

O DIREITO À PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS: UMA LEITURA DO SISTEMA EUROPEU E A NECESSÁRIA TUTELA DOS DADOS SENSÍVEIS COMO PARADIGMA PARA UM SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

REGINA LINDEN RUARO*
DANIEL PIÑEIRO RODRIGUEZ**

RESUMO: O presente artigo¹ propõe um estudo acerca da proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de perceber qual o nível de tal tutela e como esta se efetiva. Para tanto, toma-se como paradigma as recentes diretivas da União Européia, a jurisprudência internacional atinente ao tema e, especialmente, a legislação espanhola. Posteriormente, far-se-á uma breve análise do cenário brasileiro, com o escopo de esboçar a realidade do ordenamento pátrio, possibilitando a identificação de novas formas de prevenir – e não meramente reparar – ações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais referentes aos dados pessoais que entidades públicas e privadas dispõem a respeito de determinado indivíduo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Privacidade e à Intimidade. Dados Pessoais. Dados Sensíveis.

ABSTRACT: This article proposes a study about the protection of personal data in the brazilian's legal system, the aim to verify in which level is these defense. For so, we take as a paradigm the recent Directives of the European Union, as well as the international leading cases pertaining to the subject and especially the Spanish legislation. Thereafter, will be made a brief analysis of the brazilian's scene, outlining the reality of our law system and allowing us to identify new ways to prevent - rather than just repair – attacks against the fundamental rights related to personal data that public and private entities have of a particular individual.

KEYWORDS: Right to Privacy and Intimacy. Personal Data. Sensible Data.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Vida privada, intimidade e proteção de dados pessoais; 2. O sistema europeu de proteção de dados pessoais; 3. A tutela dos dados sensíveis; 4. O ordenamento jurídico espanhol - um exemplo em matéria de regulação de proteção de dados pessoais; 5. O ordenamento jurídico brasileiro; Considerações Finais; Referências.

Artigo recebido em 9.03.2010 – Elaboração dos Pareceres em 27.06.2010 e 03.07.2010.

Aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 07.07.2010.

* Pós-Doutora em Direito pelo Centro de Estudos Universitários de San Pablo - Espanha. Doutora em Direito pela Universidad Complutense de Madrid - Espanha. Professora Titular da PUCRS. Procuradora Federal.

** Mestrando em Direito do Estado pela PUCRS. Bolsista CNPq.

¹ O ensaio ora apresentado é extrato de pesquisa científica financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico-CNPq, contemplada pelo Edital MCT/CNPq nº 014/2008 – Universal.

SUMMARY: Introduction; 1. Privacy, intimacy and personal data protection; 2. The European System of personal data protection; 3. Protection of sensible data; 4. The Spanish legal system – an example in personal data regulation; 5. The Brazilian's legal system; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

Falar de proteção aos dados pessoais, num momento em que o mundo convive com ameaças de terrorismo, experiências trágicas de genocídio e guerras religiosas, torna-se o tendão de Aquiles do Estado Democrático de Direito.

Ao mesmo tempo em que a maioria dos indivíduos luta para manter sua esfera íntima longe do “painel” do Grande Irmão², não contesta a necessidade de uma posição segura e adequada de combate ao terrorismo ou a qualquer prática antidemocrática.

O cerne da questão reside, justamente, em mediar o ponto da esfera pública do indivíduo e os matizes de “invasão” necessária na sua esfera de vida íntima.

Não existem fórmulas pré-concebidas. No entanto, para que se possa garantir a permanência do Estado Democrático de Direito, é necessário seguir-se debatendo e tentando mediar as situações no que se refere ao direito fundamental à privacidade, intimidade e à proteção de dados pessoais. É importante também a compreensão de que, por vezes, tal prerrogativa requer matizações. É crucial que o Estado, na sua função normativa, possa responder aos anseios do *leave me alone* faceta tão importante da liberdade.

A discussão acadêmica acerca da proteção da privacidade teve seu marco inicial com o ensaio apresentado pelos professores Samuel Warren e Louis Brandeis, datado de 1890 e publicado na Revista de Direito da Universidade de Harvard.³ Este estudo, que nos remete ao antigo paradigma de *zero-relationship*, demonstra a precocidade do debate, que pode ser justificada pelo fato de que, já no final do século XIX, o desenvolvimento tecnológico começava a acelerar seus passos rumo à realidade que a sociedade globalizada amargou experimentar, qual seja, a gradativa diminuição da sensação de “estar sozinho”.⁴

Esta realidade, no entanto, tomou proporções ainda maiores a partir dos anos setenta, momento em que os avanços tecnológicos iniciaram o seu processo de transformação da sociedade. Se até determinado momento histórico a proteção jurídica do direito à privacidade se mostrava suficiente, hoje, com o desenvolvimento da informática, armazenam-se um número ilimitado de dados de todas as naturezas, os quais circulam entre Estados, particulares e empresas privadas, muitas vezes sem qualquer tipo de controle.⁵

² ORWELL, George. 1984. São Paulo: Editora Nacional, 1998.

³ BRANDEIS, Louis D. e WARREN, Samuel D. The right to privacy. Retirado do site: <www.lawrence.edu/fast/boardmaw/privacy_brand_warr2.html>, acesso em: 16 de outubro de 2008.

⁴ PANITZ, João Vicente Pandolfo. *Proteção de dados pessoais: a intimidade como núcleo do direito fundamental à privacidade e a garantia constitucional à dignidade*. 2007. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: 2007.

⁵ RAMIRO, Mônica Arenas. *El Derecho Fundamental a la Protección de Datos Personales em Europa*. Valencia: Tirant la blanch, 2006.

Relativamente ao momento em que se apresentou a necessidade de proteção aos dados pessoais, pode-se perceber que a mesma é anterior ao advento dos meios eletrônicos. Nesse sentido Armando Veiga⁶ aduz que até mesmo o direito à intimidade já poderia ser referido como uma noção pré-informática, uma vez que não mais responderia a certas reivindicações jurídicas, como a necessidade de se reconhecer ao indivíduo o direito de controlar as informações a ele atinentes, ou, ainda, a de limitar o período de tempo de conservação de dados em arquivos públicos e privados.

Situações como estas começam a evidenciar a necessidade de criação de novas fronteiras, agora adequadas à realidade digital.⁷ E é nesse contexto que se percebe inevitável a análise do tema da proteção dos dados pessoais.

Se em certa medida as novas tecnologias de informação e comunicação, desenvolvidas nos séculos XX e XXI, podem ser vistas como ferramentas de incalculável valor – pois propiciaram o encurtamento das regiões mais distantes do planeta –, sabe-se, no entanto, que o seu uso inapropriado é capaz de ferir gravemente direitos e liberdades. Não são poucas as pessoas que tiveram suas vidas expostas ao mundo, bastando um simples *double click* para que dados pessoais de foro íntimo sejam disponibilizados em sites da internet, por exemplo.⁸ Resta claro os reais perigos que a má utilização e armazenamento de dados pode acarretar ao indivíduo e à população como um todo, e que a solução para este problema global não poderá ser encontrada isoladamente, senão em conjunto com todas as culturas e sociedades.

A partir desta realidade, o estudo aqui proposto pretende explicar de que forma países com legislações já desenvolvidas – em que se destacam os integrantes da União Européia – podem contribuir com a formação específica do ordenamento jurídico brasileiro, analisando os mecanismos de defesa do direito fundamental à proteção de dados pessoais. Neste aspecto toma-se a Comunidade Européia e em específico a Espanha como nosso paradigma central.

1. VIDA PRIVADA, INTIMIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Inicialmente, percebe-se fundamental esclarecer a distinção entre o *direito à intimidade* e o *direito à vida privada*, muito embora alguns operadores do direito ainda não tenham a verdadeira noção da diferença entre os dois institutos. Não há dúvidas de que ambos constituem direitos da personalidade⁹, mas não se pode confundi-los. Tal aspecto assume importância na medida em que os dados pessoais estão inseridos no núcleo do direito fundamental à intimidade como se verá adiante.

A intimidade pode ser definida como o modo de ser de determinado indivíduo, consistindo fundamentalmente na exclusão do conhecimento pelos demais daquilo

⁶ VEIGA, Armando; RODRIGUES, Benjamin Silva. A monitorização de dados pessoais de tráfego nas comunicações eletrônicas. *Raízes Jurídicas*, Curitiba, v. 3, nº 2, jul./dez., 2007, p. 59-110.

⁷ DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 13.

⁸ TÉLLEZ, Fernando A. Protección de datos personales: la directiva comunitaria, su influencia y repercusiones en latinoamérica. In: MAÑAS, José Luis P. *Protección de Datos de Carácter Personal en Iberoamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 70.

⁹ RUARO, Regina Linden. *Responsabilidade Civil do Estado por Dano Moral em Caso de Má Utilização de Dados Pessoais*. In *Direitos Fundamentais e Justiça*. n.1-out./dez. Porto Alegre: 2007.

que somente a ele diz respeito.¹⁰ Corresponde, então, a todos os fatos, informações, acontecimentos ou eventos que a pessoa deseje manter em seu foro íntimo. Danilo Doneda ensina, neste ponto, que mais do que qualquer outra coisa, a expressão “intimidade” relaciona-se com o direito à vida tranquila, ou, também, com o *right to be let alone*.¹¹ Hannah Arendt salienta, ainda, que se trata de um conceito moderno, explorado primeiramente por Jean-Jacques Rousseau, o qual se contrapõe substancialmente ao conceito de social.¹²

Em contrapartida, no vocábulo “vida privada” denota-se a existência de duas esferas, além desta, a da vida pública. Assim, a diferenciação entre ambas resume-se justamente na oposição entre a vida doméstica e a vida política (esfera pública), na medida em que existem como entidades distintas e separadas desde, pelo menos, a antiga cidade-estado.^{13 14}

Ainda neste tocante, a distinção entre o direito à vida privada e o direito à intimidade já foi compreendida pela teoria alemã dos círculos concêntricos hoje superada, a qual determinava que o maior dos círculos abrangeria os demais, até que se chegue ao círculo nuclear.¹⁵ Assim, de acordo com esse entendimento tem-se três círculos: *Privatsphäre* (esfera da vida privada), a qual é a mais ampla de todas, abrangendo todo tipo de material, fato ou circunstância que o indivíduo pretende deixar longe do alcance dos demais, podendo ser conhecido apenas por aqueles que têm contato regular com a pessoa; *Vertrauenssphäre* (esfera confidencial), aquela que não deve ser conhecida nem mesmo pelos que entram em contato com a vida privada, como é o caso da correspondência; e a *Geheimsphäre* (esfera do segredo), tratando-se, aqui, dos assuntos que jamais devem ser conhecidos pelos outros, graças à sua natureza fundamentalmente íntima. No Brasil, esta teoria foi acrescida por um quarto círculo, determinando a seguinte ordem de abrangência: a) público; b) privacidade; c) intimidade e d) segredo.¹⁶

A superação da teoria dos círculos concêntricos no direito alemão se deu a partir da decisão do Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) na Sentença do Censo (*Volkszählungsurteil*), de 1983. Neste instrumento sentencial, em que se resolveu uma questão de inconstitucionalidade da Lei do Censo, que previa uma ampla revelação dos dados pessoais da população definiram-se os traços primordiais do direito à

¹⁰ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editó, 1996, p. 104.

¹¹ DONEDA. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. 2006, p. 68.

¹² ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 48.

¹³ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 21.

¹⁴ Ressalta-se, quanto à vida privada, a decisão tomada no caso *Christine Goodwin VS. Reino Unido*. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou, na Sentença BJC259, de 11 de julho de 2002, por unanimidade, que o Reino Unido violou a vida privada de Christine Goodwin, um transsexual masculino que se submeteu a cirurgia de mudança do sexo. A reclamante continuou sendo considerada homem pela ordem jurídica do Reino Unido após a cirurgia de transgenitalização e, por isso, teve de contribuir para a segurança social até à idade de 65 anos. Se a sua identidade de gênero fosse reconhecida pelo Reino Unido, ela teria de efetuar tais contribuições até a idade de 60 anos.

¹⁵ PANITZ. *Proteção de dados pessoais: a intimidade como núcleo do direito fundamental à privacidade e a garantia constitucional à dignidade*. 2007. 115 f.

¹⁶ PANITZ. Op. cit., 115 f.

proteção de dados pessoais, denominado “direito à autodeterminação informativa” (*das informationelle selbsbestimmungsrecht*), o qual determina que o sujeito deva decidir quando e sob que circunstâncias quer dar conhecimento dos seus dados.¹⁷

De qualquer forma, pode-se inferir que o direito à intimidade constitui, em síntese, espécie de núcleo do direito à vida privada, merecendo o primeiro, portanto, uma análise mais aprofundada. E é justamente neste momento em que surge o debate acerca da proteção de dados pessoais, pois estes, conforme o exposto anteriormente, se inserem no âmbito da intimidade.

2. O SISTEMA EUROPEU DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

O direito à proteção de dados pessoais começou a ser desenvolvido, na Europa, a partir do final da década de 1960. Podem ser descritos como seus antecedentes históricos tanto o artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, como o artigo 8º do Convênio para Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, pactuado em Roma, no ano de 1950. Figuram também nesta lista de influências os artigos 17 e 18 do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, firmado em Nova Iorque no ano de 1966.^{18 19}

Em 23 de janeiro de 1970, a Resolução nº 428 da Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa, também conhecida como “Declaração sobre os meios de comunicação em massa e os Direitos Humanos” (*Declaration on mass communication media and Human Rights*), trouxe novamente a discussão sobre a necessidade de proteger a VIDA PRIVADA em face dos novos meios informáticos, salientando que “onde sejam implementados bancos de dados regionais, nacionais ou internacionais, o indivíduo não poderá ser totalmente exposto pela acumulação de informações atinentes à sua vida privada”. Impôs, ademais, que tais arquivos deveriam ter seu conteúdo restringido o máximo possível, tendo em vista a finalidade de sua criação.^{20 21}

Posteriormente, em 1981, o Conselho da Europa dispôs, por meio do Convênio nº 108,²² sobre a proteção dos indivíduos quanto ao tratamento de dados pessoais. Este foi o primeiro texto jurídico unificado sobre a matéria, que se propôs a garantir, no território de cada país-membro, o respeito aos direitos e liberdades fundamentais

¹⁷ RAMIRO. *El Derecho Fundamental a la Protección de Datos Personales en Europa*. 2006, p. 398.

¹⁸ TRAVIESO. Juan Antonio. La protección de datos personales en América latina: unidos o desprotegidos hacia una red iberoamericana de protección de datos personales. In: MAÑAS, José Luis P. *Protección de Datos de Carácter Personal en Iberoamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 85.

¹⁹ O artigo 17 do referido pacto assim dispõe: “Art. 17 - 1. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação”.

²⁰ Resolução nº 428, disponível em:

<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta70/ERES428.html>, acessado em: 07 abr. 2009.

²¹ O ponto C.5 do referido pacto assim preceitua: “Where regional, national or international computer-data banks are instituted the individual must not become completely exposed and transparent by the accumulation of information referring even to his private life. Data banks should be restricted to the necessary minimum of information required for the purposes of taxation, pension schemes, social security schemes and similar matters.”

²² O Convênio 108, de 28 de janeiro de 1981 trata da Proteção das Pessoas a respeito do tratamento automatizado de Dados de Carácter Pessoal. A Espanha o ratificou dia 27 de janeiro de 1984 (BOE de 15 de novembro de 1985).

de todas as pessoas, independentemente de suas nacionalidades ou residências, atendendo, também, à proteção do tratamento automatizado de dados pessoais.²³

Importante destacar, para uma melhor compreensão do funcionamento da normativa europeia, que no cenário europeu atual, podem ser destacadas duas fontes principais de direito: as primárias, que se identificam com os atos jurídicos criadores de regras, previamente pactuadas pelos Estados-membros, e as derivadas, que são os regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e ditames.²⁴ Interessam ao presente estudo as diretivas comunitárias, que se caracterizam por seu poder vinculante aos Estados integrantes da União Europeia quanto ao resultado, sendo permitido, no entanto, que cada nação escolha a melhor forma de alcançá-lo.²⁵

A Diretiva Comunitária 95/46/1995, que regulamenta o tratamento e a livre circulação dos dados pessoais, marcou o direito comunitário europeu, na medida em que estabeleceu o dever dos Estados de criarem códigos de condutas nacionais e comunitários, para que fosse possível dar maior efetividade às disposições da Diretiva. Apesar de não apontar direitos atinentes à proteção de dados pessoais e quais os seus limites, a norma apresentou princípios que deveriam ser observados nas legislações internas, para que se possibilitasse a defesa dos interesses protegidos.²⁶ Além disso, acentuou que a proteção dos dados pessoais deveria ser aplicada tanto ao tratamento automatizado de dados como ao tratamento manual, da mesma forma que a observância de suas determinações deveria se dar tanto pelo setor público quanto pelo setor privado.²⁷

Posteriormente, a Diretiva 97/66CE, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das telecomunicações, complementa a diretiva anterior, trazendo, por exemplo, determinações de segurança em determinados setores. Assim, determina que, havendo risco especial de violação da segurança de rede dos serviços de telecomunicações acessíveis ao público, o seu fornecedor estará obrigado a informar tal fato aos assinantes e quais as possíveis soluções, incluindo os respectivos custos da reparação pretendida.²⁸

Em 2002 foi promulgada outra diretiva atinente ao tema – Diretiva 2002/58/CE –, visando à regulamentação da proteção de dados pessoais no âmbito da comunicação eletrônica. Em que pese não tenha inovado o ordenamento da comunidade europeia, tal disposição permitiu a adequação das finalidades presentes na Diretiva 95/46/CE à realidade tecnológica não presente à época de sua promulgação.²⁹

²³ Artigo 1º do Convênio 108.

²⁴ PEZZI, Ana Paula Jacobus. *A necessidade de proteção dos dados pessoais nos arquivos de consumo: em busca da concretização do direito à privacidade*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre: 2007, 215f.

²⁵ Ibid, 215f.

²⁶ DONEDA. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. 2006, p. 238.

²⁷ Considerando 27 da Diretiva 95/46CE sobre Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: <http://www.inst-informatica.pt/v20/legislacao/docs/Directiva95_46_CE.pdf>. Acessado em: 10 abr. 2009.

²⁸ Diretiva 97/66/CE, publicada em 15 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.anacom.pt/streaming/97.66.CE.pdf?categoryId=59229&contentId=93936&field=ATTACHE_D_FILE>. Acessado em: 14 abr. 2009.

²⁹ DONEDA. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. 2006, p. 239.

Por derradeiro, a Diretiva 2006/24/CE, que dispõe sobre a conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrônicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, salienta a necessidade da tutela do direito à privacidade e intimidade por parte dos Estados-membros. Em seu artigo 4º, determina que os dados referidos na diretiva – decorrentes de comunicações eletrônicas, por exemplo – só poderão ser transmitidos às autoridades nacionais competentes em casos específicos e de acordo com a legislação nacional. A norma refere, ainda, que tal procedimento deverá ser analisado tendo em vista a sua necessidade e proporcionalidade.

No entanto, a mesma diretiva permite que sejam disponibilizados determinados dados para efeitos de investigação, de detecção e de repressão de crimes graves. Em suas considerações de número 9, afirma, ainda, que “a conservação de dados se tem revelado um instrumento de investigação necessário e eficaz de repressão penal em vários Estados-Membros”.³⁰ O artigo 6º prevê, por fim, que esta conservação pode se estender até 24 meses.

O período de armazenamento de dados tem sido um ponto de discussão importante entre os membros da comunidade europeia, visto que a Diretiva traz uma lista de dados específicos a serem conservados, como números de telefones, códigos de identificação atribuídos aos computadores que navegam na internet, e até mesmo a data e horário que determinada pessoa acessou (*log in*) ou desconectou (*log off*) a rede mundial.³¹

Relativamente ao excesso de tempo de armazenamento de dados, Armando Veiga cita dois estudos relevantes: um deles realizado pela Faculdade de Direito de Erasmus de Roterdan, e outro apresentado pela Presidência do Reino Unido da União Europeia. Enquanto o primeiro, a partir do estudo de 65 casos concretos, apontou que o tempo de três meses seria suficiente para que se desse o fornecimento dos dados buscados, o segundo demonstrou que 85% das informações solicitadas poderiam ser recolhidas em apenas seis meses, ou até doze meses, em casos de crimes graves.³²

Ainda que questionado pela Autoridade Europeia de Dados (AEPD) e pelo Comitê Econômico e Social³³, o Conselho da União Europeia manteve o limite máximo de 24 meses.

É certo que, mesmo em tempos onde “inimigo” não é facilmente determinado, argui-se se a conservação de dados pelo período de dois anos, com o objetivo de combater manifestações terroristas³⁴, não afrontaria brutalmente o direito à privacidade e à intimidade, e se a comunidade europeia pretende efetivamente arcar com este ônus.

Tanto atentados terroristas físicos quanto os denominamos *cyber-attacks* tornam-se cada vez mais frequentes, o que motivou a elaboração de parecer do Conselho Europeu

³⁰ Diretiva 2006/24/CE, publicada em 15 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/DIR2006-24-CE.pdf>>. Acessado em: 14 abr. 2009.

³¹ Artigo 5º da Diretiva 2006/24/CE.

³² VEIGA, Armando; RODRIGUES, Benjamin Silva. A monitorização de dados pessoais de tráfego nas comunicações eletrônicas. *Raízes Jurídicas*, Curitiba, v. 3, n. 2, jul./dez., 2007, p. 59-110.

³³ *Ibid.*, p. 59-110.

³⁴ Considerando n. 9º da Diretiva 2006/24/CE.

intitulado “How to prevent cybercrime against state institutions in member and observer States”.³⁵ Entretanto, os danos decorrentes destas políticas de combate poderiam ser irreversíveis na medida em que a pretexto de proteção todos os indivíduos seriam potencialmente “perigosos”. Não pode ser outro o entendimento, haja vista a postura manifestada pelo governo britânico, que pretende criar um arquivo contendo todas as comunicações móveis e transferência de dados nos últimos seis meses, seja pelo uso da internet ou telefone.³⁶

A crítica a medidas como esta aparece de todos os lados: até que ponto o monitoramento de *sites* de relacionamento, utilizados por cerca de metade dos habitantes da Inglaterra³⁷ poderá resolver ou prevenir crimes de Estado e de ataques em massa? Se este é um perigo possível, há outro que o antecede e é certo: a figura de um ente público superinformado, conhecido e já experimentado nos regimes totalitários.

No famoso caso *Amann vs. Suíça* (Sentença BJC-242, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos –TEDH), Hermann Amann vendeu, por telefone, um aparelho eletrônico a uma pessoa situada na antiga União Soviética. Esta chamada foi interceptada pelo Ministério da Confederação da Suíça (Ministério Público) e a identificou como proveniente da embaixada soviética. Por este motivo, a polícia de Zurique preparou um relatório sobre o senhor Amann, que o cadastrou com um “contato da embaixada russa”, tendo lhe atribuído o número (1163:0)614³⁸. O caso chegou ao TEDH e foi julgado em 16 de fevereiro de 2000. O peculiar deste precedente, e que convida à reflexão acerca da eficiência de controle de dados pelo Estado, é que o aparelho vendido por Amann era um depilador elétrico.

3. A TUTELA DOS DADOS SENSÍVEIS

A definição mais adequada à figura dos dados pessoais parece ser aquela apresentada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos-TEDH –, segundo o qual seria qualquer informação relativa a um indivíduo identificado ou identificável.

³⁵ Sobre este ponto, assim se manifestou a Comissão de Assuntos Políticos, em 27 de junho de 2007: “[...] In most cases, cyber-attacks do not have a political but an economic motive, and are aimed at ill-prepared small to medium-size business, with poor defence capabilities. However, politically motivated attacks do take place and include, amongst their most frequent targets, TV and radio channels, on-line newspapers and state-related websites. Instead, the large and well-protected military and government networks require relatively greater time, skill and experience to penetrate. However, cyber-attacks are becoming more and more sophisticated and are also capable of hitting these sensitive websites. Amongst the main targets are the United States, China, Brazil, Australia, the United Kingdom and Turkey [...]”. Disponível em: <<http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc07/EDOC11333.pdf>>. Acessado em 23 abr. 2009.

³⁶ Dados obtidos no jornal alemão *Spiegel*, publicado em 25 de março de 2009. Disponível em: <http://74.125.65.132/translate_c?hl=pt-BR&sl=de&u=http://www.spiegel.de/netzwelt/web/0,1518,615336,00.html&prev=/search%3Fq%3DGro%25C3%259Fbritannien%2Bplant%2B%25C3%259Cberwachung%2Bvon%2BSocial%2BNetworks%26hl%3Dpt-BR%26rlz%3D1T4ADBF_pt-BRBR294BR295&usg=ALkJrhgwhK8ePwEbmyvYu2YR5Far-Oldbw>. Acessado em 23 abr. 2009.

³⁷ Dados obtidos no jornal alemão *Spiegel*, publicado em 25 de março de 2009. Disponível em: <http://74.125.65.132/translate_c?hl=pt-BR&sl=de&u=http://www.spiegel.de/netzwelt/web/0,1518,615336,00.html&prev=/search%3Fq%3DGro%25C3%259Fbritannien%2Bplant%2B%25C3%259Cberwachung%2Bvon%2BSocial%2BNetworks%26hl%3Dpt-BR%26rlz%3D1T4ADBF_pt-BRBR294BR295&usg=ALkJrhgwhK8ePwEbmyvYu2YR5Far-Oldbw>. Acessado em 23 abr. de 2009.

³⁸ Este número representava um código para as seguintes identificações: “*país de regime comunista*”, “*União Soviética*”, “*espionagem demonstrada*” e “*diversos contatos com o bloco do Leste*”.

Especificou, ainda, que os dados protegidos pelo direito não se restringem àqueles concernentes a vida privada do indivíduo, senão que aos próprios fatos e acontecimentos referentes à sua vida pública, desde que afetem o desenvolvimento de sua personalidade.³⁹ Desta forma, fica claro que, de acordo com o entendimento do TEDH, o conteúdo e os limites do direito à proteção de dados passou a depender justamente da sua análise no caso concreto, tanto pela natureza do dado quanto pela forma como foi utilizado.

A partir desta reflexão – de que o reconhecimento ou não do direito à proteção de dados deve levar em conta a sua natureza específica –, o TEDH passou a considerar alguns dados pessoais como dados sensíveis, os quais se caracterizam por afetarem mais diretamente o desenvolvimento da personalidade humana, como é o caso relativo à orientação sexual, estadias em orfanatos durante a infância, ideologias político-partidárias e dados médicos. Conforme Têmis Limberger, estes dados mereceriam especial proteção, com o escopo de evitar situações de discriminação, uma vez que apresentariam uma maior potencialidade de causar ofensas aos direitos fundamentais, não somente no que toca ao direito de intimidade, mas ao princípio da igualdade.⁴⁰

Dessa forma, o Tribunal Europeu entendeu que, para tais dados, a proteção devida deveria ser muito mais forte do que a dada aos demais dados, devendo-se utilizar não apenas o princípio geral de confidencialidade, mas uma verdadeira barreira a qualquer forma de publicização.⁴¹

Destarte, a Diretiva 95/46/CE, de 1995, disciplinou que os Estados-membros da União Européia estariam proibidos de utilizar, de qualquer maneira, dados pessoais que revelassem a origem racial ou étnica da pessoa tutelada, suas opiniões políticas, convicções religiosas ou filosóficas e filiação sindical, da mesma forma que vetou o tratamento de dados relativos à saúde⁴² ⁴³ ou à vida sexual do indivíduo.⁴⁴ Esta proteção, entretanto, poderia ser afastada quando presentes alguns requisitos, como dispôs a mesma Diretiva. Em suas considerações de número 34, salientou que motivos de interesse público poderiam justificar uma derrogação, por parte dos Estados-membros, à proibição de tratamento de categorias de dados sensíveis nas áreas de saúde pública e segurança social, sempre para garantir a qualidade e a

³⁹ RAMIRO. *El Derecho Fundamental a la Protección de Datos Personales en Europa*. 2006, p. 84.

⁴⁰ LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção de dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 203.

⁴¹ RAMIRO. *El Derecho Fundamental a la protección de Datos Personales en Europa*. 2006, p. 81.

⁴² A Recomendação R(97)5, do Conselho da Europa, define a expressão dados médicos da seguinte forma: “the expression “medical data” refers to all personal data concerning the health of an individual. It refers also to data which have a clear and close link with health as well as to genetic data.” Disponível em: <<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=564487&SecMode=1&DocId=560582&Usage=2>>. Acessado em: 30 abr. 2009.

⁴³ No que toca aos dados relativos à saúde, a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos da Unesco (DIDGH) já referiu que as informações genéticas fazem parte do acervo geral de dados médicos. A DIDGH vai além, reconhecendo que os dados genéticos, por serem dados sensíveis e portarem relevantes informações sobre os indivíduos – tais como, v.g., características hereditárias –, merecem tratamento especial no seu trato e armazenamento. (HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética & Direito da Personalidade*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 82).

⁴⁴ Diretiva 95/46CE sobre Proteção de Dados Pessoais. Disponível em:

<http://www.inst-informatica.pt/v20/legislacao/docs/Directiva95_46_CE.pdf>. Acessado em: 24 out. 2008.

rentabilidade no que toca aos métodos de regularização dos pedidos de prestações e de serviços no regime de seguro de doença.^{45 46}

Ainda no tocante à utilização dos dados sensíveis considerados assim os anteriormente explanados, ressalta-se o disposto no artigo 8.2 da Convenção 108 do Conselho da Europa, que apresentou algumas situações que permitiriam o seu tratamento. É o caso do consentimento explícito da pessoa tutelada – salvo se a legislação do Estado-membro dispuser que tal manifestação não possui o condão de matizar essa proteção –, bem como na hipótese de necessidade do tratamento para que se protejam interesses vitais de pessoa incapaz de dar o seu consentimento. Referendando o disposto nas considerações de número 34 da Diretiva 95/46/CE, o artigo 8.3 salienta que a regra geral de não tratamento dos dados sensíveis não se aplica quando necessário para efeitos de medicina preventiva, diagnóstico médico, prestação de cuidados ou tratamentos médicos ou gestão de serviços da saúde.⁴⁷

O artigo 6º da Convenção 108 do Conselho da Europa dispõe ainda que os dados sensíveis não possam ser tratados automaticamente, a menos que o direito interno do Estado membro preveja tal possibilidade. Esta mesma regra deve ser aplicada as normas referentes às condenações penais.⁴⁸

Ressalta-se que, além destas exceções previstas em âmbito internacional, existem outros pressupostos internos que cada Estado-membro da União Européia pode estabelecer que contrariem o princípio de proteção dos dados sensíveis, sempre que isto for necessário para conciliar o direito à intimidade de cada cidadão frente às normas internas de liberdade de expressão. É o que dispõe o artigo 9º da Diretiva 95/46/CE, no sentido de que são permitidas isenções ou derrogações à proteção dos dados sensíveis para fins exclusivamente jornalísticos ou de expressão artística e literária.

⁴⁵ Considerando 34 da Diretiva 95/46CE sobre Proteção de Dados Pessoais. Disponível em:

<http://www.inst-informatica.pt/v20/legislacao/docs/Directiva95_46_CE.pdf>. Acessado em: 24 out. 2008.

⁴⁶ No Acórdão nº 355/97, o Tribunal Constitucional Português se pronunciou quanto à inconstitucionalidade orgânica das normas de um Decreto do Governo referente à criação de arquivos informatizados de registos oncológicos. Em sua fundamentação, salientou que [...] *considera-se que o tratamento automatizado de dados relativos a doenças oncológicas integra-se na esfera de privacidade dos doentes, interferindo, nessa medida, na definição do conteúdo de vida privada, matéria respeitante a direitos, liberdades e garantias*. Está-se perante um específico campo de saúde, particularmente sensível, em que a informatização dos respectivos dados de saúde “não deve converter-se em mero armazenamento de informação relativa às coisas do homem mas constituir informação relativa ao próprio homem” (Paula Lobato de Faria, “Proteção Jurídica de Dados Médicos Informatizados” in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1991, p. 155). Neste plano, os dados de saúde integram a categoria de dados relativos à vida privada, tais como as informações referentes à origem étnica, à vida familiar, à vida sexual, condenações em processo criminal, situação patrimonial e financeira (Gomes Canotilho e Vital Moreira, ob. cit., p. 218), fazem parte da vida privada de cada um (Paulo Mota Pinto, ob. cit., p. 527). O que, não significando a extensão da reserva à disciplina integral da matéria relativa aos dados de saúde, desse modo se impedindo sobre eles qualquer tratamento informatizado, não permite, no entanto, que o legislador sobre eles se pronuncie por via que não seja a de lei da Assembleia da República ou de decreto-lei por esta autorizado [...] (grifo nosso). Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970355.html>. Acessado em: 27 abr. 2009.

⁴⁷ Artigo 8.3 da Diretiva 95/46CE sobre Proteção de Dados Pessoais. Disponível em:

<http://www.inst-informatica.pt/v20/legislacao/docs/Directiva95_46_CE.pdf>. Acessado em: 27 abr. 2009.

⁴⁸ Artigo 6º do Convênio 108 do Conselho da Europa. Disponível em:

<<http://www.davara.com/documentos/relacionados/proteccion/Convenio108.pdf>>. Acessado em: 24 out. 2008.

Deixa expresso, contudo, que tais isenções só poderão ser concedidas quando efetivamente necessárias à referida conciliação.⁴⁹

Este debate não é de todo recente na doutrina. Desde os primeiros estudos acerca da proteção de dados pessoais, um dos pontos mais suscitados é exatamente a questão dos dados sensíveis, tendo em vista a sua vulnerabilidade especial. Por este motivo, os juristas vêm se apresentando relutantes em definirem um conjunto de informações que possam ser declaradas, *per se*, sensíveis, sem considerar todo o contexto de sua utilização, publicização ou outras formas de tratamento. Nesta mesma linha, podemos verificar A Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos da Unesco (DIDGH), salientando que tais dados serão especialmente protegidos em função de seu contexto.⁵⁰ Em contrapartida, no entanto, a maioria dos Estados membros da União Européia já apresentam um arraigado pensamento de que existiriam certas categorias de dados que sempre seriam capazes de lesar a esfera íntima da pessoa.⁵¹

4. O ORDENAMENTO JURÍDICO ESPANHOL – UM EXEMPLO EM MATÉRIA DE REGULAÇÃO DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Na Espanha, a tutela dos dados pessoais pode ser apreciada a partir do artigo 18, nos itens 1 a 4, da Constituição Espanhola de 1978, normatizando a matéria na forma de direito fundamental à intimidade. No âmbito infraconstitucional, criou-se a Lei Orgânica 1/1982, a qual tratou do “direito à honra, intimidade pessoal e familiar e à própria imagem”. Esta norma foi associada pela doutrina à defesa dos direitos à personalidade.⁵²

No cenário atual, além da Sentença de nº 290/2000, lavrada pelo Tribunal Constitucional Espanhol e que garantiu o Direito à Proteção de Dados Pessoais tanto com relação a arquivos públicos quanto privados, tem-se no ordenamento jurídico espanhol a Lei Orgânica 15/1999, que figura como o mais importante instrumento de política de proteção de dados pessoais no país, pois assegurou ao direito fundamental autonomia e independência em relação ao direito à intimidade. Promulgada em 13 de dezembro de 1999, a lei trata de forma didática e simples a questão principiológica da proteção de dados pessoais. Em seu Título II, sobre os *Principios de la Protección de Datos*, a norma traz nove diretrizes básicas referentes ao tema, quais sejam: a) qualidade dos dados; b) direito de informação sobre a guarda dos dados; c) consentimento do afetado pela guarda; d) dados especialmente protegidos; e) especialidade dos dados relativos à saúde; f) segurança na guarda dos dados; g) dever de segredo; h) comunicação restrita e, i) acesso restrito de terceiros.⁵³

⁴⁹ RAMIRO. *El Derecho Fundamental a la Protección de Datos Personales en Europa*. 2006, p. 328.

⁵⁰ HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética & Direito da Personalidade*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 84.

⁵¹ RAMIRO. *El Derecho Fundamental a la Protección de Datos Personales en Europa*. 2006, p. 326.

⁵² MAÑAS, José Luis P. El derecho fundamental a la protección de datos personales, algunos retos de presente y futuro. *Revista Parlamentaria de La Asamblea de Madrid*, n. 13, dez. 2005, p. 23.

⁵³ PANITZ, João Vicente Pandolfo. *Proteção de dados pessoais: a intimidade como núcleo do direito fundamental à privacidade e a garantia constitucional à dignidade*. 2007. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

Na análise dos princípios dispostos na lei espanhola, José Luis Piñar Mañas faz referência a um importante paralelo entre eles e o previsto na “Declaração Final sobre a Proteção de Dados Pessoais e Privacidade no Mundo Globalizado: Um Direito Universal que Respeita a Diversidade”, documento elaborado por autoridades europeias na XXVII Conferência de Autoridades de Proteção de Dados. De acordo com o jurista espanhol, os princípios abordados pela lei ibérica talvez possam conduzir a princípios que seriam ainda mais nucleares no estudo do direito, a saber: o consentimento, informação, finalidade, qualidade dos dados, com especial referência à proporcionalidade e segurança.⁵⁴

Com relação ao dever de informação, a lei espanhola determina, em seu artigo 5º, que os interessados que tiverem seus dados pessoais solicitados deverão ser informados previamente, de modo expreso e inequívoco, da existência do arquivo com tais informações, bem como deverá ser exposta a finalidade de tal coleta e quais os destinatários. Quanto à finalidade, esta não poderá ser utilizada se não for exatamente a mesma divulgada no momento em que ocorreu o seu armazenamento, conforme o disposto no artigo 4.2 da *Ley Orgánica de Protección de Datos* – LOPD. Ressalta-se que não se considera incompatível a finalidade histórica, estatística ou científica, como dispõe o mesmo artigo da lei.⁵⁵

O consentimento do interessado, por sua vez, pode ser entendido à luz do disposto no artigo 3.h da LOPD, no sentido de que seria “toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica y informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”.⁵⁶ No que toca à qualidade dos dados – artigo 4º-, a lei dispõe que só poderão ser recolhidos quando o seu tratamento for adequado, pertinente e nunca excessivo com relação aos fins que a eles recaírem.

Com o advento do Real Decreto nº 1720/2007 a matéria foi regulamentada e com a fundamental preocupação de não ser apenas um texto repetitivo dos dispositivos da Lei Orgânica nº 15/1999. Ademais de abarcar todo o âmbito tutelado pela referida Lei, o regulamento preocupou-se em especificar os procedimentos para o exercício do poder sancionador conferido à Agência Espanhola de Proteção de Dados pela Lei nº 34/2002.

Vê-se, a partir dos apontamentos feitos, que são vastas as fontes das quais derivam a proteção de dados pessoais sensíveis no ordenamento jurídico espanhol, variando desde disposições constitucionais até mesmo sentenças lavradas pelo Tribunal Constitucional, sem contar a própria Lei Orgânica 15/1999, aqui rapidamente analisada. Entretanto, não são apenas estes os fatores que corroboram na proteção do referido direito fundamental, sendo vital a existência de uma autoridade específica, qual seja, a Agência Espanhola de Proteção de Dados.

Prevista no artigo 35 da Lei Orgânica 15/1999, a Agência Espanhola de Proteção de Dados é ente de Direito Público, com personalidade jurídica própria e que atua independentemente da Administração Pública. O estabelecimento desta garantia

⁵⁴ MAÑAS. *El Derecho Fundamental a La Protección de Datos Personales, algunos Retos de Presente y Futuro*. 2005, p. 29.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 33.

⁵⁶ ESPAÑA. *Protección de Datos de Carácter Personal*. 3. ed., Madrid: Boletín Oficial Estado, 2005.

específica a este direito fundamental se dá por diversas razões. Primeiramente, o Convênio 108, aprovado pelo Conselho da Europa, determinava a necessidade de uma autoridade de controle de dados, ainda que não fizesse referência aos critérios ou às diretivas que deveriam pautar a atuação deste órgão. Além disso, a jurisprudência do TEDH vinha se direcionando neste sentido, salientando que este tipo de garantia necessita de uma interferência descompromissada por órgão público⁵⁷. Esta obrigação se concretizou definitivamente, contudo, no ano de 2001, com o advento do Protocolo Adicional ao Convênio 108, o qual exigia expressamente a criação, por parte dos Estados firmatários, uma autoridade que exercesse suas funções com independência e que fosse capaz de assegurar a conformidade das medidas determinadas pelo direito interno.⁵⁸

Em momento posterior, as normas comunitárias, em especial a Diretiva 95/46/CE e as normas reguladoras do Sistema de Informação de Schengen-SIS –, exigiram dos Estados-membros a criação de uma autoridade independente. Além de todas estas previsões normativas, outro motivo para tal exigência se deu pelo próprio crescimento da informática na rotina da Administração Pública, daí derivando a necessidade de um órgão capaz de atuar de forma rápida e preventivamente.⁵⁹

Entre as competências atribuídas à Agência Espanhola de Proteção de Dados-AEPD –, pelo artigo 37.1 da LOPD, destacam-se as de controle, supervisão e inspeção. Assim, o órgão é encarregado de fazer cumprir a legislação espanhola referente à informação, ao acesso, à retificação, à oposição e ao cancelamento de dados. Com efeito, se um cidadão espanhol se considera lesionado de alguma maneira em relação ao seu direito fundamental à proteção de dados pessoais, a regra que deve prevalecer é a de que, antes de pleitear pedido frente ao Poder Judiciário, deve o reclamante acionar a Agência, pois esta tem autonomia para impor sanções e corrigir a infração cometida – tanto quando for praticada por um particular quando pelo próprio Poder Público.⁶⁰ Compete ainda à Agência questões normativas – como a de editar instruções normativas e recomendações específicas – e de assessoramento, tais como a de divulgar àqueles que a procuram sobre os seus direitos quanto à matéria e qual tratamento é concedido aos dados de caráter pessoal.⁶¹

5. O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil, o regime de proteção de dados pessoais ainda não alcançou um nível de desenvolvimento adequado. A Constituição Federal de 1988, ao ser promulgada, apresentou técnica mais apurada e inovou ao reconhecer diversos direitos e garantias específicas. Em seu corpo normativo, abordou tanto a proteção dos direitos referentes

⁵⁷ STC 290/2000, FJ 9º diz que: “[...]el legislador, sin excluir en modo alguno el recurso último a los órganos jurisdiccionales para la tutela de los derechos individuales (...) no ha querido, sin embargo que la protección de datos personales frente al uso de la informática se lleve a cabo exclusivamente en la vía judicial, esto es, cuando ya se ha producido una lesión del derecho fundamental. Por el contrario, ha querido que dicha protección se lleve a cabo mediante el ejercicio por la Agencia de protección de Datos, con carácter básicamente preventivo[...]”.

⁵⁸ RAMIRO. *El Derecho Fundamental a la Protección de Datos Personales en Europa*. 2006, p. 574.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 574.

⁶⁰ RAMIRO. *El Derecho Fundamental a la Protección de Datos Personales en Europa*. 2006, p. 581.

⁶¹ *Ibid.*, p. 582.

ao cidadão como aqueles concernentes ao próprio Estado. Assim, o seu artigo 1º, inciso III, ao reconhecer o Princípio da Dignidade Humana, protegeu de imediato todos os direitos da personalidade. Consagrou, ainda, em seu artigo 5º, inc. X, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da intimidade das pessoas.

No que toca à identificação dos direitos da personalidade na Carta Política vigente, fundamental salientar o apontamento feito por Gustavo Tepedino, no sentido de que não seria necessário que os direitos da personalidade fossem representados em um único direito subjetivo, ou ainda que fossem classificados múltiplos direitos da personalidade. A técnica mais apropriada seria a de, isto sim, proteger amplamente a pessoa humana em todos os seus aspectos. Destarte, pode-se afirmar que a dignidade seria o fundamento da República, configurando verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana.⁶² Esta dignidade, por sua vez, apresenta profunda relação com os direitos fundamentais, pois, como apontado por Alexandre Pasqualini, ambos atuam no centro do discurso jurídico constitucional, configurando espécie de código genético, “em cuja unifixidade mínima convivem, de forma indissociável, os momentos sistemático e heurístico de qualquer ordem jurídica verdadeiramente democrática”.⁶³

Nesta seara, ressalta-se, ainda, o atual entendimento de que os direitos fundamentais – que visam, juridicamente, limitar o poder estatal, proibindo a interferência no plano individual dos cidadãos e, ao mesmo tempo, exigindo uma prestação estatal efetiva para a proteção desses direitos⁶⁴ – são auto-aplicáveis no território brasileiro⁶⁵ e, portanto, o simples fato de inexistência de legislação específica que trate do direito à proteção de dados pessoais não pode constituir óbice para que se perfectibilize a sua defesa. Por este motivo, caberia ao Poder Judiciário, diante do caso concreto, tutelar a pretensão daqueles que pretendam ver seus dados pessoais protegidos, quer seja na relação de particulares, quer seja na seara do direito público.

Resta uma indagação premente: Seria esta a maneira mais eficaz de propiciar a proteção dos dados pessoais em um ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito.⁶⁶

No ordenamento jurídico brasileiro, a Figura do *Habeas Data*, um dos importantes remédios constitucionais previstos na Constituição Federal de 1988, representa talvez o mais relevante meio de proteger a esfera íntima dos indivíduos e, por este motivo, foi expressamente previsto entre as garantias fundamentais dispostas no artigo 5º de nossa Carta Política. Dentre as suas finalidades, destacam-se as de proteger a

⁶² TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 47.

⁶³ PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e Sistema Jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 80-81.

⁶⁴ HAINZENREDER, Eugênio. *O direito à intimidade e à vida privada do empregado frente ao poder diretivo do empregador: o monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: 2007, 157 f.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1998, p. 243.

⁶⁶ PANITZ. *Proteção de dados pessoais: a intimidade como núcleo do direito fundamental à privacidade e a garantia constitucional à dignidade*. 2007, 115 f.

intimidade das pessoas contra usos abusivos de registros de dados pessoais coletados por meios ilícitos e evitar a introdução dos já referidos dados sensíveis nestes arquivos. Visa também a desfazer a conservação de dados falsos ou com fins diversos dos previstos em lei.⁶⁷ Meio célere de proteger os cidadãos, está entre as garantias protegidas pelo artigo 60, § 4º, inc. IV, da Constituição Federal, tornando-a cláusula pétrea, intocável por qualquer tipo de revisão constitucional que se pretenda executar. O *Habeas Data* é regido por rito próprio, determinado pela Lei 9.507/97 que, dentre outras determinações, dispõe que deve haver uma fase administrativa prévia perante o órgão ou banco de dados pertinente.⁶⁸

Além desta figura, podem ser invocadas à proteção dos dados pessoais outras normas, como é o caso do direito à intimidade e vida privada (art. 5º X), a inviolabilidade das comunicações (art. 5º XII) e a proteção ao consumidor (art. 5º, XXXII, CF). Ademais, têm-se no ordenamento pátrio as Leis de nº 9.296/96 e nº 10.217/01, que tratam da interceptação telefônica e da gravação ambiental. Há, ainda, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que trata dos bancos de dados nas relações de consumo, bem como a Lei Complementar nº 105/01, que permite às autoridades administrativas a quebra do sigilo bancário, em certas situações, sem autorização judicial.⁶⁹

No entanto, parece que a mera existência de instrumentos legais, ainda que dotados de notória celeridade e aplicabilidade (*habeas data*), os mesmos não são capazes de *evitar* as agressões à dignidade da pessoa humana no que toca ao seu direito de ver protegidas as informações de seu foro mais íntimo. Não por acaso, tramita um projeto de lei do Senado Federal de nº 321/2004 com relação à matéria. O referido projeto encontra-se atualmente na Comissão de Constituição e Justiça, aguardando deliberação. Enquanto não há movimentação a respeito do tema, parece necessária a discussão aqui proposta, para que se perceba de que forma legislações e precedentes jurisprudenciais poderiam servir como paradigma à efetiva tutela do direito à proteção de dados pessoais, tendo em vista a ausência de lei específica em nosso ordenamento jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A revolução cibernética possibilitou que ocorra, em poucos segundos, a troca de informações entre os mais distantes lugares do mundo. As transformações daí decorrentes refletiram na seara jurídica brasileira, pois, ante a ausência de previsão legal para disciplinar as novas situações surgidas com o advento da informática, fez-se necessária a atenção dos operadores do direito para a elaboração e interpretação de normas, bem como para a formação da jurisprudência, principalmente no tocante à proteção de dados pessoais⁷⁰.

⁶⁷ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional*. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 451.

⁶⁸ PANITZ. *Proteção de dados pessoais: a intimidade como núcleo do direito fundamental à privacidade e a garantia constitucional à dignidade*. 2007. 115 f.

⁶⁹ LIMBERGER, Têmis. *Proteção dos dados pessoais e o comércio eletrônico: os desafios do século XXI*. Revista de Direito do Consumidor, v. 67, p. 215-242, 2008.

⁷⁰ RUARO, Regina Linden. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada na relação de emprego: o monitoramento do correio eletrônico pelo empregador. In: SARLET, I.W. (org.).

Importante conclusão do visto neste ensaio é poder-se afirmar que o direito fundamental à privacidade, intimidade e à proteção de dados constitui faceta da própria Dignidade da Pessoa Humana, fundado sobre valor constitucional, uma vez que a Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, inc. X, prevê a inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Trata-se, portanto, do aspecto subjetivo da Dignidade da Pessoa Humana, reconhecido inclusive na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU.⁷¹

No Brasil, entretanto, não existe lei específica que trate da Proteção de Dados Pessoais⁷² e, ainda que em nosso ordenamento pátrio os Direitos Fundamentais sejam auto-aplicáveis, inclusive nas relações entre particulares, percebe-se necessária uma regulamentação infraconstitucional sobre o tema, para que a sua tutela possa ser efetivada de forma plena. Diversos são os Estados e organismos internacionais que já iniciaram este indispensável trabalho legislativo, caminhando em busca de uma solução compatível com os princípios da democracia e, ao mesmo tempo, que permita o necessário controle e proteção dos dados pessoais.

No tema fica ainda mais evidente a necessidade de tutela especial daquilo que a doutrina aponta como dados sensíveis. Estes, por fazerem referência a fatos que revelem o aspecto mais íntimo do particular, seriam merecedores de uma proteção ainda maior, ao ponto de determinar que a regra seja invertida, isto é, o não-tratamento destes dados torna-se a regra geral, de forma que a sua utilização ou acesso consubstancie situação de extrema necessidade.⁷³

No cenário internacional, a legislação espanhola figura como uma das expoentes na regulamentação de proteção de dados pessoais, tendo adotado em sua Constituição de 1978 o direito à intimidade frente ao uso da informática, estabelecendo, em seu artigo 18.4, que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Além disto, inúmeras são as normas infraconstitucionais que tratam sobre o tema e que poderiam ser utilizadas como referência à normatização brasileira, tais como a Lei Orgânica 15/1999 e a Resolução de 12 de julho de 2006, elaborada pela Agência Espanhola de Proteção de Dados.

O direito comparado parece ser uma das possíveis respostas às lacunas da legislação pátria, tendo sempre em vista as evoluções doutrinárias e jurisprudenciais mais relevantes. Se vivemos hoje em uma sociedade dinâmica e regida pela máxima de que “a informação é poder”, qualquer posição que o Estado adote deverá, para

Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Vol. 1, cap. 9, p. 227-252. Disponível em: <<http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>>. Acessado em: 28 out. 2008.

⁷¹ “Artigo 12º Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.”.

⁷² Está tramitando um Projeto de Lei do Senado Federal de nº 321/2004 com relação à matéria, o qual foi apresentado em 10 de novembro de 2004.

⁷³ RAMIRO, Mônica Arenas. *El Derecho Fundamental a la Protección de Datos Personales en Europa*. Valencia: Tirant la blanch, 2006, p. 326.

responder aos anseios sociais, tomar em conta esta dinamicidade, por vezes tendo de avançar para além do discurso jurídico. Parece que somente assim será possível caminhar em busca de uma solução compatível com os princípios da democracia e, ao mesmo tempo, que permita o necessário controle e proteção dos dados pessoais.

REFERÊNCIAS

- ARENT, Hannah. *A Condição Humana*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BRANDEIS, Louis D. e WARREN, Samuel D. *The Right to Privacy*. Retirado do site: www.lawrence.edu/fast/boardmaw/privacy_brand_warr2.html, acesso em: 16 jul. 2008.
- DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ESPAÑA. *Protección de Datos de Carácter Personal*. 3. ed., Madrid: Boletín Oficial Estado, 2005.
- _____. Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, 2007.
- _____. Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, 1999.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.
- HAINZENREDER, Eugênio. *O direito à intimidade e à vida privada do empregado frente ao poder diretivo do empregador: o monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho*. 2007, 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: 2007.
- HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética & Direito da Personalidade*. Curitiba: Juruá, 2008.
- LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção de dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MAÑAS, José Luis P. El derecho fundamental a la protección de datos personales, algunos retos de presente y futuro. *Revista Parlamentaria de La Asamblea de Madrid*, nº 13, dez. 2005.
- _____. El derecho fundamental a la protección de datos personales. In: MAÑAS, José Luis P. *Protección de Datos de Carácter Personal en Iberoamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- _____. *Legislación de Protección de Datos*. Madrid: Iustel, 2008.
- PANITZ, João Vicente Pandolfo. *Proteção de dados pessoais: a intimidade como núcleo do direito fundamental à privacidade e a garantia constitucional à dignidade*. 2007. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.
- PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e Sistema Jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- RAMIRO, Mônica Arenas. *El Derecho Fundamental a la Protección de Datos Personales en Europa*. Valencia: Tirant la blanch, 2006.
- RUARO, Regina Linden. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada na relação de emprego: o monitoramento do correio eletrônico pelo empregador. In: SARLET, I.W. (org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Vol. 1, cap. 9.
- _____. *Responsabilidade Civil do Estado por Dano Moral em Caso de Má Utilização de Dados Pessoais*. In *Direitos Fundamentais e Justiça*. nº 1 out./dez. Porto Alegre: 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1998.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

TÉLLEZ, Fernando A. Protección de datos personales: la directiva comunitária, su influencia y repercusiones em latinoamérica. In: MAÑAS, José Luis P. *Protección de Datos de Carácter Personal en Iberoamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

TRAVIESO. Juan Antonio. La protección de datos personales en América latina: unidos o desprotegidos hacia una red iberoamericana de protección de datos personales. In: MAÑAS, José Luis P. *Protección de Datos de Carácter Personal en Iberoamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

VEIGA, Armando; RODRIGUES, Benjamin Silva. A monitorização de dados pessoais de tráfico nas comunicações electrónicas. *Raízes Jurídicas*, Curitiba, v. 3, nº 2, jul./dez., 2007.