoais, percebe-se que, em posição oposta, nos Estados Unidos da América tal proteção ocorre de maneira difusa e fragmentada em inúmeros corpos legislativos, que regulamentam o assunto em diversos setores. Porém, visando uma maior sistematização a doutrina individualiza algumas vertentes dentro do *right to privacy*, forjando o termo *informational privacy* para se designar o controle de dados pessoais.¹⁶²

Por influência do caso, já comentado, *National Data Center*, na década de 70, surgiram algumas leis federais sobre a tutela de dados pessoais, promulgou-se também o *Fair Reporting Act* (FCRA), o qual estipulou o segredo e a possibilidade de retificação de dados financeiros de consumidores controlados por operadores de cadastros de crédito para fins de consumo. Era permitido a essas operadoras o fornecimento de dados em casos excepcionais, tais como, mediante ordem judicial, consentimento do titular dos dados, quando comprovado a futura utilização de tais dados para verificações, e diante da requisição do interessado para fins de concessão de crédito, de emprego, seguro, benefício estatais, entre outros.¹⁶³

O *privacy Act*, de 1974, teve o mérito de ser a primeira lei norte-americana a reconhecer um *general right to privacy*. Sua eficácia, no entanto, era circunscrita às agências federais, não alcançando terceiros que eventualmente divulgassem informações de órgãos públicos. Sublinhe-se, ainda que a estrutura desse diploma normativo concentrava-se no consentimento do interessado. Outro entrave para uma efetiva proteção

¹⁶² DONEDA, 2006, p.301.

¹⁶³ *Ibid.*, p.294-295.

estava no fato do ônus da prova da quebra do sigilo de dados e das lesões decorrentes dessa violação se encerrar nas mãos dos cidadãos, e não dos agentes estatais.¹⁶⁴

Em 1976, é promulgado o *Freedom of Information Act* (FOIA), para regulamentar o acesso dos cidadãos às suas informações pessoais, armazenadas em agências federais, salvo em caso de segurança pública. Seguindo essa orientação, dez anos depois, surge a *Freedom of Information Reform Act*, que se ocupava da relação utilização de informações pessoais *versus* segurança pública.

Ao lado dessas normativas de maior abrangência, encontra-se um sistema, essencialmente empírico, marcado por um forte *lobby*, e fragmentado em setores e espécies de dados pessoais, sem relevantes pontos de coesão: o *Driver's Privacy Protection Act*, o qual veda a revelação de informações pessoais por parte dos governos estaduais, e que teve como mola propulsora o assassinato de uma atriz, após um fã fanático ter obtido seu endereço no Registro de habilitação; o *Video Privacy Protection Act*, que impede a divulgação pelas locadoras de vídeo cassetes dos nomes de seus clientes e dos filmes por eles alugados sem a oportunidade de prévia manifestação. A referida lei foi promulgada após a não indicação do juiz Robert Bork para a Suprema Corte, por causa da veiculação na mídia de que o mesmo alugava filmes considerados "imorais". O *Family Educational Rights and Privacy Act* regula o acesso às informações dos alunos de entidades educacionais, sendo opostas sanções administrativas, e impedimento de financiamento para as instituições infratoras. O *Right to Financial Privacy Act* disciplina a veiculação de informações financeiras, que os bancos detêm sobre seus clientes, para agentes governamentais, tendo o cliente direito de notificação e oposição, cabendo, em casos de abusos, indenização.¹⁶⁵

O *Cable Communications Policy Act* defende os direitos dos assinantes de serviço de televisão pago, no que tange aos seus dados pessoais, sendo obrigatório o envio de relatórios anuais pelas operadoras com a descrição das informações pessoais em seu poder, e a finalidade de sua utilização, além disso, também é proibida a coleta de dados que não sejam imprescindíveis para o funcionamento do sistema. Destaca-se ainda o *Children's Privacy Protection and Parental Empowerment Act* que pioneiramente regulamenta as informações fornecidas por crianças de até 13 anos

¹⁶⁴ DONEDA, 2006, p.295-296.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p.298-299.

por meio da Internet, sendo restrita a coleta, utilização e veiculação desses dados se ausente o consentimento prévio dos responsáveis. Até os arquivos relacionados com o serviço sanitário são regulamentados pela *Health Insurance Portability and Accountability Act*.¹⁶⁶

Logo, inúmeros setores possuem regras específicas sobre proteção de dados pessoais, formando assim, nos Estados Unidos da América, um sistema profundamente intrincado e difuso.

Ressalte-se, por fim, a grande oscilação no grau de proteção de dados pessoais entre os estados norte americanos, ante a competência federal e estadual em relação ao tema, o que torna o quadro nacional ainda mais complexo.¹⁶⁷

2.6 A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA

Conforme já mencionado, inexistente um único modelo europeu, e sim vários modelos desenhados nos ordenamentos de cada um dos países da União Européia, guiados pela mesma linha condutora, qual seja, a Diretiva 95/46/CE.

A dissecação de cada um destes modelos mostra-se inviável, pelo que se optou pela explanação – ainda que somente das principais premissas – do sistema português.

Com efeito, Portugal e Espanha, assim, como o Brasil e outros países da América Latina foram marcados por violentas ditaduras militares. Também no ordenamento jurídico lusitano vigora uma Constituição (promulgada em 1976), que reflete as agruras passadas na época da repressão.

Tanto na ex-colônia (Brasil), como em sua antiga metrópole vigoram Constituições analíticas (ultrapassando a mera disciplina das normas de regência do Estado e direitos e garantias fundamentais).

¹⁶⁶ DONEDA, 2006, p.299-301.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p.303-304.

A Constituição Federal, de 1988, recebeu forte influência do Constituição portuguesa, de 1976, principalmente, em relação às questões sociais. Todavia, destoando-se da Lei fundamental brasileira, a Constituição portuguesa traz em seu âmago disposição expressa sobre o controle de dados pessoais:

Art. 35. Utilização da informática

1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e actualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei.
2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção, designadamente através de entidade administrativa independente.
3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis.
4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei.
5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos.
6. A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional.
7. Os dados pessoais constantes de ficheiros manuais gozam de protecção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei.

Além da extensa disposição de regras na própria Constituição, o ordenamento português transpondo a Diretiva 95/46/CE, promulgou em 26 de outubro de 1998, a Lei de proteção de dados pessoais (Lei n.º 67/1998), revogando a Lei n.º 10/1991, a qual versava sobre a mesma temática.¹⁶⁸

A atual Lei portuguesa de proteção de dados pessoais é dividida em sete capítulos, o primeiro versa sobre as disposições gerais, ou seja, arrola os princípios fundamentais da matéria, apresenta algumas definições centrais, e o âmbito de aplicação do próprio diploma.

O Capítulo segundo trata da qualidade dos dados pessoais e da legitimidade para o tratamento; define quais são os dados sensíveis e as situações em que é possível o tratamento desses; regula o tratamento de dados relativos às investigações

¹⁶⁸ Em Portugal houve uma preocupação tardia quanto à matéria. A lei de proteção de dados pessoais, de 1991 (revogada pela Lei n.º 67, de 1998), é resultado da decisão do Tribunal Constitucional português que declarou a inconstitucionalidade por omissão ante a inexistência de lei que regulamentasse o artigo 35, da Constituição portuguesa (SARMENTO E CASTRO, 2005, p.50).

sobre suspeitas ilícitas, infrações penais, e contra-ordenações; em arremate, define alguns direitos do titular de dados, e disciplina as questões referentes à segurança e à confidencialidade do tratamento.

No Capítulo seguinte são fixadas as regras de transferência internacional de dados pessoais, sendo, em geral, transpostas as regras da Diretiva 95/46/CE. O Capítulo quarto estrutura a Comissão Nacional de Proteção de Dados, sua natureza, atribuições, competências, composição, regras de funcionamento, e a necessidade de autorização ou notificação a esse órgão quando do tratamento de dados pessoais.

O Capítulo quinto trata da elaboração de códigos de conduta a serem elaborados nos mais diversos setores; e o sexto regulamenta a tutela administrativa e jurisdicional, e determina sanções para o descumprimento do disposto no referido diploma. Por fim, o último Capítulo fixa as disposições finais (transitórias, revogatórias e a fixação da entrada em vigor da lei).

Esclareça-se, novamente, que o objeto do presente trabalho não visa um estudo sobre a legislação portuguesa, apenas utilizar-se-á da mesma como instrumento (parâmetro) para uma melhor análise da questão no ordenamento brasileiro, perante a inexistência de disposição legislativa sobre a matéria, em território nacional.

2.7 CONTROLE INTERNACIONAL DE DADOS PESSOAIS

Diante da circulação de dados pessoais por meios eletrônicos e sendo praticamente imperceptíveis as fronteiras entre países, uma proteção interligada ampliaria e intensificaria, pois, a sua tutela. Países em que impera a inexistência de um sistema de proteção de informações pessoais, ou em que esse é insuficiente, acabam por comprometer os Estados nos quais se estruturam sistemas de significativa proteção. Alguns doutrinadores defendem que a criação, nesta área, de um sistema global consiste no próximo passo natural na evolução do assunto.¹⁶⁹

Tanto as disposições europeias, quanto os tratados e acordos internacionais ociosos pela regulamentação da matéria, possuem como pano de fundo a conciliação

¹⁶⁹ DONEDA, 2006, p.312-313.

do direito à circulação da informação com o direito sobre a informação. O primeiro seria o direito a pedir, receber ou compartilhar uma informação, o segundo estaria vinculado ao direito à privacidade e à intimidade.¹⁷⁰

As já citadas *Guidelines* da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, de 1980, foi um dos primeiros textos normativos de âmbito internacional sobre a proteção de dados pessoais, juntamente com a Convenção de *Strasbourg*, do ano seguinte.¹⁷¹

A Comunidade Européia ilustra o maior exemplo da criação de um sistema internacional de dados pessoais. A já citada Diretiva 46/95/CE, possui uma *força radiativa*, estabelecendo um núcleo central a ser respeitado por todos os países-membros nos seus respectivos direitos internos, pelo que vigora na Comunidade Européia o Princípio da Livre Circulação dos dados pessoais.

Quanto ao direito internacional, a referida normativa proíbe a transmissão de dados pessoais para países não membros, nos quais inexistem um nível adequado de proteção de dados pessoais. Essa limitação à circulação de dados, no entanto, possui exceções expressas no próprio corpo normativo da Diretiva: o consentimento do titular dessas informações pessoais; a transferência dos dados ser requisito fundamental para execução ou celebração de contrato que tenha como parte a própria pessoa a quem as informações se referem; ante o interesse público; a declaração, exercício, tutela de direito, em via judicial, a proteção de interesses da pessoa em causa, ou se tratar de transferência de dados de registros públicos.¹⁷²

Outras derrogações também são permitidas pela Diretiva, como no caso de um dos países membros permitir a transferência, diante da garantia de proteção dos dados pessoais (consagradas em cláusulas contratuais gerais), oriunda do responsável pelo tratamento, devendo, porém, o país fornecedor, nesse caso, comunicar à Comissão Européia e aos demais membros, sobre a transmissão, sendo possível a oposição desses. Na hipótese do contrato que estipule a transmissão, também se

¹⁷⁰ SARMENTO E CASTRO, 2005, p.26-27.

¹⁷¹ DONEDA, 2006, p.312.

¹⁷² *Ibid.*, p.313-315.

exige a previsão de normas de tutela à vida privada e aos direitos fundamentais, a serem julgadas suficientes pela Comissão Européia.¹⁷³

Embora os órgãos de proteção de dados dos mais diversos países membros possam decidir quais são os Estados não membros que possuem um nível adequado de proteção de dados congêneres, a Comissão Européia tem assumido papel orientador, não havendo, em geral, pronunciamentos individuais por parte de tais entidades.

Inexiste, todavia, até o presente momento, um sistema de controle de dados global. Apesar dos países europeus e os Estados Unidos da América manterem intenso fluxo comercial entre si, e tratativas para a harmonização das normas sobre o tema terem sido iniciadas desde 1996, não houve ainda grande progresso neste sentido. Na realidade, o modelo europeu e americano possuem intrínsecas diferenças: aquele se fundamenta em torno dos direitos fundamentais, por seu turno, este ante, a crescente quantidade de circulação de dados, foca-se em proibições de práticas abusivas, que, em geral, são verificadas em casos concretos e a *posteriori*.¹⁷⁴

Esse distanciamento dos dois modelos revela um longo caminho a ser trilhado para uma possível homogeneização, a nível mundial, dos modelos de proteção jurídica e controle de dados pessoais.

¹⁷³ DONEDA, 2006, p.315-316.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p.317-320.

CAPÍTULO 3

PROTEÇÃO JURÍDICA E CONTROLE DE DADOS PESSOAIS NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 DADOS PESSOAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ponto de partida quando se coloca a questão sob o espectro do ordenamento nacional, é a ausência de um sistema legislativo unitário para a proteção de dados pessoais.

A Constituição Federal, de 1988, faz menção expressa da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, em seu artigo 5.º, inciso X, elevando-as ao *status* de garantias e direitos fundamentais, também há, no texto constitucional, vedação da violação do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, nos termos do artigo 5.º, inciso XII.

Ainda no rol dos direitos e garantias fundamentais, a Carta Magma assegura o "acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional" e o "direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado", conforme seu artigo 5.º, incisos XIV e XXXIII.

Ademais, a Lei Maior prevê, pela primeira vez, a ação de *habeas data*, para o acesso e retificação de dados constantes em bancos de dados públicos. Pode-se até afirmar que, no nível constitucional, o Brasil foi pioneiro, ao prever o referido instituto.¹⁷⁵

Existem ainda em nosso ordenamento outros diplomas normativos que refletem de forma tímida a proteção e o controle de dados pessoais, como a Resolução n.º 340/04 do Conselho Nacional de Saúde, a Lei n.º 5.534, de novembro de 1968 e o Código de Defesa do Consumidor.

A Resolução n.º 340/04 regulamenta as pesquisas com dados genéticos humanos, exige o prévio consentimento para a coleta e armazenamento, e prevê ainda

¹⁷⁵ MATTA, José Eduardo Nobre. **Habeas data**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.116.

o direito de acesso, o direito de retirada dos dados do arquivo, e a confidencialidade de tais informações.

A Lei n.º 5.534, de 1968, disciplina a prestação de informações necessárias ao Plano de Estatísticas Básicas e ao Plano Geral de Informações Estatísticas e Geográficas, coletadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Conforme a referida lei, "as informações prestadas terão caráter sigiloso, serão executadas exclusivamente para os fins previstos na lei, e não poderão ser objeto de certidão nem constituirão prova em processo administrativo, fiscal, ou judicial, excetuados apenas os processos que resultarem de infração a dispositivos"¹⁷⁶ da própria lei.

O Código de Defesa do Consumidor, em alguns dispositivos, disciplina os denominados arquivos de consumo, sobre os quais maiores disposições serão tecidas ao longo deste Capítulo.

Para o doutrinador Danilo Doneda, embora o ordenamento jurídico brasileiro eleve a pessoa humana como valor máximo, e o direito à privacidade como direito fundamental, os mecanismos de proteção da pessoa humana e sua personalidade, no tocante aos dados pessoais, atuam de forma fracionada, como, por exemplo, a referida ação de *habeas data*, e as disposições no Direito do Consumidor (artigos 43 e 44, do CDC), as quais se orientam mais pela lógica de seu campo, do que numa lógica pautada na tutela integral da personalidade.¹⁷⁷

Nesse passo, apesar de alguns dos princípios norteadores da temática estarem presentes em regulamentações setoriais, não se pode afirmar a existência de um sistema de proteção jurídica e controle de dados pessoais unitário, no Brasil.

3.2 A AÇÃO DE *HABEAS DATA*

Com a proclamação da Constituição Federal, de 1988, iniciou-se, no cenário nacional, uma reciclagem e intensificação dos estudos sobre os institutos constitucionais

¹⁷⁶ Artigo 1.º, §1, da Lei n.º 5.534, de 1968.

¹⁷⁷ DONEDA, 2006, p.28.

jurídicos já previstos, bem como, em relação aos que foram, pela primeira vez, incorporados ao rol de direitos e garantias fundamentais.¹⁷⁸

O *habeas corpus* e o mandado de segurança foram os alicerces iniciais dessa construção de garantias fundamentais protetoras de liberdades individuais, entrando o *habeas data* e o mandado de injunção em cena somente com a própria Constituição Federal, de 1988.

O *habeas data* é figura típica dos países da América Latina que passaram por regimes ditatoriais¹⁷⁹, delega-se a autoria de seu perfil e de seu próprio nome a José Afonso da Silva, contudo, sabe-se que a expressão já vinha sendo usada no meio doutrinário por outros autores.

De caráter remedial, o instituto compõe o rol de instrumentos constitucionais de tutela de direitos individuais e coletivos, sendo prevista no artigo 5.º, da Lei Fundamental:

LXXII - conceder-se-á "habeas-data":

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

¹⁷⁸ MATTA, 2005, p.127-133. José Afonso da Silva distingue garantias e remédios constitucionais, classificando duas espécies de garantias dos direitos fundamentais: as gerais, que seriam o conjunto de condições econômico-sociais, culturais e políticos, que serviria de alicerce para o exercício dos direitos fundamentais; e as constitucionais, que seriam o conjunto de instituições, mecanismos e instrumentos, delineados pela própria Constituição, os quais também visam o resguardo dos direitos fundamentais. A segunda categoria de garantias se subdividem em garantias constitucionais gerais, as quais são "instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes", impedindo o arbítrio, garantindo os direitos fundamentais, e em garantias constitucionais especiais, as quais são "prescrições constitucionais estatuindo técnicas e mecanismos que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou de particulares, protegem a eficácia, a aplicabilidade, e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial". Por sua vez, as garantias constitucionais especiais podem ser divididas em individuais, coletivas, sociais, e políticas. Dentro das garantias constitucionais especiais individuais, encontram-se os remédios constitucionais, que seriam "meios postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando sanar, corrigir, ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses e individuais", prossegue o autor "alguns desses remédios revelam-se meios de provocar a atividade jurisdicional, e, então, têm natureza de ação: são ações constitucionais. Pode-se afirmar, assim que o *habeas data* possui natureza de ação constitucional (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p.186-189 e 412-442).

¹⁷⁹ A época da ditadura militar (1964-1985) foi marcada por um flagrante abuso por parte do Estado na utilização de informações. O Serviço Nacional de Informação (SNI), órgão de assessoramento do Presidente da República, criado em 1964, transformou-se em verdadeiro 'cão de guarda do Governo', utilizando-se de maneira inescrupulosa de informações dos cidadãos brasileiros, e sob a insígnia da soberania e defesa nacional, fundamentou perseguições políticas (THIBAU, Tereza Baracho. **O habeas data**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p.29-32 e 79-80).

Para Tereza Baracho Thibau o *habeas data* se conecta com os direitos da personalidade, na medida em que, "[...] assegura o conhecimento de informação relativa à pessoa do impetrante e possibilita a sua retificação, se for o caso, - pretende-se, justamente, a preservação da honra, da privacidade, da intimidade, da reputação e da imagem moral da pessoa, estando todos esses objetos inseridos na zona periférica dos direitos da personalidade [...]".¹⁸⁰

Não obstante o instituto tenha sido recebido com entusiasmo pelos doutrinadores, que nele vislumbravam uma forma de controle do armazenamento de informações pelas instituições públicas e privadas, em detrimento da privacidade e liberdades individuais, observa-se, na sua curta história, um avanço por demais lento, no qual sua amplitude é gradativamente castrada, conforme será a seguir analisado.

No que concerne à relação dos *habeas data* com o direito à informação, na senda da posição defendida por José Eduardo Nobre Matta, a informação tutelada no *habeas data* não se confunde com aquela defendida no artigo 5.º, incisos XIV e XXXIII:

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;
[...]
XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

O desiderato dos dois incisos é resguardar o direito à informação geral – o direito de todos à informação – a diferença entre ambos, se encerra no fato do segundo referir-se a um direito de toda a sociedade à informação, porém num aspecto voltado para o Estado.

Já no caso do *habeas data* se encerra a proteção de informações relativas à pessoa do impetrante, noutros termos, de um direito pessoal, não devendo ser confundida a expressão *informação de seu interesse particular* com *informações relativas às pessoas*, visto que, como bem assevera José Eduardo Nobre Matta, tal equivalência conduziria

¹⁸⁰ THIBAU, 1997, p.26.

à abertura na ação de *habeas data* para a exceção do sigilo de segurança do Estado, conforme inciso XXXIII, artigo 5.º, da CF/1988, o que referido autor não admite.¹⁸¹

Posição contrária adota Adriana Galvão Moura, no sentido de que a ação de *habeas data* não possui caráter absoluto, sendo mitigada em casos de perigo à segurança do Estado, devendo, contudo, a recusa ser fundamentada e sujeita ao crivo do controle judicial.¹⁸²

Frise-se a colocação de José Joaquim Calmon Passos: "o *habeas data*, portanto, não é remédio processual para a tutela do direito à informação. Ele é inadmissível para a proteção daquele direito geral à informação previsto no inciso XIV do art. 5.º".¹⁸³

O *habeas data* também difere da obtenção de certidão do artigo 5.º, inciso XXXIV, alínea b, da CF/1988, embora ambos sejam remédios constitucionais:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

[...]

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

O dispositivo retro citado versa também sobre o direito geral de informação, no âmbito da relação cidadão-administrado *versus* entidades públicas, no qual o cidadão ou administrado pode pleitear a expedição de certidão, referente, em regra, à atividade estatal, para defesa de direito próprio ou coletivo.¹⁸⁴

Passando ao estudo do procedimento, o referido instituto foi regulamentado, em plano infraconstitucional, quase 10 anos depois da promulgação da Constituição

¹⁸¹ MATTA, 2005, p.146.

¹⁸² MOURA, Adriana Galvão. *Habeas data*. In: CRUZ, Alexandre (Org.). **Ações constitucionais**. Campinas: Millennium, 2007. p.213.

¹⁸³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção habeas data**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p.139.

¹⁸⁴ MATTA, *op. cit.*, p.147-150.

Federal, de 1988, pela Lei n.º 9.507/1997, a qual previu mais uma hipótese de atuação de referida ação:¹⁸⁵

Art. 7.º Conceder-se-á *habeas data*:

I - para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

II - para a retificação de dados, quando não se prefera fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

III - para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável. (grifo nosso)

Logo, conclui-se que esse mecanismo processual visa compelir o réu a apresentar informações pessoais constantes em bancos de dados públicos (*habeas data cognitivo*), corrigi-las (*habeas data retificatório*), e/ou apresentar anotações de contestação ou explicação (*habeas data completo*), entendendo a jurisprudência que a apresentação de informações incompletas, insuficientes ou ininteligíveis, equipara-se a não apresentação de informações.¹⁸⁶

Conforme Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, podem fazer uso do referido instrumento tanto as pessoas físicas como as jurídicas.¹⁸⁷ Opinião esta também defendida por Tereza Baracho Thibau.¹⁸⁸

¹⁸⁵ Frise-se, porém, que a jurisprudência já assentava a possibilidade de *habeas data* para a elaboração de anotações de explicação e contestação nos registros. Em julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Data* n.º 22-8, Distrito Federal, relatado pelo eminente Min. Celso de Mello, decidiu o STF: "O *habeas data* configura remédio jurídico-processual, de natureza constitucional, que se destina a garantir, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica discernível em seu tríplice aspecto: (a) direito de acesso aos registros; (b) direito de retificação dos registros e (c) direito de complementação dos registros." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Data** n.º 22-8_DF. Relator: Min. Celso de Mello. DJ 01/09/95. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 25 set. 2010).

¹⁸⁶ MATTA, 2005, p.146. 176-177.

¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.263.

¹⁸⁸ THIBAU, 1997, p.166-167.

Ao lado dessa vantagem quanto à legitimidade, acrescenta-se ainda a gratuidade da ação e de todos os procedimentos administrativos que visem o acesso, a retificação ou anotações de informações, conforme artigo 5.º, inciso LXXVII, da CF/1988.¹⁸⁹

No que tange à competência cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar, no caso de ação interposta contra ato do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador Federal da República, e do próprio Supremo Tribunal Federal, conforme artigo 102, inciso I, alínea d, da CF/1988, e artigo 10, da Lei de *Habeas Data*. Quando se tratar de ato de Ministro de Estado, de Comandante da Marinha, do Exército, e da Aeronáutica, ou do Superior Tribunal de Justiça, cabe a este último o julgamento, nos termos do artigo 105, inciso I, alínea b, da CF/1988, e artigo 20, inciso I, alínea b, da Lei de *Habeas Data*. Contra ato de juiz federal ou dos Tribunais Regionais Federais, a competência será destes últimos, inteligência do artigo 108, inciso I, alínea c, da CF/1988, e artigo 20, inciso I, alínea c, da Lei de *Habeas Data*. Por fim, as Constituições Federais podem estipular a competência dos Tribunais de Justiça para julgamento de ações que versem sobre atos de autoridade estadual ou municipal, havendo competência residual dos juízes de primeiro grau, de acordo com a autoridade do qual emanou o ato, como também da matéria em questão.¹⁹⁰

A Carta Magna também fixou a competência funcional, atribuiu-se competência ao Supremo Tribunal Federal para julgar, em recurso ordinário, o *habeas data*, que seja decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se a decisão for denegatória, nos termos do artigo 102, inciso II, alínea a, da CF/1988, a referida Corte julgará ainda, em recurso ordinário, o *habeas data*, julgado em única instância, nos casos das alíneas 'a', 'b', e 'c', do inciso II, do artigo 102, da CF/1988. Será de competência do Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, o *habeas data*, que for decidido em única instância pelos Tribunais Regionais Federais, ou Tribunais dos Estados, Distrito Federal, e Territórios, nos casos das alíneas 'a', 'b' e 'c', do inciso III, do artigo 105, da CF/1988. Os Tribunais Regionais Federais terão

¹⁸⁹ Art. 5.º, inciso LXXVII, CF/1988: "são gratuitas as ações de "habeas-corpus" e "habeas-data", e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania."

¹⁹⁰ MARINONI; ARENHART, 2005, p.205-206.

competência para julgar o *habeas data*, no caso de recursos interpostos contra decisão de juízes federais. Os Tribunais dos Estados, conforme suas respectivas Constituições e leis de organização judiciária, possuirão competência para julgar recursos de decisões proferidas pelos juízes de direito, em processos de *habeas data*.¹⁹¹

Ante a lacuna legislativa quanto à competência territorial, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, aplicam por analogia, em se tratando de competência da Justiça Federal, o artigo 109, § 2.º, da CF/1988, pelo que é competente o juízo do domicílio do impetrante, no local em que esteja a informação, ou no Distrito Federal, sendo competência da Justiça estadual, a ação pode ser interposta no domicílio do impetrante, no local em que esteja a informação, ou na capital do Estado.¹⁹²

A petição inicial segue todos os requisitos gerais, impostos nos artigos 282 e 283, do Código de Processo Civil, devendo ainda estar acompanhada de documentos comprovantes

I - da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão; II - da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou III - da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2.º do art. 4.º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão.

O juiz pode indeferir o pedido de plano, caso entenda pela falta de requisito essencial, ou descabimento da ação, lhe é permitido ainda estipular prazo para que a petição inicial seja emendada. Não se tratando dessas hipóteses, determinar-se-á a notificação do coator, para que, no decorrer de dez dias, preste as informações necessárias.¹⁹³

Figura como réu da presente ação a pessoa jurídica responsável pela informação a ser acessada ou corrigida. Em primeiro grau, o réu será representado pela própria autoridade coatora, já em via recursal, o coator deixa de desempenhar este papel, sendo a pessoa jurídica em si, a parte passiva legítima.¹⁹⁴

¹⁹¹ MATTA, 2005, p.206-207.

¹⁹² MARINONI; ARENHART, 2009, p.266-267.

¹⁹³ *Ibid.*, p.267-268.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p.268.

Doutrinadores como Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e José Eduardo Nobre Matta entendem ainda que, não obstante inexistir previsão legal, é possível a medida de liminar se presentes os requisitos do artigo 273, do Código de Processo Civil.¹⁹⁵

Prestadas as informações pela autoridade coatora, deve ser ouvido o Ministério Público, no prazo de 05 dias, e em seguida o juiz decidirá a questão.

Se procedente, deve ser estipulada, na sentença, dia e hora para que a autoridade apresente as informações solicitadas ou comprove a retificação ou anotação, conforme pleiteado pelo requerente. Nos casos em que o impetrante não possuía acesso aos dados, não há necessidade, para eventual retificação, da propositura de nova ação de *habeas data*, podendo o autor cumular pedidos sucessivos neste caso.

Digno de nota, ainda o trâmite preferencial da ação de *habeas data*, exceto em relação às ações de *habeas corpus*, e mandado de segurança, os quais possuem preferência mesmo em relação às ações de *habeas data*.

3.3 OS LIMITES DA AÇÃO DE *HABEAS DATA*

Ultrapassa os limites do presente o estudo minucioso da ação de *habeas data* em todas as suas angulações. Pretendeu-se até o presente momento, apenas uma rápida exposição do referido instituto.

Sem embargo dessa ação constitucional ter iluminado uma questão até então negligenciada pelos operadores de direitos, é uma série de limitações que foram impostas.

Alguns autores, como José Maria Othon Sidou, criticaram a adoção do referido instrumento processual, alegando que para lograr o mesmo objetivo visado no *habeas data*, já existia em nosso ordenamento o mandado de segurança, o que reflete a "forte tendência brasileira para os modismos".¹⁹⁶

¹⁹⁵ MATTA, 2005, p.162-166.

¹⁹⁶ SIDOU, José Maria Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular**: as garantias ativas dos direitos coletivos. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p.288.

Existiu ainda, inicialmente, um entendimento de que sendo uma ação pessoalíssima, a legitimidade para sua interposição extinguir-se-ia com a morte do titular do referido direito. Esse posicionamento foi superado conforme decisão do extinto Tribunal Federal de Recurso (atual Superior Tribunal de Justiça), a qual reconheceu que a legitimidade dos herdeiros e do cônjuge do titular dos dados para impetrar o *writ*. Sobre o novo posicionamento José Afonso da Silva rende elogios, afirmando que

é uma decisão liberal que supera o entendimento meramente literal do texto, com justiça, pois não seria razoável que se continuasse a fazer uso ilegítimo e indevido dos dados do morto, afrontando a sua memória, se que houve meio de corrigenda adequado.¹⁹⁷

A proteção de dados pessoais limita-se aos bancos de dados de caráter público, sendo essa uma expressão marcada por um elevado grau de subjetividade. A Lei n.º 9.507/1997 considera "de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações"¹⁹⁸, pelo que se afere que nem todo dado de caráter público pertencerá a um órgão governamental. Desse modo,

a expressão 'entidades de caráter público' não pode referir-se a organismos públicos, mas a instituições, entidades e pessoas jurídicas privadas que prestem serviços para o público ou de interesse público, envolvendo-se aí não só concessionárias, permissionárias ou exercentes de atividades autorizadas, mas também agentes de controle e proteção de situações sociais e coletivas, como as instituições de cadastramento de dados pessoais para controle e proteção do crédito ou divulgadoras profissionais de dados pessoais, como as firmas de assessoria e fornecimento de malas diretas.¹⁹⁹

Pela conceituação legal de arquivos de caráter público, verificamos que na seara do direito do consumidor, não obstante o *habeas data* abranger os bancos de dados (especialmente os de proteção de crédito), ele não alcança os cadastro de consumidores,

¹⁹⁷ SILVA, 2007, p.454.

¹⁹⁸ Art. 1.º, parágrafo único, da Lei n.º 9.507/1997: "Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações".

¹⁹⁹ *Ibid.*, p.455.

os quais em geral, são de uso privativo do responsável pelo tratamento de dados. Configurado, pois, mais um limite.

É neste sentido que Renato Afonso Gonçalves classifica a conceituação de 'caráter público' da Lei de *habeas data* como desastrosa, restringindo a aplicação do remédio constitucional aos arquivos que possuem publicidade, ou seja, cujas informações podem ser potencialmente transmitidas para terceiros ou que não sejam de uso privativo.²⁰⁰

Outra fissura é a exigência prévia para a interposição da ação do esgotamento do pedido por via administrativa; o requerimento administrativo é etapa indispensável para a propositura da ação de *habeas data*, entendimento esse cristalizado na Súmula n.º 2 do STJ.

O pedido via administrativa deve ser encaminhado ao órgão ou entidade depositária dos dados pessoais, sendo dever do requerente a especificação da informação que pretende alcançar, bem como das circunstâncias que a tornam de natureza pessoal. Por outro lado, o órgão ou entidade deve oferecer a resposta ao pedido, no prazo de quarenta e oito horas, comunicando o interessado nas vinte e quatro horas subsequentes.

Em caso de resposta positiva, o órgão ou entidade deve designar data e hora para que o interessado tenha acesso aos dados, lembrando-se que, apesar da inexistência de prazo legal, esse intervalo temporal deve ser exíguo e proporcional aos prazos supracitados, salvo exceções de ordem pública.²⁰¹ Caso o interessado deseje a retificação ou anotações de explicação e contestação de informações, valer-se-á de petição acompanhada de documentos probatórios, devendo o órgão ou entidade responsável pelos dados oferecer resposta e comunicar o requerente da mesma, no prazo de dez dias.

Logo, somente em caso de negativa da solicitação administrativa, pode o interessado socorrer à ação constitucional. Sem embargo da consagração de tal exigência, autores como Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, entendem, com propriedade, pela inconstitucionalidade do referido pressuposto, já que no artigo 5.º,

²⁰⁰ GONÇALVES, Renato Afonso. **Banco de dados nas relações de consumo**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p.48-51.

²⁰¹ MARINONI; ARENHART, 2009, p.266-267.

LXXII, da CF/1988, não foi previsto tal condição, sendo vedado à lei infraconstitucional limitar o que a Lei fundamental não o fez.

Da própria origem da ação de *habeas data*, percebe-se sua insuficiência para a efetiva proteção jurídica e controle de dados pessoais. Arguta é a colocação de José Eduardo Nobre Matta, de que "as discussões em torno da elaboração do novo instituto tinham como escopo muito mais a tutela do indivíduo contra os órgãos de informações do próprio Estado do que contra os bancos de dados de entes privados".²⁰²

Consentânea é ainda a crítica de Danilo Doneda sobre a formação de um sistema de proteção, cujo principal instrumento de atuação seja uma ação judicial, vez que muitas vezes eventuais violações quanto aos dados pessoais ocorrem sem a percepção do indivíduo. Acrescente-se, por fim, todos os encargos de uma ação judicial como os honorários advocatícios (é obrigatória a presença de advogado na ação de *habeas data*) e a morosidade judicial.

Com pertinência, Antônio Carlos Efiging, argumenta que, embora o *habeas data* tenha sido um grande passo, ele "necessita complemento para que consiga alcançar a plena defesa dos interesses dos cidadãos".²⁰³

3.4 O CÓDIGO DE DEFESA CONSUMIDOR

No ordenamento brasileiro, por conta do Código de Defesa do Consumidor, a proteção jurídica e o controle de dados pessoais desenvolveu-se de maneira mais fecunda no plano do direito do consumidor.

As empresas nos ramos das informações comerciais nasceram nos Estados Unidos da América. Já em 1827, há relatos de empresas que colhiam informações, no território americano, e as forneciam aos atacadistas.²⁰⁴

²⁰² MATTA, 2005, p.118.

²⁰³ EFING, 2002, p.67.

²⁰⁴ *Ibid.*, p.19-25.

Empresas congêneres, no Brasil, somente surgiram passado cerca de um século: em 1955, nasce o primeiro banco de dados de consumidores nacional, o Serviço de Proteção ao Crédito (SPC), em Porto Alegre, no ano seguinte surgirá outro SPC em São Paulo. O Serviço de Proteção ao Crédito é, basicamente, uma associação civil com o objetivo de fichar clientes rotulados como 'maus pagadores'. Atualmente existem mais de cinquenta Câmaras de Dirigentes Lojistas no território nacional, interligados numa Rede de Informação e Proteção ao Crédito.²⁰⁵

Além dos SPCs, surgem no Brasil, a Centralização de Serviço dos Bancos S.A. (Serasa), o Segurança ao Crédito e Informação (SCI), o Cadastro de Inadimplentes (Cadin), o Serviço de Proteção ao Crédito (Seproc), entre outros.

Urge ressaltar a distinção que alguns autores fazem de bancos de dados e cadastros²⁰⁶, englobando-se ambos, no entanto, no termo genérico arquivo de consumo.

Conforme Antônio Carlos Efig "bancos de dados de consumidores seriam sistemas de coleta aleatória de informações, normalmente arquivadas sem requerimento do consumidor, que dispõem de organização mediata a atender necessidades latentes através de divulgação permanente de dados obrigatoriamente objetivados e não-valorativos, utilizando-se de divulgação a terceiros por motivos exclusivamente econômicos", enquanto "cadastros de consumidores seriam sistemas de coleta individualizada de dados objetivos, sejam de consumo ou juízos de valor, obtidos normalmente por informação do próprio consumidor e com objetivo imediato relativo a operações de consumo presentes ou futuras, tendo provisoriedade subordinada aos interesses comerciais subjetivos do arquivista, e divulgação interna, o que demonstra a função secundária de seus arquivos".²⁰⁷

O referido doutrinador enumera algumas diferenciações em relação aos institutos ora citados: quanto à forma de coleta, nos cadastros de consumidores há uma forte subjetividade, lançam-se, estritamente, dados daqueles que conservam com o fornecedor (sendo este também o arquivista), uma relação comercial; já nos bancos

²⁰⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. Os bancos de dados de proteção ao crédito na visão do Superior Tribunal de Justiça. **Revista do Consumidor**, São Paulo, n.16, p.202, jul./set. 2007.

²⁰⁶ Leonardo Roscoe Bessa utiliza como sinônimos cadastros, fichas e registros (BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v.25. p.179-180).

²⁰⁷ EFING, 2002, p.35-36.

de dados entrelaça-se a coleta uma função econômica, cujo objetivo é a reunião de informações.²⁰⁸ Nos cadastros de consumidores a informação, em geral, é recolhida diretamente do consumidor. Por sua vez, os bancos de dados coletam informações com os próprios fornecedores, ou até em Cartórios de Protesto e de Distribuição do Poder Judiciário, como ocorre com o Serasa.²⁰⁹

Nos cadastros de consumidores as informações possuem função imediata, ligada à relação comercial entre o fornecedor-arquivista e o consumidor-cadastrado, enquanto nos bancos de dados há um armazenamento com vista em uma função mediata, almeja-se uma futura e eventual utilização, a impulso de um terceiro interessado, que venha a comprar essas informações.²¹⁰

Nos cadastros de consumidores, como as informações possuem uma finalidade imediata, em caso de fim da transação comercial, extinto, assim, o interesse do fornecedor-arquivista em mantê-las, os cadastros são destruídos, porém, nos bancos de dados de consumidores, por serem aleatórios quanto à coleta de dados e mediatos quanto à organização dos arquivos, é ínsito de sua natureza armazenar dados pelo máximo de tempo possível.²¹¹

Habitualmente, os bancos de dados de consumidores coletam e realizam o tratamento desses dados, sem a anuência ou mesmo conhecimento do consumidor, por outro lado, os cadastramentos de consumidores, em geral, recolhem dados diretamente com os cadastrados, podendo, todavia, serem inseridos outros além daqueles originalmente cedidos, assumindo o cadastro de consumidores natureza de banco de dados.²¹²

²⁰⁸ EFING, 2002, p.30.

²⁰⁹ A transmissão de informações de Cartórios para os bancos de proteção seria possível, desde que respeitados todos os pressupostos do artigo 43, do CDC, o que impossibilita, por exemplo, a transferência em bloco. Como as entidades de proteção ao crédito recusam-se a alterar ou extinguir as informações, exigindo que o interessado primeiramente resolva a questão no Cartório de Distribuição, conclui-se pela ilicitude de tal tratamento, já que a entidade responsável pela informação deveria ter controle efetivo sobre ela, a fim de resguardar o direito de acesso, retificação e exclusão (BESSA, 2007, p.226-229).

²¹⁰ EFING, *op. cit.*, p.30-31.

²¹¹ *Ibid.*, p.31.

²¹² *Ibid.*, p.32.

Acrescente-se, por fim, que Antônio Carlos Efiging considera os dados pessoais (data do nascimento, estado civil, residência, profissão) como distintos dos dados de consumo (histórico financeiro da pessoa), sendo ambos componentes dos arquivos de consumo, vedando o Código de Defesa do Consumidor o armazenamento de dados pessoais, como os referentes à família, à reputação geral, às características pessoais, salvo aqueles, que, pelo contexto, estejam intrinsecamente vinculados ao mercado.²¹³

Observe-se que nos cadastros de consumidores é possível que o responsável anote juízos de valor, como informação interna, para orientar exclusivamente seus negócios, tais como, *especial, comum, indesejado*, etc, frise-se, porém, que os dados dos cadastros de consumidores, nesse caso, não devem ser arquitetados para a sua difusão a terceiros interessados.²¹⁴

Distinguem-se também os Sistemas de Proteção ao Crédito, que abarcam todos os arquivos de consumo, já que atuam de forma incisiva na divulgação de dados referentes à saúde financeira do consumidor, dos Serviços de Proteção ao Crédito (SPCs), os quais são entidades ou organismos prestadores de serviço de informação referente ao histórico financeiro de indivíduos, em especial, de inadimplentes. Logo, enquanto o primeiro é gênero, e segundo é espécie.²¹⁵

O Código de Defesa do Consumidor ao tratar da questão, ponderando os valores da importância do crédito para o consumidor e a economia nacional, com o próprio direito à privacidade e à honra, optou por, em caráter excepcional, permitir o tratamento de informações privadas, por entidades de proteção ao crédito, desde que sob o manto de determinados pressupostos legais:²¹⁶

SEÇÃO VI

Dos Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

²¹³ EFING, 2002, p.32-33.

²¹⁴ *Ibid.*, p.43-35.

²¹⁵ *Ibid.*, p.140-141.

²¹⁶ BESSA, 2007, p.210.

§ 1.º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2.º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3.º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4.º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5.º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

Art. 44. Os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-lo pública e anualmente. A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor.

§ 1.º É facultado o acesso às informações lá constantes para orientação e consulta por qualquer interessado.

§ 2.º Aplicam-se a este artigo, no que couber, as mesmas regras enunciadas no artigo anterior e as do parágrafo único do art. 22 deste código.

Note-se que o primeiro direito, quanto aos arquivos de consumo, assentado no CDC, é o direito ao acesso do consumidor²¹⁷, entretanto tal garantia deve ser contemplada juntamente com a comunicação da abertura do arquivo, uma vez que seu sentido será esvaziado se o consumidor não possuir conhecimento da existência do armazenamento de seus dados.

O direito de comunicação deve ser, de acordo com jurisprudência cristalizada no Superior Tribunal de Justiça, prévio à colocação da informação no domínio público, evitando que o consumidor receba a notícia de sua inscrição de sobressalto, através de terceiros, o que pode causar inconvenientes desnecessário. Além disso, tal atitude

²¹⁷ Embora inexista relação de consumo entre a entidade arquivista e os arquivados, consideram-se estes como consumidores por equiparação, independentemente tratar-se de cadastro de consumidores ou banco de banco de dados. Mesma equiparação alberga aqueles que adquirem informações desses arquivos para fins de travarem eventuais negócios comerciais. Desse modo "todas as pessoas que tenham seus dados arquivados, ou ainda aquelas que tenham prejuízo em face deste arquivamento, independente do teor da informação, devem ser consideradas consumidores para efeito da aplicação do CDC acerca dos bancos de dados e cadastro de consumidores, por força do art. 29, recebendo tratamento idêntico ao destinado aos chamados *consumidores padrão* (destinatários finais)" (EFING, 2002, p.108-109).

serve de procedimento preliminar ao direito de retificação, ou contestação dos dados, evitando, pois, lesões irreparáveis aos direitos da personalidade.²¹⁸

Quando o próprio consumidor fornece seus dados para a utilização de serviços, não há necessidade de comunicação, contudo, na hipótese de modificação destes dados ou de inserção de novos, é necessária dar ciência dessa alteração. Diferente é a hipótese na qual a iniciativa de abertura do arquivo é do fornecedor de dados (o qual os usa exclusivamente) ou de entidade especializada no comércio de informações, pelo que é obrigatória a comunicação ao consumidor da existência do arquivo de consumo ou de futuras alterações e adições.²¹⁹

A lei é omissa ao definir a quem compete esse dever de comunicação, logo, para Leonardo Roscoe Bessa, a obrigação de comunicação recai tanto ao fornecedor quanto ao arquivista, nas hipóteses em que essas figuras não estão consolidadas em uma única pessoa.²²⁰

O conteúdo da comunicação perpassa pelo fornecimento de esclarecimentos básicos do estabelecimento arquivista (como nome, telefone, endereço); nome do responsável pelas informações; finalidade do arquivamento de dados; próprio fato dos dados da pessoa estarem sendo registrados; conteúdo dos dados registrados; fonte dessas informações; e, o termo inicial e final da prescrição do arquivamento.²²¹

Em caso de retificação ou acréscimos dos dados, além da comunicação dando ciência desta modificação, é fundamental fornecer os dados básicos do estabelecimento arquivista, o nome do responsável pelas informações, o conteúdo anterior e final dos dados, as fontes e os motivos que propiciaram a alteração.²²²

A comunicação deve ser na forma escrita, por disposição expressa da lei, em linguagem clara verdadeira, e de fácil compreensão.²²³

²¹⁸ EFING, 2002, p.146-147; BESSA, 2007, p.216-217.

²¹⁹ EFING, *op. cit.*, p.11460147.

²²⁰ BESSA, *op. cit.*, p.218-219.

²²¹ EFING, *op. cit.*, p.148.

²²² *Ibid.*, p.150.

²²³ *Ibid.*, p.150-151.

Grande avanço assenta a decisão do Superior Tribunal de Justiça, a qual entendeu que a ausência de notificação do consumidor de sua inscrição nos arquivos já caracteriza, por si só, a irregularidade do registro e o dever de indenização por danos morais.²²⁴

São legitimados para o requerimento de acesso aos dados arquivados o próprio titular destas informações, além de outras pessoas através de solicitação individual (acerca de um determinado consumidor, vedado, pois o fornecimento de informações por atacado), ante uma necessidade de consumo (as informações devem ser requisitadas para servir de subsídio numa relação de cunho comercial, como é o caso da análise dos bancos de dados de consumidores inadimplentes para a concessão de crédito).²²⁵

Para Antônio Carlos Efiging no direito de acesso, expresso no corpo normativo do CDC, está implícito o direito de acesso à informação e às suas respectivas fontes, não se encontrando abrangido, todavia, o direito do consumidor de conhecimento quanto a eventuais destinatários das informações.²²⁶

Acrescente-se, ainda que a violação do direito ao acesso enseja a incidência de sanções penais, administrativas, e civis, sendo possível a obrigação do pagamento

²²⁴ Nesse sentido o julgamento do Recurso Especial n.º 165.727, Distrito Federal, relatado pelo eminente Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, no qual decidiu o STJ: "I - Nos termos da jurisprudência da Turma, em se tratando de indenização decorrente da inscrição irregular no cadastro de inadimplentes, 'a exigência de prova de dano moral (extrapatrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência da inscrição irregular' nesse cadastro. II - De acordo com o artigo 43, § 2.º do Código de Defesa do Consumidor, e com a doutrina, obrigatória é a comunicação ao consumidor de sua inscrição no cadastro de proteção de crédito, sendo, na ausência dessa comunicação, reparável o dano oriundo da inclusão indevida. III - É de todo recomendável, aliás que a comunicação seja realizada antes mesmo da inscrição do consumidor no cadastro de inadimplentes, a fim de evitar possíveis erros, como o ocorrido no caso. Assim agindo, estará a empresa tomando as precauções para escapar de futura responsabilidade. IV - Não se caracteriza o dissídio quando os arestos em cotejo não se ajustam em diversidade de teses." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n.º 165.727_DF. 4.ª Turma. Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ 21/09/1998. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 25 set. 2010).

²²⁵ EFING, 2002, p.116-117.

²²⁶ *Ibid.*, p.118-119.

de indenizações, no caso de danos patrimoniais e extrapatrimoniais do arquivado, do fornecedor interessado, ou de terceiro participe no trato com o arquivo de consumo.²²⁷

Prosseguindo o *caput*, do artigo 43, do CDC, faz remissão ao artigo 86, do mesmo *Codex*, o qual sofreu veto presidencial. O dispositivo vetado assim determinava: "Aplica-se o *habeas data* à tutela dos direitos e interesses dos consumidores". Na realidade não há razão de ser do veto, visto que conforme parágrafo quarto do artigo 43, os arquivos de consumo possuem caráter público, pelo que esses dados se amoldam nos requisitos exigidos para a ação de *habeas data*, quando terceiros podem acessá-los.²²⁸

O parágrafo primeiro, do artigo 43, regulamentou o conteúdo das informações arquivadas: existem limites ao conteúdo dos dados que podem constar nesses arquivos, a primeira delas seria a pertinência das informações com eventual auxílio à relação de consumo. Logo, é vetado aos bancos de dados de consumo as informações referentes às características físicas, psicológicas, aos costumes, à vida íntima, ao fato de ser bom ou mau empregador/empregado ou se paga os impostos em dia.²²⁹

A prescrição embora possa suscitar a sensação de injustiça, é indispensável para a segurança e estabilidade dos direitos dos cidadãos. O parágrafo primeiro, do artigo 43, do CDC, assim determina: "Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo

²²⁷ Artigo 72, do CDC: "Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros: Pena Detenção de seis meses a um ano ou multa. Artigo 18, do Decreto 2.181/97: Art. 13. Serão consideradas, ainda, práticas infrativas, na forma dos dispositivos da Lei n.º 8.078, de 1990: [...]X - impedir ou dificultar o acesso gratuito do consumidor às informações existentes em cadastros, fichas, registros de dados pessoais e de consumo, arquivados sobre ele, bem como sobre as respectivas fontes;. As penalidades administrativas para a infração do disposto no inciso X, do artigo 13, do Decreto 8.078/90, estão no artigo 18 do mesmo Decreto: Art. 18. A inobservância das normas contidas na Lei n.º 8.078, de 1990, e das demais normas de defesa do consumidor constituirá prática infrativa e sujeitará o fornecedor às seguintes penalidades, que poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, inclusive de forma cautelar, antecedente ou incidente no processo administrativo, sem prejuízo das de natureza cível, penal e das definidas em normas específicas: I - multa; II - apreensão do produto; III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviços; VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI - intervenção administrativa; XII - imposição de contrapropaganda."

Sobre o tema da responsabilidade civil no caso de danos patrimoniais e extrapatrimoniais oriundos de arquivos de consumo, v. EFING, 2002, p.167-236; BESSA, 2007, p.202-230.

²²⁸ EFING, *op. cit.*, p.124-12127.

²²⁹ *Ibid.*, p.128-130.

conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos", já o parágrafo quinto: "Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores".

Para Antônio Carlos Efiging inexistente contradição entre as normas supracitadas. Em geral, os bancos de dados apenas possuirão informações sobre consumidores inadimplentes quanto à obrigação cambiária, conseqüentemente, se o consumidor nunca descumpriu com suas obrigações pecuniárias, provavelmente não constará qualquer dado seu nos registros, sendo assim, eventual consulta em seu nome resultará numa certidão negativa. Passado o prazo prescricional do parágrafo primeiro, todas as informações do arquivado devem ser execradas do registro (destruição total do assento) caso contrário, se permitida a manutenção de dados, como nome, RG, CPF, endereço e telefone, ficaria implícita a mácula de mau pagador, visto que, a mera existência de tais dados nos registros de bancos de dados indica que o consumidor já fora inadimplente. Ademais, não deverão constar também expressões do gênero *recuperado* ou *cancelado*.²³⁰

Tendo em vista os princípios da Política Nacional de Relações de Consumo, em especial o princípio de interpretação das normas do CDC de forma mais favorável ao consumidor, os cinco anos prescricionais devem ser contados a partir do ato que enseje a inscrição, e não da data da própria inscrição.

Para o doutrinador Antônio Carlos Efiging o fato do legislador ter previsto no parágrafo quinto regra específica para a ação de cobrança apenas reforça sua intenção de assegurar ao consumidor a extinção da informação negativa no decorrer de cinco anos: "conjugando os dois parágrafos que normatizam a prescrição em matéria de arquivos de consumo, conclui-se que o prazo é cinco anos (art. 43, § 1.º), podendo ser '*desarquivados*' em momento anterior no caso de adimplemento da dívida *cadastrada* ou por força da prescrição da ação de cobrança relativa ao débito *cadastrado* (art. 43, § 5.º), quando este for menor que cinco anos".²³¹

²³⁰ EFING, 2002, p.134-140.

²³¹ *Ibid.*, p.142.

Por fim, o CDC estipula o direito de retificação de dados incorretos ou incompletos, devendo ocorrer imediata correção, não cabendo ao arquivista, ante sua imparcialidade, a análise da veracidade da informação arquivada, presumindo-se a boa fé do consumidor. Assim é ônus do fornecedor, que promoveu a inscrição, a prova da veracidade da anotação anterior.²³²

O CDC inovou ao prever a manutenção pelos órgãos públicos de cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, conforme artigo 44, visando, assim, a sinalização aos consumidores daqueles fornecedores que reiteradamente não cumprem com suas obrigações. Os cadastros de fornecedores assumem papel paralelo aos dos arquivos de consumo, devendo ser, também, aplicadas, nesse caso, todas as disposições do artigo 43, acima estudadas.²³³

3.5 OS LIMITES DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DE DADOS DE CONSUMO BRASILEIRO

Não obstante o desenvolvimento da proteção jurídica e do controle de dados pessoais na seara do direito do consumidor representar um passo adiante, as disposições do CDC acabam não repercutindo numa efetiva proteção. O avanço tecnológico culminou na ampliação da quantidade de informações processadas, bem como diminuiu, de forma significativa, o tempo gasto para tais procedimentos e o custo dos mesmos, pelo que, nota-se, hodiernamente, uma assoberba dos lançamentos de dados realizados.

Primeiramente as referidas disposições não servem para a tutela integral dos dados pessoais, uma vez que se restringem às relações de consumo, ou às situações que envolvam eventuais negócios comerciais.

Mesmo quanto aos dados de consumo, muitas vezes, inexistente uma tutela eficaz. A própria figura de bancos de dados permite, em certa medida, o repasse

²³² Não obstante a neutralidade do arquivista, este responde solidariamente com o fornecedor da informação, em casos de danos causados aos arquivados ou terceiros que acabem tendo danos decorrentes de informações inverídicas (EFING, 2002, p.155).

²³³ *Ibid.*, p.162-165.

sorrateiro de informações a terceiros, dados estes que, muitas vezes, ultrapassam a mera análise da 'saúde financeira do consumidor'. Existe a formação de verdadeiros perfis de consumo, os quais são divulgados, sem a permissão prévia, visando, assim, à propaganda direcionada, prática comum no âmbito da Internet, por exemplo.

Os dois artigos do Código de Defesa do Consumidor não foram criados para a tutela de dados pessoais, nem ao menos de dados de consumo *lato sensu*, seu escopo se limita a regulamentação de uma situação pontual, qual seja, os bancos de dados de proteção ao crédito.

Observe-se que, embora os bancos de proteção ao crédito trabalhem com dados pessoais, seu regramento se distancia daquele regime jurídico de controle de dados pessoais norteados pelos princípios e direitos detalhados no Capítulo dois; o controle do titular é mitigado pelo interesse da coletividade de proteger os fornecedores de crédito e o próprio mercado da inadimplência. A questão do consentimento e do não repasse de dados pessoais perde sentido quando se trata de bancos de dados de proteção ao crédito, o que não impede a aplicação de outros princípios, como o da exatidão, do livre acesso, da segurança física e lógica, e da licitude e lealdade.

O controle de dados de consumo no tocante a fins publicitários, à formação de perfis de consumo, à utilização de dados pessoais para formação de estratégias mercantis forma um mundo que os artigos 43 e 44, do CDC, não atingem.

É por isso que na prática a aplicação daqueles princípios norteadores não ocorre no Brasil, mesmo nas relações de consumo. O que leva-nos a afirmar que existe, no ordenamento nacional, somente uma regulamentação referente aos dados da saúde financeira do consumidor.

3.6 A LACUNA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO, O MODELO PORTUGUÊS E POSSÍVEIS NOVOS HORIZONTES

Se fizermos uma digressão sobre a inserção do *habeas data* na ordem constitucional veremos que a proposta legal foi do Senador Mário Covas, o qual formalizou a sugestão do Professor e Procurador do Estado de São Paulo, José Afonso da Silva.

Os estudos referentes aos *habeas data* tiveram influência das Constituições espanhola e portuguesa, contendo ambas dispositivos expressos sobre o controle de dados pessoais, todavia, somente o ordenamento espanhol prevê dispositivo processual hábil para instrumentar esse controle a semelhança do *habeas data* brasileiro.

Das discussões travadas na Assembléia Nacional Constituinte abstrai-se uma tentativa de efetivamente vincular a ação de *habeas data* com a tutela do tratamento de dados pessoais, caminho este perseguido, por exemplo, pela Argentina, na qual a Lei nacional de proteção de dados pessoais, também regulamenta a ação de *habeas data*.²³⁴

A Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da mulher propôs como escopo da ação de *habeas data*:

[...] o conhecimento das informações e referências pessoais, e do fim a que elas se destinam, registradas por entidades públicas ou particulares; é vedado o registro de convicções pessoais, atividades político-partidárias, ou acerca da vida privada; é permitido, para fins estatísticos, o registro de dados não identificáveis individualmente; é assegurada a supressão ou retificação de dados incorretos, mediante procedimento administrativo ou judicial, de caráter sigiloso, responde civil, penal e administrativamente todo aquele que determine, realize, ou se utilize de registro de dados pessoais incorretos ou falsos; dar-se-á *habeas data* ao legítimo interessado, para assegurar-lhe o direito de conhecer as informações e referências pessoais existentes a seu respeito.²³⁵

Outra iniciativa de destaque foi a proposta de emenda aditiva ao anteprojeto de Constituição, do parlamentar Stélio Dias:

Art. ... O uso da informática será limitado no sentido de garantir a privacidade do cidadão e o pleno exercício de seus direitos.

1.º Nenhum cidadão pode ser obrigado a fornecer dados quanto às suas convicções filosóficas ou políticas.

2.º O uso das informações só é admitido para fins exclusivos para os quais foram solicitadas ou cedidas, vedando-se a interconexão de arquivos.

Art. ... Todos os cidadãos têm direito de acesso às referências e informações a seu respeito contidas em bancos de dados controlados por entidades públicas ou particulares, podendo exigir a retificação de dados com sua atualização e supressão dos incorretos mediante procedimento judicial sigiloso.

Art. ... Dar-se-á *habeas data* ao legítimo interessado para assegurar os direitos tutelados no artigo único anterior.

²³⁴ Observe-se que a Argentina galgou o mérito de ser o primeiro país a receber juízo positivo de adequação de suas regras com as normativas do padrão europeu, sendo que, em 1994, por emenda constitucional, o controle de dados pessoais, passou a ter resguardo expresso na Constituição argentina.

²³⁵ THIBAU, 1997, p.82.

Art. ... Fica vedada a atribuição de um número nacional único ao cidadão.
Art. ... Fica assegurado o acesso de todos os cidadãos às fontes primárias e à metodologia de tratamento de dados de que dispõe o Estado relativos ao conhecimento da realidade social, econômica e territorial do País.
Art. ... Os danos decorrentes da infração dos artigos acima geram a responsabilidade civil, penal e administrativa.²³⁶

Abstrai-se dessas propostas uma aproximação à regulamentação, existente na União Européia, e à legislação portuguesa. No entanto, o âmbito de alcance do *habeas data*, no Brasil, foi limitado em sua versão final, conforme se afere do inciso LXXII, artigo 5.º, da CF/1988, adotando o sistema pátrio abrangência mais restrita, daquela destinada ao instituto em ordenamentos alienígenas.

Os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, além de se restringirem aos arquivos de consumo, também não promovem tutela geral suficiente aos dados pessoais, não fazendo menção aos princípios fundamentais da temática, como o princípio da finalidade, o princípio da segurança física e lógica dos dados, o princípio da adequação, da pertinência, e da proporcionalidade.

No cotidiano, as práticas de publicidade, principalmente no espaço eletrônico, demonstram que nossos dados pessoais são constantemente transmitidos a terceiros, sem o devido consentimento. É comum, aliás, que a própria coleta e o armazenamento de dados ocorram de maneira invisível aos olhos dos indivíduos, ou que escape à percepção desses o grau de periculosidade envolvente no tratamento de dados pessoais, pelo que deve-se deslocar o foco dos meios de reação isolada para o controle coletivo.

Diante desse novo paradigma da *Era da Informação*, na qual as informações (de todas as espécies) armazenadas em ficheiros se proliferam e agigantam-se, o instituto do *habeas data* (da maneira como está estruturado em nosso ordenamento) e as disposições do Código de Defesa do Consumidor não possuem o condão de conter a complexidade da temática. Na realidade, a insuficiência do *habeas data* e dos dispositivos, do CDC, está ligada com a própria gênese dos mesmos, conforme já mencionado, enquanto aquele foi inserido no contexto de repúdio às práticas abusivas da Ditadura Militar, estes nascem com o escopo de regulamentar uma situação específica, qual seja, os bancos de proteção ao Crédito.

²³⁶ THIBAU, 1997, p.85.

Flagrantes dessa lacuna legislativa no Brasil, país no qual até o presente momento, a matéria vem sendo tratada por dispositivos constitucionais genéricos e regulamentação setorial, encontram-se fartamente registrados nos noticiários.

Para a criação de novas contas no serviço de correio eletrônico do Google, o *Gmail*, passou-se a exigir o fornecimento de um número válido de telefone celular, essa mudança silenciosa no procedimento ocorreu sem que fosse contestada a adequação, a pertinência ou a proporcionalidade dessa coleta de dados. Nos últimos anos observa-se um crescente aumento na utilização das informações pessoais coletadas pelos diversos serviços disponibilizados pela referida empresa.²³⁷

Tramita um procedimento administrativo, na Secretaria de Direito Econômico, instaurado pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, alegando-se em síntese a violação à privacidade do consumidor, em virtude da implantação da tecnologia desenvolvida pela empresa Phorm, na rede da empresa TNL PCS S.A (grupo Oi). A atividade da Phorm já causou debates em diversos países, nos quais a mesma buscou atuar, como se verifica na sua tentativa frustrada de entrada no mercado norte-americano, inglês e canadense. A Phorm desenvolveu o *software* 'navegador', o qual possibilita o registro da atividade do internauta na Internet, o que apresenta um elevado perigo à privacidade do usuário.²³⁸

Em outubro de 2009 foi sancionada a Lei n.º 12.058 que autoriza a criação do registro civil único (RIC), para brasileiros natos e naturalizados, o qual reunirá em um único registro os números identificadores da pessoa física, tais como, RG, CPF, título de eleitor, número do Programa de Integração Social (PIS), e de formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP), número da Carteira de Trabalho, inscrição na previdência e carteira de habilitação. O decreto presidencial n.º 7.166, de maio de 2010, regulamenta o RIC, não abordando, porém, a questão da privacidade.

²³⁷ DONEDA, Danilo. **Google passa a exigir número telefônico válido para criar contas no Gmail.** [online]. Disponível em: <<http://habeasdata.doneda.net/>>. Acesso em: 21 set. 2010. Ver cópia da página em anexo.

²³⁸ DONEDA, Danilo. **Abertura de processo administrativo aponta os riscos à privacidade da perceria Oi e Phorm.** [online]. Disponível em: <<http://habeasdata.doneda.net/tag/phorm/>>. Acesso em: 21 set. 2010; DONEDA, Danilo. **Brasil torna-se porto seguro para tecnologia que, no exterior, é considerada de alto risco para a privacidade.** [online]. Disponível em: <<http://habeasdata.doneda.net/tag/phorm/>>. Acesso em: 21 set. 2010.

No chip do RIC serão inseridos dados civis e biométricos dos cidadãos, tais, como a altura, impressão digital, e cor dos olhos, (dados pessoais considerados extremamente sensíveis), ficando nebulosas questões relativas à segurança desses dados, à forma de coleta, às garantias contra fraudes e discriminação, ao direito de acesso ou retificação.²³⁹ É de conhecimento, no entanto, que significativa parcela da coletânea de dados do sistema será colida pela Justiça Eleitoral. O Tribunal Superior Eleitoral já iniciou o recadastramento de eleitores com a coleta das impressões digitais dos dedos das mãos, rumo a total implementação da identificação biométrica nas eleições até 2018.

Essa cultura da enumeração de pessoas reflete em outros setores, por exemplo, no fracassado projeto de implementação de um Cartão Nacional da Saúde, o qual permitiria acesso em tempo real de informações sobre atendimentos anteriormente prestados ao paciente desde seu nascimento. Essa interconexão de informações se por um lado fascina em termos de eficiência, assombra a privacidade dos usuários do Sistema Único de Saúde, gerando protestos da sociedade e dos profissionais na área.

Alguns casos já provocaram manifestação do Poder Judiciário, como se pode abstrair da recentíssima decisão do Tribunal Superior de Trabalho, que condenou uma empresa por danos morais, pela utilização ilegal de um banco de dados, com informações sobre antecedentes criminais, trabalhistas, e creditícios, a fim de decidir pela contratação ou não dos novos empregados:²⁴⁰

²³⁹ DONEDA, Danilo. **Publicado o decreto que regulamenta o RIC – Registro de Identidade Civil – sem menções à privacidade ou proteção de dados.** [online]. Disponível em: <<http://habeasdata.doneda.net/category/identidade-unica/>>. Acesso em: 21 set. 2010.

²⁴⁰ Outros julgados interessantes do TST referem à condenação por danos morais da empresa Employer Organização de Recursos Humanos Ltda., a qual criou uma lista discriminatória (denominada *lista PIS-MEL*) visando apontar trabalhadores indesejáveis - ex-empregados que ajuizaram ações trabalhistas ou foram testemunhas em demandas desta natureza. A referida empresa obtinha as informações com outros empregadores e as revendia posteriormente, dificultando assim a inserção no mercado de trabalhos dos arquivados. Nesse sentido o acórdão do AIRR - 9640-98.2005.5.09.0091, de relatoria do Eminentíssimo Min. Mauricio Godinho Delgado, no qual o TST decidiu que: "**Discriminação** é a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada. O princípio da não **discriminação** é princípio de proteção, de resistência, denegatório de conduta que se considera gravemente censurável. Portanto, labora sobre um piso de civilidade que se considera mínimo para a convivência entre as pessoas. As proteções jurídicas contra discriminações na relação de emprego são distintas. A par das proteções que envolvem discriminações com direta e principal repercussão na temática salarial, há as proteções jurídicas contra discriminações em geral, que envolvem tipos diversos e variados de empregados ou tipos de situações contratuais. Embora grande parte desses casos acabem por ter, também, repercussões salariais, o que os distingue é a circunstância de serem discriminações de dimensão e face diversificadas, não se

RECURSO DE REVISTA. EMPRESA DE BANCO DE DADOS. OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE ANTECEDENTES CRIMINAIS, TRABALHISTAS E CREDITÍCIAS RELATIVAS A EMPREGADOS OU CANDIDATOS A EMPREGO. DANO MORAL COLETIVO. I - Trata-se de discussão que envolve o direito de informação do empregador, diante da contratação pela empresa de serviços Innvestig, que vendia informações acerca de antecedentes criminais, trabalhistas e creditícias de candidatos a vagas de emprego, *versus*, o direito à intimidade. II - O constituinte de 1988 ao estabelecer um capítulo na Carta Magna, dedicado exclusivamente aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, em nenhum momento conferiu a qualquer deles um caráter absoluto. E, não tendo conferido nenhuma hierarquia entre os direitos fundamentais, a solução a ser utilizada é a ponderação de interesses. III - Observa-se, pois, que a pesquisa de antecedentes criminais, trabalhistas e creditícias relativa a empregados ou candidatos a emprego revela-se discriminatória, configurando-se como verdadeiro abuso de poder e violação da intimidade das pessoas, tendo em vista a constatação de que a obtenção das informações era realizada a revelia dos candidatos. IV - A Subseção I Especializada em Dissídios Individuais consagrou a tese de que, em se tratando de danos morais, e não materiais, a única prova que deve ser produzida é a do ato ilícito, se presentes os pressupostos legais para a caracterização da responsabilidade civil, quais sejam, a culpa e o nexo de causalidade, porquanto tal dano constitui, essencialmente, ofensa à dignidade humana (art. 1.º, inciso III, da Constituição da República), sendo desnecessária a comprovação do resultado, porquanto o prejuízo é mero agravante do lesionamento íntimo. IV - Diante disso, tem-se que o ato da reclamada, ao contratar uma empresa para investigar os antecedentes criminais, trabalhistas e creditícias, viola o artigo 5.º, X, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 9891800-65.2004.5.09.0014. 5.ª Turma. Relator: Min. Emmanoel Pereira. DEJT 18/06/2010. Disponível em: <<https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 25 set. 2010).

O termo *data breach* (vazamento de dados) chega às manchetes das reportagens nacionais. Em outubro de 2010, o Ministério da Educação admitiu o vazamento de dados pessoais (CPF, RG, n.º da inscrição, nome da mãe e pontuação alcançada no

concentrando apenas (ou fundamentalmente) no aspecto salarial, como a situação de inclusão de nome do trabalhador em listas discriminatórias, hipótese dos autos. Ficando demonstrado que o Reclamante pleiteia indenização por danos morais em face da inclusão de seu nome – com base em informação de seu ex-empregador – em **lista** discriminatória formulada pela Employer Organização de Recursos Humanos Ltda. (denominada **lista PIS-MEL**), com o objetivo de condicionar a celebração de futuros contratos de trabalho ao fato de o candidato a emprego não possuir ação trabalhista e de não ter restrição de crédito - evidencia-se que tal prática se contrapõe aos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente àqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana e da valorização do trabalho humano (art. 1.º, da CR/88)." (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR** - 9640-98.2005.5.09.0091. 6.ª Turma. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado. DEJT 21/05/2010. Disponível em: <<https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 25 set. 2010).

teste, resposta do questionário sócio econômico) de aproximadamente doze milhões de estudantes, que prestaram o exame ENEM, entre 2007 a 2009.²⁴¹

No ordenamento nacional, e na própria América Latina, os debates não atingiram ainda o mesmo grau de maturação como nos Estados Unidos da América e na Europa, no entanto, alguns países latino-americanos já promulgaram leis específicas sobre o controle de dados pessoais, como é o Caso da Argentina e do Uruguai. No Brasil, um anteprojeto de lei sobre a proteção de dados pessoais, se encontra na fase de estudos pelo Poder Executivo, o que demonstra o longo caminho a ser percorrido.

Ante a inexistência de uma legislação específica sobre o controle de dados pessoais, o sistema de proteção desenvolvido pelos países europeus, influenciado peremptoriamente pelas Diretivas da Comunidade Européia, pode servir de parâmetro para o legislador brasileiro.²⁴² A Lei argentina n.º 25.326, de 2000, a qual rendeu ao país o primeiro juízo positivo, quanto à adequação do nível de proteção de dados pessoais, pelas autoridades da Comunidade Européia, está em sintonia com os preceitos gerais do 'modelo europeu', criando pioneiramente na América Latina um órgão de controle específico para dados pessoais: *Dirección Nacional de Protección de Datos Personales*.²⁴³

Não se está a negar a necessidade de normativas específicas em determinados setores, como na telecomunicação, nas pesquisas genéticas, na área da saúde, na coleta de dados para fins estatísticos, na Internet, nas relações de consumo. Porém

²⁴¹ Existem ainda outros casos merecedores de nota: A Unilever criou uma promoção interessante para o seu detergente OMO: será instalado em cinquenta caixas do produto um GPS, de forma que o eventual consumidor que as comprar não irá perceber a existência do mesmo. O GPS permitirá que uma equipe da Unilever siga o consumidor 'sorteado' até sua residência, sem que haja obviamente qualquer consentimento prévio. Se existisse, no país, um órgão administrativo responsável pelo controle de dados pessoais, seria de sua competência analisar o cabimento da referida estratégia publicitária, na ausência deste cabe ao consumidor preocupado com sua privacidade e liberdade deixar de comprar o detergente da referida marca (DONEDA, Danilo. **OMO espia você**: Detergente OMO é colocado à venda com dispositivo GPS ativado automaticamente, sem autorização do comprador. [online]. Disponível em: <<http://habeasdata.doneda.net/>>. Acesso em: 21 set. 2010).

²⁴² Danilo Doneda alerta sobre o erro de se tomar a falta de coesão do ordenamento nacional, quanto a este tema, como uma opção por uma tutela nos moldes norte-americanos. A grande influência no que tange à matéria do *habeas data*, na realidade, foi das Constituições portuguesa e espanhola, o que não impediu a lacuna, em âmbito constitucional, sobre o controle de dados pessoais, conforme já mencionado (DONEDA, 2006, p.328-329).

²⁴³ *Ibid.*, p.349-351.

estas regulamentações setoriais não devem ser tratadas como compartimentos estanques, é preciso que se assentem de forma a constituírem um sistema único e harmônico. É por isso que a constituição de uma lei geral de proteção de dados pessoais ganha relevância.

Desse forma, retomando ao exemplo da Lei portuguesa dois pontos sobressaem: a formação de um conjunto de princípios ordenadores da matéria, com a consequente fixação de direitos do titulares dos dados pessoais, e a criação de uma agência autônoma para o controle do tratamento dos dados pessoais.

Os princípios fundamentais da matéria seriam o da publicidade, da exatidão, da finalidade, do livre acesso, da segurança física e lógica dos dados pessoais, da adequação, da pertinência, e da proporcionalidade, da licitude e lealdade, enquanto os direitos gerais dos titulares seriam o direito ao esquecimento, à curiosidade, de informação, de acesso, de retificação e atualização, de apagamento ou bloqueio, de não ficar sujeito a uma decisão individual automatizada, e de oposição.

Esses princípios formariam um eixo central da proteção jurídica e do controle de dados pessoais, não se ignorando, é claro, que dependendo do contexto em que se insere o tratamento dos dados, alguns princípios devem se sobressair e outros sofrerão uma mitigação, conforme os diferentes valores em jogo. No âmbito da administração pública, e da manipulação de dados genéticos, a questão do consentimento pode sofrer limitações ante o interesse público, o desenvolvimento científico, a questão da confidencialidade e das técnicas de codificação e anonimização dos dados.

Veja que esses princípios já foram objeto de análise anteriormente, não é necessário estendermos maiores explicações, todavia, um tópico merece ser detalhado com mais profundidade, qual seja, a questão do consentimento – "o consentimento do interessado para o tratamento de seus dados é um dos pontos mais sensíveis de toda disciplina de proteção de dados pessoais; através do consentimento, o direito civil tem a oportunidade de estruturar, a partir da consideração da autonomia privada, da circulação de dados e dos direitos fundamentais, uma disciplina que ajuste os efeitos deste consentimento à natureza dos interesses em questão".²⁴⁴

²⁴⁴ DONEDA, 2006, p.371.

Em um sistema jurídico de índole patrimonialista, que parte do pressuposto dos dados pessoais como bens jurídicos e coloca os direitos da personalidade como direitos subjetivos, o consentimento assume uma figura legitimadora, iniciando um processo de *commodification* dos dados pessoais.²⁴⁵

Embora seja corolário da liberdade de escolha, o consentimento, na perspectiva de opção do indivíduo pela não revelação de seus dados, implica, comumente, no cerceamento ao acesso de um determinado bem ou serviço; impera a máxima *tudo ou nada ou pegar ou largar*.²⁴⁶

O consentimento, ainda, camufla-se num procedimento aparentemente inócuo, não evidenciando seus contornos de forma nítida ao interessado; os efeitos do consentimento são facilmente mascarados. Ante a sensação de impessoalidade existente nas relações comerciais (com ênfase nas relações via *online*), surge uma falsa impressão de segurança.²⁴⁷

No âmbito do tratamento de dados pessoais, o consentimento conecta-se com a possibilidade de autodeterminação nas esferas das escolhas pessoais, todavia, quem consente não abdica da proteção de seus dados pessoais.

Nessa esteira, são extremamente lúcidas as colocações de Danilo Doneda, visto que, "a idéia de revogabilidade incondicional deste tipo de consentimento encontra fundamento no fato de que se está protegendo a própria personalidade, entre cujos atributos estaria a indisponibilidade", a anuência não está adstrita a efeitos vinculantes de caráter obrigacional. Logo, quem recebe autorização para o tratamento de dados pessoais, arca com os riscos de uma futura revogação. Entretanto, na ocorrência de conduta abusiva por parte daquele que outrora concedeu o consentimento, cabe, por certo, o dever de reparação de danos.²⁴⁸

A luz dos princípios da finalidade e da informação, o consentimento vale nos limites da destinação pré-fixada, por determinado agente e nas condições apresentadas; vedando-se, por conseguinte, o consentimento genérico. Ressalve-se que para total efetividade do princípio da finalidade é imprescindível que a informação referente às

²⁴⁵ DONEDA, 2006, p.372.

²⁴⁶ *Ibid.*, p.373.

²⁴⁷ *Ibid.*, p.373-374.

condições do tratamento de dados (quanto à finalidade, ao seu destinatário, por qual período será mantida o arquivo, quem terá acesso a ele, se haverá transmissão de dados a terceiros) seja clara e precisa.

Pode se dizer, ainda, que a existência de uma regulamentação específica sobre a matéria não apenas reforçará a efetividade do *habeas data*, como também de outros instrumentos processuais, como as ações coletivas, as quais podem representar um forte pilar do sistema de proteção jurídica e controle de dados pessoais brasileiro, principalmente a Ação Civil Pública, que conforme artigo 1.º, da Lei n.º 7.347/1985, possui o escopo para a proteção de interesse difuso ou coletivo, tanto por infração da ordem econômica e da economia popular, como em casos de violações nas relações de consumo.²⁴⁹

O processo coletivo supera os entraves da ação individual, como a irrelevância da lesão ante o ônus de arcar com a morosidade do Judiciário, as despesas com advogado, as custas processuais, a desproporção de forças existentes entre o arquivado e a entidade arquivista, e a pobreza econômica, cultural, social e jurídica, que acarreta uma alienação do cidadão.²⁵⁰

Na sociedade contemporânea, as ações coletivas mostram-se mais aptas para a proteção de direitos transindividuais (difusos e coletivos) ou direitos individuais que podem ser lesados em massa (individuais homogêneos).²⁵¹

²⁴⁸ *Ibid.*, p.380-382.

²⁴⁹ Ressalte-se que nas palavras do doutrinador Arruda Alvim "as situações suscetíveis de serem objeto de proteção coletiva não se esgotam na Lei de Ação Civil Pública nem no Código de Defesa do Consumidor, mesmo porque a Constituição Federal fornece um pano de fundo a esta ampla proteção a situações coletivas" (ALVIM, Arruda. Ação civil pública: sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.76).

²⁵⁰ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da lei de ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.19.

²⁵¹ A definição desses direitos está no artigo 81, do CDC: "Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum." (MARINONI; ARENHART, 2009, p.293-300).

Na realidade os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos sempre existiram, apenas lhes foram relegada maior relevância na atualidade, sendo que a proteção dos bens coletivos possui premissas diversas daquelas existentes no tocante à tutela dos *direitos subjetivos*, diferenças essas que culminam por refletir na disciplina do processo coletivo em comparação com a do processo individual.

No percurso rumo à formação do direito processual coletivo, surgem problemas até então ignorados, como a questão da legitimidade, da coisa julgada, da prevenção, continência e prevenção nos processos coletivos.²⁵² Nota-se ainda certa oposição da jurisprudência e da legislação, como por exemplo, as restrições no tocante às ações civis públicas promovidas por associações e a tentativa de limitação dos efeitos da sentença no âmbito territorial do juízo que a proferiu.²⁵³

Todavia, é evidente que no âmbito dos dados pessoais que trafegam nas relações de consumo, eventuais abusos podem ser freados por ações coletivas, utilizando-se, inclusive, de medidas específicas, não mais se restringido à responsabilidade civil e a obrigação de fazer e não fazer, tendo em vista o artigo 83, do CDC (*Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela*), o qual densifica a garantia constitucional da tutela adequada.²⁵⁴

Exemplo da utilidade de ações coletivas na proteção de dados pessoais é a ação civil pública impetrada pelo Ministério Público do Trabalho da 9.^a Região frente à utilização de arquivos de antecedentes criminais pela empresa CHAMPAGNAT VEÍCULOS S.A., no tocante a futuros empregados.²⁵⁵

Em arremate, prosseguindo rumo à criação de um órgão administrativo de controle de dados pessoais, essa é uma tendência marcante nos países europeus,

²⁵² MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 10.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p.7.

²⁵³ GRINOVER. Ada Pellegrini. Rumo a um código brasileiro de processos coletivos. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.13-16.

²⁵⁴ MARANHÃO, Clayton. **Tutela jurisdicional do direito à saúde**: arts. 83 e 84, CDC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v.7. p.144.

²⁵⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR** n.º 98.912/2004-014-09.40. 6.^a Turma. Relator: Min. João Batista Brito Pereira. DJ 15/02/2008. Disponível em: <<https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 25 set. 2010.

dada a obrigatoriedade de sua instituição conforme a Diretiva 46/95/CE, assim como em países fora do âmbito geográfico e político da Europa, como Argentina, Canadá, Israel, Nova Zelândia e Taiwan.

É cada vez mais comum a existência de entes e órgãos públicos marcados por uma relativa independência do governo: com autonomia de organização, financiamento e contabilidade; ausência de sujeição ao Poder Executivo; autonomia na nomeação de seus membros; e possuindo, em geral, como função, a tutela de interesses socialmente relevantes. Outra característica comum destes organismos é seu caráter eminentemente técnico, o que se torna muito profícuo diante da multiplicidade das relações sociais.²⁵⁶

A mera atuação individual perde força ante a complexidade técnica que a presente temática comumente envolve; a desproporção de forças entre o arquivado e as instituições, as quais possuem interesses diretos ou secundários na coleta de informações pessoais; bem como, as dificuldades de fiscalização, já que é comum o tratamento de dados pessoais 'passar em branco' para o titular das informações.

O ordenamento jurídico português possui previsão constitucional da criação de entidade administrativa independente para a proteção de tratamento de dados pessoais, pelo que em 1994 foi criada a Comissão Nacional de Proteção de Dados, a qual funciona junto à Assembléia da República, exercendo, entretanto, atividade administrativa de defesa dos dados pessoais dos cidadãos.²⁵⁷

Para reforçar a independência da entidade, seus sete membros possuem mandato de cinco anos, não podendo ser livremente destituídos, sendo o presidente e dois vogais eleitos pela Assembléia da República; dois vogais são magistrados com mais de dez anos de exercício (um magistrado judicial, designado pelo Conselho Superior da Magistratura e outro magistrado do Ministério Público, designado pelo Conselho Superior do Ministério Público). Os dois últimos membros são duas personalidades de reconhecida competência, designadas pelo Governo. Frise-se que os referidos membros não representam as intuições que os indicam.

²⁵⁶ DONEDA, 2006, p.388 -398.

²⁵⁷ SARMENTO E CASTRO, 2005, p.323-325.

A competência da Comissão abrange função consultiva, de decisão administrativa, de investigação, e sancionatória, todas circunscritas, é claro, no âmbito da proteção dos direitos dos cidadãos no tratamento de dados pessoais.²⁵⁸

Em síntese a Comissão emite pareceres sobre a conformidade ou não de qualquer disposição legal e de instrumentos jurídicos em preparação em instituições comunitárias ou internacionais, com o sistema de proteção de dados pessoais português. Em outras situações, deve a Comissão autorizar ou registrar o tratamento de dados pessoais, determinar o tempo de conservação dos ficheiros, assegurar o direito de acesso, de retificação e de atualização de dados. Atribui-se a Comissão, também, a fixação dos custos e do prazo para o exercício do direito de acesso.²⁵⁹

A Comissão delibera sobre sanções administrativas em casos de abusos, e aprecia os códigos de conduta, que são elaborados pelas associações profissionais, ou representativas das categorias de responsáveis pelo tratamento de dados, e visam ao auxílio da execução das regras de proteção de dados pessoais, nos diferentes setores.²⁶⁰

Consta também do rol de competência da referida entidade a apreciação de reclamações, queixas, e petições de particulares, podendo diante de violação de direitos, notificar o responsável pelo tratamento de dados, e aplicar sanções.

A Comissão verifica a licitude do tratamento de dados, decorrendo deste poder de fiscalização poderes de autoridade, ou seja, poderes de investigação e inquérito, tendo a Comissão acesso aos dados objeto do tratamento, poder de recolher informações necessárias a sua função de controle (estando sujeitos, todavia, os funcionários da Comissão ao dever de sigilo), poder de adentrar nos locais para acessar os dados, e poder de praticar atos cautelares e urgentes a fim de assegurar os meios de prova.²⁶¹

²⁵⁸ SARMENTO E CASTRO, 2005, p.328.

²⁵⁹ *Ibid.*, p.328-330.

²⁶⁰ *Ibid.*, p.329.

²⁶¹ *Ibid.*, p.332-333.

Outra função que se destaca é a pedagógica e de esclarecimento, devendo o referido órgão dar publicidade de suas atividades através de um relatório anual. A Comissão, por fim, deve exercer o papel de representação junto às instâncias comuns e de reuniões internacionais.²⁶²

Os rumos a serem seguidos pelo Brasil ainda são duvidosos, não se restringindo as incertezas à mera opção pela criação de um órgão específico para o controle do tratamento de dados pessoais, alastrando-se também, para a eventual e futura configuração deste órgão, o qual pode ser vinculado ao Poder Executivo, ou ao Ministério Público, a exemplo a Argentina.

Danilo Doneda ressalta, porém, a importância da independência da referida entidade em relação ao Estado, o qual possui nítidos interesses na coleta e armazenamento de dados pessoais, e das limitações das prerrogativas constitucionais do Ministério Público, para o exercício efetivo das diversas funções que um organismo desta espécie exigiria, como, por exemplo, um poder regulamentar e até parajurisdicional, pelo que o doutrinador posiciona-se pela formação de uma agência.²⁶³

Outros fatores, ainda, devem ser sopesados, como o custo dessa estrutura, já que uma fiscalização deste porte demandará um aparato relativamente grande, o que no Brasil, um país em construção, assolado por graves problemas sociais, significa a retirada de investimentos de outros setores.

Ressalve, por último, que a urgência não se encontra somente na elaboração de uma lei infraconstitucional e da instituição de um órgão administrativo específico para a proteção jurídica e o controle de dados pessoais, é, antes de tudo, imprescindível a tomada de consciência, a formação de uma cultura da privacidade como padrão, para paulatinamente se construir uma armadura jurídica para a proteção da privacidade, da intimidade, e da liberdade de escolha individual e determinação da própria personalidade, através do controle de dados pessoais. Sistema este que corresponda aos anseios da sociedade brasileira, e não caia no abismo das meras figuras simbólicas.

²⁶² SARMENTO E CASTRO, 2005, p.334.

²⁶³ DONEDA, 2006, p.399-402.

Não é possível imaginar uma sociedade que não seja pautada na circulação de dados pessoais, também não se pode ignorar as melhorias que o tratamento de dados pessoais trazem: a formação de cadastros únicos em muitos setores maximizaria a eficiência de forma expressiva. Todavia é necessário discutir, debater e analisar a maneira como os dados são manipulados, sob o prisma de uma política de privacidade mais rígida. Os limites do tratamento de dados não devem ser traçados apenas com base nas possibilidades que a tecnologia cria, devem considerar a privacidade, a liberdade de escolha e a proteção da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Buscou-se ao longo deste trabalho, dentro dos limites que a natureza de uma monografia impõe, expor a questão da proteção jurídica e controle de dados pessoais, no Direito brasileiro. Num primeiro olhar, o assunto remete-nos, diretamente, aos direitos da personalidade, principalmente, no tocante à privacidade e à intimidade. Desse modo, o próprio enquadramento dos direitos da personalidade na categoria dos *direitos subjetivos*, forjada para regular relações patrimoniais, numa perspectiva individualista, não possui o condão de oferecer tutela integral e efetiva à personalidade.

A crítica opostas pelas correntes doutrinárias tendentes ao reconhecimento de uma cláusula geral de proteção da personalidade busca desprender-se da visão limitada do *direito subjetivo*, através da promoção da personalidade e da própria pessoa humana como um valor fundamental da sociedade e não apenas como um direito de um indivíduo, em determinada circunstância.

A fórmula da concessão, pela norma jurídica, de um poder de exigir de outrem um determinado comportamento, revela-se ainda mais inapta para a tutela da personalidade quando se trata do fluxo de informações pessoais, na realidade os direitos que emergem na *Era da Informação* aproximam-se mais da categoria dos *direitos coletivos* do que dos *direitos subjetivos*.

A proteção jurídica e o controle de dados pessoais ultrapassa o plano da privacidade e da intimidade alastrando-se na própria questão da autonomia do sujeito e da liberdade de escolha, para o desenvolvimento de sua personalidade e formação de sua identidade e cidadania. Todo ser humano deve ser visto como fonte de conhecimento, como detentor de uma imagem, posição, dignidade e valor pessoal e positivo no espaço do saber, pelo que deve ser combatida todas as formas de controle social e de discriminação.

Acrescente-se ainda que conceituar privacidade e intimidade é empreitada que beira aos limites do impossível, uma vez que as mesmas apresentam conteúdo variável, histórico e cultural. A privacidade nasceu atrelada à noção de não violação de domicílio, do âmbito da casa como palco da vida privada, para, posteriormente, abandonar a dimensão de espaço físico, conectando-se ao que se cunhou chamar

right to be let alone, o direito de ser deixado só, em paz, baseado na oposição do espaço público e privado.

Todavia, ante o descomunal fluxo de informações pessoais e as mudanças sociais que o mesmo deflagra, a concepção de privacidade transforma-se novamente; a figura do sigilo, do segredo é deslocada para segundo plano – porém não totalmente descartada – ganhando centralidade o direito de cada um de decidir até onde vai a sombra que paira sobre suas informações pessoais. Nesse sentido, ultrapassasse o eixo pessoa-informação-segredo, o qual é substituído pelo eixo pessoa-informação-circulação-controle.

Passando para a análise do regime jurídico relegado à proteção e ao controle de dados pessoais, faz-se necessário resgatar as construções teóricas desenvolvidas no território europeu, no qual a temática alcançou um grau de maturação elevado, muito por influência das Diretivas da Comunidade Européia. O modelo europeu desenvolveu-se com base em dois pilares fundamentais: a elaboração de um conjunto de princípios e direitos básicos norteadores do assunto, e a instituição de um órgão administrativo independente.

Esse modelo visa construir um 'mínimo de proteção' através do princípio da publicidade, da exatidão, da finalidade, do livre acesso, da segurança física e lógica dos dados pessoais, da adequação, da pertinência, e da proporcionalidade, da licitude e lealdade, e do direito ao esquecimento, à curiosidade, de informação, de acesso, de retificação e atualização, de apagamento ou bloqueio, de não ficar sujeito a uma decisão individual automatizada, e de oposição; e a instituição de um órgão administrativo independente e nacional, responsável pela fiscalização dos tratamentos de dados pessoais, através da autorização ou notificação da existência de arquivos deste gênero.

No Brasil não há um sistema de controle de dados pessoais, ainda que os doutrinadores busquem visualizar o mesmo na ação de *habeas data* e nas disposições do Código de Defesa do Consumidor, esses não foram arquitetados visando tal escopo.

O *habeas data* é figura simbólica ante os abusos da Ditadura Militar. Ademais, tendo natureza de ação individual, consigo traz todos os encargos da demanda tradicional (gastos quanto ao tempo, às custas judiciais, aos honorários advocatícios, desproporção de forças; ônus que, ante a lesão considerada na perspectiva de um único indivíduo, representará um obstáculo para a garantia constitucional de acesso à Justiça).

Já os dispositivos do CDC apenas visam regulamentar os bancos de proteção ao crédito, não fazendo menção aos princípios básicos da matéria, vedando a transmissão de dados pessoais a terceiros, sem a prévia autorização do titular, por exemplo. A insuficiência de tais artigos fica evidente no fluxo descontrolado de informações pessoais no âmbito da publicidade no Brasil.

O direito à privacidade e à intimidade foi construído no plano dos direitos da personalidade, sob a fórmula dos *direitos subjetivos*, o que resulta, conforme já mencionado, numa tutela insuficiente e individualista. Essa inadequação da maneira como o Direito recepciona os direitos da personalidade agrava-se ante o aumento descomunal da circulação de informações, visto que na proteção de dados pessoais emergem direitos coletivos, pelo que, ações coletivas mostram-se mais aptas, perdendo força demandas individuais, como o *habeas data*.

A própria instituição de um órgão administrativo para o fiscalização dos diversos tratamentos de dados pessoais transportaria o controle de dados da perspectiva individual para a social, uma vez que, a proteção de dados pessoais não se circunscreve à privacidade e à liberdade, como um privilégio do sujeito, mas conecta a valores como pessoa humana, sua dignidade, liberdade, e identidade.

É nesse sentido que, frente a este turbilhão informacional, se faz imprescindível a regulamentação da matéria, apresentando-se como 'possíveis' caminhos a promulgação de uma lei nacional de controle de dados pessoais, a qual delinear parâmetros gerais, e a instituição de um órgão administrativo para a fiscalização das atividades que envolvam o tratamento de informações pessoais.

Ressalte-se, contudo, que a chegada inevitável do presente trabalho à conclusão não carrega consigo soluções prontas. Ainda que o som abafado e as névoas de um futuro incerto impossibilitem um olhar preciso quanto aos caminhos a serem trilhados, a comunidade jurídica e a sociedade brasileira não podem mais se furtar das problemáticas que se põem ante as mudanças sociais, fruto do descomunal fluxo de informações, aparentemente caótico, porém que pode ser muito bem manipulado e ordenado.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Ação civil pública: sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas. In: MILARÉM Édís (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.73-84.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6.ed. rev. e atual. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa. Direitos fundamentais e direito da personalidade. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). **Questões controvertidas**: parte geral do código civil. São Paulo: Método, 2003. v.6.

BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v.25.

_____. Os bancos de dados de proteção ao crédito na visão do Superior Tribunal de Justiça. **Revista do Consumidor**, São Paulo, n.16, p.202-230, jul./set. 2007.

BEVILAQUA, Clovis. **Teoria geral do direito civil**. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

BODIN DE MORAIS, Maria Celina. Apresentação. In: RODOTÀ, Stefano. **A privacidade na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n.º 165.727_DF. 4.ª Turma. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ 21/09/1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 25 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Data** n.º 22-8 DF. Relator: Min. Celso de Mello. DJ 01/09/95. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 25 set. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR** n.º 9640-98.2005.5.09.0091. 6.ª Turma. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado. DEJT 21/05/2010. Disponível em: <<https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 25 set. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR** n.º 9891800-65.2004.5.09.0014. 5.ª Turma. Relator: Min. Emmanoel Pereira. DEJT 18/06/2010. Disponível em: <<https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 25 set. 2010.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CÔRREA, Adriana Espíndola. **O corpo digitalizado**: bancos de dados genéticos e sua regulamentação jurídica. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2.ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.35-59.

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

DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.66, p.125-152, abr./jun. 1980a.

_____. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**: possibilidades e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980b.

EFING, Antônio Carlos. **Bancos de dados e cadastros de consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Aspectos jurídicos do comércio eletrônico**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 11.ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. v.1.

FREZZA FILHO, Ezio. O sigilo de dados e a proteção da intimidade em face do interesse público. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, v.12, n.15, p.53-64, 2003.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da lei de ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.17-32.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho de Verbo, 2000.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 16.ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Renato Afonso. **Banco de dados nas relações de consumo**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

GRINOVER. Ada Pellegrini. Rumo a um código brasileiro de processos coletivos. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.13-16.

LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil pela violação do sigilo e da privacidade na Internet e nos demais meios de comunicação. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.336-358.

LÉVY, Pierre. **A inteligência coletiva**: por uma antropologia do ciberespaço. São Paulo: Loyola, 1998.

MARANHÃO, Clayton. **Tutela jurisdicional do direito à saúde**: arts. 83 e 84, CDC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v.7.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MATTA, José Eduardo Nobre. **Habeas data**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 10.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1.

MOTA PINTO, Paulo. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v.69, 1993.

MOURA, Adriana Galvão. Habeas data. In: CRUZ, Alexandre (Org.). **Ações constitucionais**. Campinas: Millennium, 2007.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção habeas data**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: Introdução ao direito civil constitucional. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. Direito, intimidade e vida privada: uma perspectiva histórico-política para uma delimitação contemporânea. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Lacerda Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN Paulo (Coords). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. Curitiba: Juará, 2007.

RODOTÀ, Stefano. **A privacidade na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARMENTO E CASTRO, Catarina. **Direito da informática, privacidade e dados pessoais**. Coimbra: Almedina, 2005.

SIDOU, José Maria Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular**: as garantias ativas dos direitos coletivos. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 28.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional Brasileiro. In: _____ (Coord.). **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.23-54.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAES, Maria Celina. **Código civil interpretado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.1.

THIBAU, Tereza Baracho. **O habeas data**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VIANNA, Cynthia Semíramis Machado. Da privacidade como direito fundamental da pessoa humana. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n.17, p.102-114, jan./mar. 2004.

WINIKES, Ralph; CAMARGO, Rodrigo Eduardo. Aspectos controversos dos direitos da personalidade: as concepções e os meios de tutela. In: JORNADA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFPR, 11., 2009, Curitiba. **Anais...** Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas, 2009. p.115-124.

Legislação Consultada:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro 1988. **DOU**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

BRASIL. Lei n.º 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. **DOU**, Brasília, DF, 10 fev. 1967.

BRASIL. Lei n.º 5.534, de 14 de novembro de 1968. Dispõe sobre a obrigatoriedade de prestação de informações e dá outras providências. **DOU**, Brasília, DF, 18 nov. 1968.

BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **DOU**, Brasília, DF, 12 set. 1990.

BRASIL. Lei n.º 9.507/1997, de 12 de novembro de 1997. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data. **DOU**, Brasília, DF, 13 nov. 1997.

COMUNIDADE EUROPÉIA. Diretiva 95/46/CE. Relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. **Jornal Oficial**, 23 nov. 1995.

PORTUGAL. Lei n.º 67, de 26 de outubro de 1998, Lei de protecção de dados pessoais (transpõe para a ordem jurídica portuguesa a directiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação das pessoas. **Diário da República**, 26 out. 1998.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição**: República Federativa Portuguesa, Lisboa, 1976.