

HABEAS DATA E AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA: OS DOIS LADOS DA MESMA MOEDA

Laura Schertel Ferreira Mendes

Professora adjunta de Direito Civil da Universidade de Brasília - DF (UnB) e do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP - Brasília-DF). Doutora *summa cum laude* em direito privado pela Universidade Humboldt de Berlim (Alemanha), tendo publicado sua tese sobre proteção de dados no setor privado na Alemanha. Mestre em “Direito, Estado e Constituição” pela UnB e graduada em direito pela UnB. É diretora da Associação Luso-Alemã de Juristas (DLJV-Berlim) e do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon). *E-mail*: <lauraschertel@hotmail.com>.

Resumo: Com o advento da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD) e a constituição de um marco legal de proteção de dados no país, é o momento de refletir sobre qual a tutela que a Constituição Federal atribui ao dados pessoais. Afinal, se por um lado o regime legal de proteção de dados é essencial para assegurar a autodeterminação do cidadão em relação ao fluxo de seus dados, por outro, ele não será suficiente para proteger a personalidade em face de violações perpetradas pelo próprio legislador. O presente artigo objetiva analisar a proteção que a Constituição Federal de 1988 confere aos dados pessoais e, por conseguinte, à personalidade dos cidadãos brasileiros contra os riscos provocados pelo processamento eletrônico de dados na sociedade da informação. A análise desse tema será realizada em três passos: (i) análise do desenvolvimento do direito à autodeterminação informativa pelo Tribunal Constitucional alemão; (ii) exame da tutela constitucional referente aos dados pessoais à luz da recente evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF); e (iii) debate sobre a possibilidade se conceber um direito fundamental à proteção de dados, bem como sobre os contornos desse direito no ordenamento brasileiro.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Constituição Federal. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Autodeterminação Informativa.

Sumário: **1** Introdução – **2** O desenvolvimento do direito à autodeterminação informativa pelo Tribunal Constitucional alemão – **2** A tutela constitucional dos dados pessoais na Constituição Federal de 1988 – **2.1** Informação, tecnologia e direitos fundamentais: riscos e oportunidades – **2.2** A insuficiência das garantias de sigilo das comunicações e da inviolabilidade da intimidade – **2.3** A evolução da jurisprudência constitucional: a ampliação do espectro de proteção do *habeas data* no julgamento do RE nº 673.707 – **2.4** As informações e os dados pessoais como objeto de proteção constitucional – **3** O direito à autodeterminação informativa na Constituição Federal: embasamento e linhas gerais – **3.1** Âmbito de proteção – **3.2** Dimensão subjetiva – **3.3** Dimensão objetiva – **3.3.1** Deveres de regulação: organização e procedimento – **3.3.2** Deveres de proteção e eficácia horizontal – **3.4** Limites do direito fundamental à proteção de dados pessoais – **4** Conclusão – Referências

1 Introdução

A sanção da Lei nº 13.709/2018 em 14 de agosto de 2018 instituiu de forma inédita no país um regime geral de proteção de dados, consolidando e complementando o marco normativo da sociedade da informação em desenvolvimento no Brasil. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) inaugura um modelo *ex-ante* de proteção de dados, fundado na ideia de que não existem mais dados irrelevantes em face do processamento automatizado e ubíquo de dados na sociedade da informação. Na medida em que os dados pessoais são um meio de representação da pessoa na sociedade,¹ qualquer tratamento de dados pode afetar a sua personalidade e liberdade. Essa é a razão pela qual a tutela jurídica dos dados pessoais – nos moldes da LGPD – realiza-se de forma horizontal, aplicando-se a todos os setores econômicos e também ao setor público.

Com o advento da LGPD e a constituição de um marco legal de proteção de dados no país, é o momento de refletir sobre qual a tutela que a Constituição Federal atribui ao dados pessoais, com vistas à proteção dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro. Afinal, se por um lado o regime legal de proteção de dados é essencial para assegurar a autodeterminação do cidadão em relação ao fluxo de seus dados e garantir a segurança jurídica de empresas e entidades que tratam dados pessoais, por outro, nem sempre ele será suficiente para proteger a personalidade em face de violações perpetradas pelo próprio legislador. Isto é, a LGPD não está apta a proteger o cidadão de outras leis que possam vir a ser aprovadas pelo Poder Legislativo e que violem a sua privacidade, ao permitir, por exemplo, o processamento de dados abusivos, legitimar práticas de vigilância ou produzir discriminação por meio do processamento de dados. Assim, resta claro que a base legal para o tratamento de dados pessoais, exigido pela LGPD, somente passa a ser um meio para a limitação de abusos, caso a própria base legal fique sob o escrutínio de um direito fundamental à proteção de dados.

Basta pensar em uma lei que autorize a utilização de dados raciais como *input* de um algoritmo criado pelo governo para a identificação de devedores da Fazenda Pública ou, ainda, de uma lei que legitime a vigilância irrestrita pelo governo de toda a população sem qualquer justificativa ou garantias à privacidade. Nessas situações, a mera existência de uma Lei Geral de Proteção de Dados e mesmo de uma autoridade de proteção de dados não seriam suficientes para a garantia dos direitos dos cidadãos.

Foi exatamente o que ocorreu na Alemanha no ano de 1983: o país contava com um sistema de proteção de dados desde a década de 1970, composto por

¹ DONEDA, 2006.

leis estaduais e uma lei federal, bem como por dezenas de autoridades de proteção de dados, o que não foi capaz de impedir a aprovação da polêmica lei de recenseamento geral da população, cujo amplo processamento e compartilhamento de dados foi criticado pela população, academia e por ativistas da área. O ajuizamento de inúmeras reclamações constitucionais contra a referida Lei, questionando a sua constitucionalidade, acabou por ensejar a aplicação de um novo direito fundamental pela Corte Constitucional alemã, como se verá no próximo tópico.

O presente artigo objetiva analisar, assim, qual é a proteção que a Constituição Federal de 1988 confere aos dados pessoais e, por conseguinte, à personalidade dos cidadãos contra os riscos provocados pelo processamento informatizado de dados na sociedade da informação. A análise desse tema será realizada em três passos: (i) análise do desenvolvimento do direito à autodeterminação informativa pelo Tribunal Constitucional alemão; (ii) exame da tutela constitucional referente aos dados pessoais à luz da recente evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF); e (iii) debate sobre a possibilidade se conceber um direito fundamental à proteção de dados, bem como sobre os contornos desse direito no ordenamento brasileiro.

2 O desenvolvimento do direito à autodeterminação informativa pelo Tribunal Constitucional alemão

Na decisão da Corte Constitucional alemã sobre o recenseamento de 1983 trata-se da discussão sobre a constitucionalidade da Lei sobre o recenseamento da população, das profissões, das residências e dos locais de trabalho, editada em 25 de março de 1982.

O ponto de partida da decisão é o processamento eletrônico de dados que, em virtude do moderno desenvolvimento tecnológico, possibilitou o processamento ilimitado, a armazenagem e transmissão de dados pessoais em proporções até então desconhecidas. De acordo com o Tribunal, as condições tecnológicas e sociais modificadas requerem o desenvolvimento continuado da interpretação da proteção pelos direitos fundamentais para que as novas ameaças possam ser superadas.²

Diferentemente da decisão que a Corte havia tomado em um caso anterior a respeito do microcenso,³ fica nítido na sentença referente ao recenseamento da população que o direito à proteção da esfera privada não representa uma

² BVerfGE 65,1 (42), Recenseamento (Volkszählung).

³ BVerfGE 27, 1 (6), Microcenso (Mikrozensus).

concepção própria para a solução do caso. Afinal, não se tratava de discutir se as informações pedidas poderiam ser atribuídas à esfera privada dos cidadãos; tratava-se, antes, dos riscos para a personalidade que poderiam surgir do processamento eletrônico de dados.

Assim declara o Tribunal que o processamento automático dos dados ameaçaria o poder do indivíduo em decidir por si mesmo se e como ele desejaria tornar públicos dados pessoais no sentido de que o processamento de dados possibilitaria a elaboração de um “quadro completo da personalidade” por meio de “sistemas integrados sem que o interessado possa controlar o suficiente sua correção e aplicação”. Assim, aumentaria a influência do Estado sobre o comportamento do indivíduo, que não mais seria capaz de tomar decisões livres em virtude “da pressão psíquica da participação pública”. Uma sociedade, “na qual os cidadãos não mais são capazes de saber quem sabe o que sobre eles, quando e em que situação”, seria contrária ao direito à autodeterminação informativa, o que prejudicaria tanto a personalidade quanto o bem comum de uma sociedade democrática.⁴

Dessa forma, o Tribunal Constitucional Federal constata que o art. 2 §1 combinado com o art. 1 §1 LF resultaria um direito fundamental à autodeterminação informativa que garantiria “o poder do indivíduo em determinar fundamentalmente por si mesmo sobre a coleta e utilização de seus dados pessoais”.⁵ O Tribunal reforça que o direito fundamental não seria ilimitado, pois também as informações pessoais denotariam um “retrato da realidade social” e, portanto, não poderiam ser atribuídas somente ao indivíduo. Todavia, estes limites só seriam justificados em nome de um interesse geral preponderante. Ademais, eles teriam que ter uma base legal para cumprir tanto o imperativo da clareza das normas quanto o princípio da proporcionalidade. Por fim, teriam que ser tomadas providências de cunho organizatório e constitucional que possibilitem evitar uma violação do direito da personalidade.⁶

Decisivo para a concepção do direito à autodeterminação informativa é o princípio segundo o qual não mais existiriam dados insignificantes nas circunstâncias modernas do processamento eletrônico de dados. O risco do processamento de dados residiria mais na finalidade do processamento e nas possibilidades de processamento do que no tipo dos dados mesmos (ou no fato de quão sensíveis ou íntimos são). A fim de prestar proteção contra o risco através do moderno processamento de dados, o Tribunal formula que todos os dados pessoais estariam

⁴ BVerfGE 27, 1 (6), Microcenso (Mikrozensus).

⁵ BVerfGE 65,1 (43), Recenseamento (Volkzählung).

⁶ BVerfGE 65,1 (44), Recenseamento (Volkzählung).

abrangidos no âmbito de proteção do direito à autodeterminação informativa e que só o próprio interessado poderia decidir sobre seu levantamento, processamento e transmissão.⁷

Nesse sentido, importa ressaltar que a decisão sobre a autodeterminação informativa é considerada um passo na evolução jurisprudencial do conceito de privacidade na Alemanha: se no fim da década de 60, a Corte formulou o conceito de proteção à esfera privada, nas decisões do microcenso⁸ e dos autos do divórcio,⁹ consistente na garantia de um espaço que marca a diferença entre privado e não privado, protegido da ingerência estatal, esse mesmo conceito se mostrou insuficiente diante do processamento automatizado de dados e acabou forçando a elaboração do direito à autodeterminação informativa.

Duas foram as principais críticas da doutrina alemã à fórmula da esfera privada que acabaram por motivar a evolução desse conceito. A primeira crítica refere-se à relatividade da esfera privada, isto é, ao fato de que os desejos de privacidade podem diferir muito fortemente de pessoa para pessoa. Assim, espaços não poderiam ser designados rigidamente de esfera privada ou íntima, “pois os espaços vitais, nos quais o indivíduo se refugia para descansar das exigências sociais, preparar um comportamento social e fazer tudo o que não pode ser trazido para a sociedade e representado diante dela são relativos”. A segunda crítica, estreitamente relacionada ao princípio da relatividade da esfera privada, refere-se ao contexto de aplicação. Ela se refere à ideia básica de que “a sensibilidade e o significado das informações dependem do respectivo contexto de aplicação” e não podem ser definidos *a priori* somente pelo conteúdo da informação, isto é, se é íntimo, privado ou público. Assim, a finalidade do levantamento e o destinatário da informação são muito mais decisivos para a avaliação da constitucionalidade do processamento de dados do que a classificação de dados em esfera privada e íntima.

⁷ BVerfGE 65,1 (45), Recenseamento (Volkszählung).

⁸ BVerfGE 27, 1 (6), Microcenso (Mikrozensus). A decisão sobre o microcenso referia-se à lei para realização de uma estatística representativa da população, em virtude da qual deveria ser levantada uma multiplicidade de informações de caráter pessoal sobre os cidadãos como, p.ex., quantidade e nome das pessoas existentes na casa, seu sexo, idade, posição com relação ao chefe de família, estado civil, número de filhos, participação ou não participação na vida ativa e profissional, viagens de férias e lazer, rendimento. Assim, o Tribunal não vê na pergunta acerca das viagens de férias e lazer uma violação da constituição. Ele baseia sua decisão no fato de que a pergunta não atinge a “esfera íntima” da pessoa, pois seriam informações do “mundo exterior”, destituídas de um “caráter sigiloso”. Embora o Tribunal Constitucional Federal tenha considerado constitucional a lei, originou-se nesta decisão um importante princípio para a fundamentação da proteção à esfera privada do indivíduo.

⁹ BVerfGE 27, 344 (352), Autos do divórcio (Ehescheidungsakten).

Essas críticas ensejaram uma mudança definitiva na jurisdição do Tribunal Constitucional da concepção da proteção da esfera privada para o direito à autodeterminação informativa, para o qual a atribuição de dados a uma esfera íntima não constituiria um conceito apto a proteger a personalidade do cidadão na sociedade da informação. O Tribunal Constitucional alemão estendeu a proteção frente à coleta, armazenamento, utilização e transmissão de dados pessoais em vez de limitá-la a uma esfera privada com dados e informações sob proteção.¹⁰ Dessa forma, o Tribunal formula um princípio de proteção em termos de direitos fundamentais, já encontrado desde os anos de 1970 no direito à proteção de dados em nível infraconstitucional, no qual o caráter pessoal de um dado era o fator de proteção decisivo.¹¹

O Tribunal Constitucional Federal diferencia entre dados pessoais, que são individualizados, e dados anônimos, que são processados para fins estatísticos, colocando exigências respectivamente distintas. Como na maioria das vezes não é possível limitar nas estatísticas a finalidade e as possibilidades de utilização, teriam que ser tomadas providências especiais, *e.g.*, a anonimização de dados e seu sigilo. O Tribunal destaca que no caso de recenseamentos populacionais existe em geral o perigo de o interessado, cujos dados seriam processados, “se converter em mero objeto de informação” se o legislador não tomar as medidas adequadas.¹²

Especialmente problemática para o direito à autodeterminação informativa seria, segundo o Tribunal, a transmissão de dados pessoais, ou seja, daqueles dados que não foram anonimizados.¹³ Assim constata o Tribunal Constitucional que embora o programa de coleta de dados da lei de recenseamento de 1983 não conduza, no geral, à catalogação da pessoa, ele violaria, com suas regras de transmissão a Lei Fundamental. Assim, o Tribunal considerou o recurso como parcialmente fundamentado, anulando as regras de transmissão, com exceção da transmissão de dados anonimizados para fins científicos.¹⁴

Da argumentação do Tribunal Constitucional Federal é patente que ele reúne diversos fundamentos para elaborar a formulação do direito à autodeterminação informativa, quais sejam: o direito geral da personalidade, a fórmula da autodeterminação e a garantia da liberdade de comportamento.¹⁵ Este caminho em direção

¹⁰ GRIMM, 1997, p. 15 ss.

¹¹ Sobre a influência da moderna concepção procedimental da proteção de dados no Direito comum sobre a sentença referente ao recenseamento, v. Mückenberger, KJ 17, I (1984), 1, 16 ss.

¹² BVerfGE 65,1 (48 ss.), Recenseamento (Volkszählung).

¹³ BVerfGE 65,1 (51), Recenseamento (Volkszählung).

¹⁴ BVerfGE 65,1 (63 ss.), Recenseamento (Volkszählung).

¹⁵ TRUTE, 2003, p. 117.

a uma abstração mais forte e a uma ideia abrangente de autodeterminação, caminho este já tomado com o direito da personalidade geral do Tribunal Constitucional, é consumado na sentença referente ao recenseamento da população.

Em resumo, de acordo com a jurisdição do Tribunal Constitucional o direito à autodeterminação informativa se baseia principalmente em três propriedades. Primeiramente, o poder de decisão é formulado como o teor da proteção de modo que o indivíduo pode decidir, ele próprio, sobre a coleta e a utilização de informações de cunho pessoal.¹⁶ Daí resulta a segunda propriedade, ou seja, a de que o direito fundamental à autodeterminação informativa não abrange um teor de proteção fixo e definido, desviando-se, assim, do modelo de esfera privada de atribuição de dados a uma esfera íntima. Em terceiro lugar, a referência à pessoa atua decisivamente sobre o teor da proteção na medida em que cada registro que se revela como pessoal é merecedor de proteção.

Em princípio, pode-se observar que o direito à autodeterminação informativa se encontra em uma relação de continuidade com a concepção do direito geral da personalidade. É certo que o Tribunal Constitucional Federal alemão teve que desenvolver um novo projeto na sentença referente ao recenseamento, a fim de proteger o indivíduo contra o processamento eletrônico de dados; todavia, logrou formular o novo direito fundamental como uma expressão do direito geral da personalidade, ou seja, dentro do já existente quadro da proteção da personalidade. Daí decorre que a decisão referente ao recenseamento contribuiu não apenas para fundamentar o direito à autodeterminação informativa, mas também para consolidar o direito geral da personalidade como um projeto efetivo, flexível e de aplicação prática.

A importância do direito da autodeterminação informativa reside no fato de que sua fórmula de proteção abstrata oferece grande flexibilidade ao poder de decisão.¹⁷ Como não designa um conteúdo de garantia fixo, este direito pode ser aplicado em múltiplos casos enquanto o caso for concernente à coleta, processamento ou transmissão de dados ou informações pessoais. De fato, desde a decisão relativa ao recenseamento da população, o direito à autodeterminação informativa foi usado como base para inúmeras decisões.¹⁸ Simultaneamente, a concepção da autodeterminação informativa possibilita uma ampliação da proteção, uma vez que a proteção não mais é limitada a dados da esfera íntima.¹⁹

¹⁶ ALBERS, 2005, p. 235.

¹⁷ ALBERS, *op. cit.*, p. 236.

¹⁸ BVerfGE 67, 100, Comissão de investigação do Grupo Flick; 84, 239, Imposto de rendimento sobre o capital; 103, 21, Impressão digital genética I; 115, 166, Dados de conexão de comunicação; 115, 320, Análise computadorizada de dados pessoais pela polícia II.

¹⁹ ALBERS, *op. cit.*, p. 236.

Esta análise revela como o direito fundamental à proteção de dados se desenvolveu: ele se distanciou de uma proteção relacionada a um âmbito fixo (esfera íntima ou privada) e transferiu sua base a um poder de decisão e a instrumentos procedimentais. Logo, ele é o resultado da superação da proteção da esfera privada, sendo marcado por um processo de abstração do conteúdo de proteção.²⁰

Após a análise do desenvolvimento do direito à autodeterminação informativa pela jurisprudência alemã, impende examinar qual é a proteção conferida aos dados pessoais pela Constituição brasileira, de modo a avaliar em que medida é possível se falar também entre nós em um direito fundamental à proteção de dados pessoais ou de um direito à autodeterminação informativa.

2 A tutela constitucional dos dados pessoais na Constituição Federal de 1988

2.1 Informação, tecnologia e direitos fundamentais: riscos e oportunidades

A informação, como um fenômeno a ser regulado pelo Direito, não passou despercebido pelo Constituinte brasileiro. A Constituição Federal de 1988 regula o fenômeno da informação, direta ou indiretamente, por meio de diversos dispositivos, ao garantir, entre outros, a livre manifestação do pensamento, o direito de resposta, o sigilo da fonte, o acesso à informação, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, bem como o sigilo das comunicações de dados, telegráficas e telefônicas. A Constituição reconheceu, assim, os efeitos da circulação e da não circulação da informação sobre os indivíduos e a sociedade e buscou regular esses efeitos por meio do estabelecimento de diversos direitos fundamentais.

Interessante é que, na sociedade contemporânea, caracterizada exatamente pelo fluxo intenso de informações a partir de uma moderna infraestrutura de comunicação e informação, muitos outros direitos fundamentais tendem a ser afetados ou influenciados pelo fenômeno da informação. Assim, por exemplo: (i) o direito à igualdade pode ser violado a partir de decisões discriminatórias tomadas com base em bancos de dados raciais ou de imigrantes, prática conhecida como *racial profiling*;²¹ (ii) a liberdade de exercício de trabalho pode ser afetada quando

²⁰ GRIMM, *op. cit.*, p. 13; ALBERS, *op. cit.*, p. 232.

²¹ Ver: GELLERT *et al.*, 2013. Ver também: Relatório da Open Society Foundations sobre “ethnic profiling”: Disponível em: <http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/Factsheet-ethnic-profiling-20091001-GER_0.pdf>. Acesso em: 23 out. 2018.

um candidato a emprego tem sua contratação recusada por constar em cadastros de pessoas que ajuizaram ações trabalhistas, as chamadas “listas negras”;²² (iii) o livre exercício de trabalho também poderia ser violado a partir da exigência de testes genéticos como requisito para a contratação; (iv) a proibição de embarque em aeronaves de passageiros registrados equivocadamente em lista de terroristas poderia constituir uma limitação à liberdade de ir e vir;²³ (v) a liberdade de reunião em espaço público pode ser afetada se os seus participantes forem filmados e registrados sem justificativa; (vi) o processo eleitoral pode ser colocado em xeque se dados pessoais forem tratados de forma ilegal para realização de *profiling* na tentativa de influenciar os eleitores por meio de abuso de poder econômico e medidas de desinformação.

Vê-se, dessa forma, que na sociedade atual, o processamento e a utilização de informações afetam não apenas os direitos fundamentais que expressamente regulam o fenômeno da informação. Na realidade, o sistema de direitos fundamentais como um todo pode ser hoje influenciado, positiva ou negativamente, por esse fenômeno. Afinal, há diversos exemplos que demonstram como a infraestrutura de comunicação e informação se tornou hoje indispensável para o exercício dos direitos fundamentais: a internet revolucionou a liberdade de expressão, a comunicação interpessoal e a comunicação social, assim como os sistemas informáticos transformaram o mundo do trabalho, da administração e do mercado, sem os quais hoje se tornou impensável o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, ou a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.²⁴

2.2 A insuficiência das garantias de sigilo das comunicações e da inviolabilidade da intimidade

Voltemos à análise dos casos acima mencionados: se as ações baseadas no processamento e utilização de informações podem acarretar a violação de direitos

²² Há diversas decisões do TST a respeito da ilegalidade das “listas negras”. Ver: RR - 325/2004-091-09-00.7 Data de Julgamento: 02/04/2008, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 18/04/2008.; RR - 532/2003-091-09-00.0 Data de Julgamento: 02/04/2008, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 18/04/2008.

²³ É a chamada “no fly list”, mantida pelo governo americano. Inúmeros falsos positivos já foram relatados, inclusive crianças, proibidas de embarcar. Notícias acessíveis em: <<http://edition.cnn.com/2008/TRAVEL/10/22/no.fly.lists/index.html>>; <http://www.huffingtonpost.com/2011/03/21/veteran-abe-masha-on-no_n_838478.html>; <<http://edition.cnn.com/2008/US/08/19/tsa.watch.list/index.html>>. Acesso em: 23 out. 2018.

²⁴ HOFFMANN-RIEM, 1997, p. 516.

fundamentais, como os direitos à igualdade, ao livre exercício da profissão e à liberdade de locomoção, quais são os instrumentos constitucionais disponíveis para proteger o cidadão? Isto é, a Constituição fornece conceitos aptos a lidarem com o fenômeno da informação e os seus efeitos?

Os principais dispositivos constitucionais que regulamentam a informação são art. 5º, X, relativo à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, e o art. 5º, XII, referente ao sigilo da correspondência e das comunicações.²⁵

Como se pode perceber, uma rápida análise é capaz de demonstrar que as hipóteses mencionadas dificilmente se enquadrariam no âmbito de proteção desses direitos fundamentais. Senão vejamos: (i) as informações pessoais referentes à origem racial e étnica, que compõem um banco de dados destinado ao racial *profiling*, dificilmente poderiam ser consideradas íntimas ou relativas à vida privada; tampouco se enquadram no conceito de correspondência ou de comunicação de dados e dificilmente poderiam ser consideradas sigilosas; (ii) os dados pessoais referentes ao ajuizamento de ações trabalhistas também não se enquadrariam no conceito de informações íntimas ou privada, nem comportam qualquer relação com comunicação ou correspondência; ao contrário, os dados relativos ao ajuizamento de ações são, em geral, públicos salvo em situações excepcionais; (iii) a exigência de testes genéticos tampouco se enquadram em qualquer dos conceitos desses direitos fundamentais; (iv) os dados pessoais relativos à suspeita de cometimento de crimes não são de forma alguma privados ou íntimos; (v) as informações relativas à participação em movimentos ou reuniões em espaços públicos tendem a ter um caráter público (e não íntimo ou privado).

Comum a todos esses casos é o processamento ou a utilização de informações relacionadas a uma pessoa, que a identificam e a caracterizam. São, portanto, informações pessoais, sem se configurar, no entanto, em informações íntimas ou privadas. Tampouco se enquadram na garantia de sigilo da correspondência ou das comunicações, pois em nenhuma das hipóteses tratava-se de comunicação. E não obstante, percebe-se que essas informações merecem a proteção da ordem constitucional, na medida em que o seu processamento e a sua utilização acarretam a violação de outros direitos fundamentais.

Vê-se, assim, que embora as garantias de sigilo e de inviolabilidade da intimidade e da vida privada configurem importantes mecanismos de proteção individual, faz-se necessária uma releitura dessa proteção para lidar com os atuais

²⁵ “Art. 5º. X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

efeitos do processamento e da utilização da informação sobre o indivíduo. Afinal, essas garantias visam à proteção específica em face de riscos determinados (divulgação de informações íntimas ou interceptação da comunicação, por exemplo) e não abarcam a totalidade dos riscos aos quais o indivíduo está submetido na sociedade da informação.

Além disso, o sigilo não parece ser o instrumento mais adequado para resolver os problemas apresentados nessas hipóteses. Afinal, não se trata de tornar sigilosas informações que podem causar a discriminação ou a limitação da liberdade pessoal, mas de regular os efeitos das informações da sociedade, por meio da regulação de seu fluxo e da instituição de procedimentos de controle.

Dessa forma, impende analisar como os direitos e garantias constitucionais podem ser reinterpretados, de modo a garantir uma proteção do indivíduo contra riscos advindos do processamento da informação.

2.3 A evolução da jurisprudência constitucional: a ampliação do espectro de proteção do *habeas data* no julgamento do RE nº 673.707

Quando analisamos o âmbito de proteção das garantias constitucionais de sigilo e da intimidade, viu-se que elas apresentam um âmbito de proteção específico, qual seja, das informações íntimas ou das comunicações. Já as informações que identificam e caracterizam uma pessoa, isto é, os dados ou as informações pessoais, não são a princípio reconhecidos como objeto imediato de proteção constitucional, embora o seu processamento e a sua utilização possam acarretar a violação de inúmeros direitos fundamentais.

Nesse passo, importa analisar uma interpretação que era corrente no direito brasileiro, segundo a qual os dados não são objeto de proteção da Constituição, mas somente a comunicação de dados, conforme o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal. Nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Junior:

O sigilo, no inciso XII do art. 5º está referido à comunicação, no interesse da defesa da privacidade. Isto é feito, no texto, em dois blocos: a Constituição fala em sigilo 'da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas'. Note-se, para a caracterização dos blocos, que a conjunção e une correspondência com telegrafia, segue-se uma vírgula e, depois, a conjunção de dados com comunicações telefônicas. Há uma simetria nos dois blocos. Obviamente o que se regula é comunicação por correspondência e telegrafia, comunicação de dados e telefônica. O

que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. Se alguém elabora para si um cadastro sobre certas pessoas, com informações marcadas por avaliações negativas, e o torna público, poderá estar cometendo difamação, mas não quebra sigilo de dados. Se estes dados, armazenados eletronicamente, são transmitidos, privadamente, a um parceiro, em relações mercadológicas, para defesa do mercado, também não está havendo quebra de sigilo. Mas, se alguém entra nesta transmissão como um terceiro que nada tem a ver com a relação comunicativa, ou por ato próprio ou porque uma das partes lhe cede o acesso indevidamente, estará violado o sigilo de dados. A distinção é decisiva: o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação.²⁶

Conforme se extrai do trecho citado, o inciso XII do art. 5º asseguraria o sigilo da comunicação de dados, mas não dos dados em si. Essa interpretação acabou por ser acolhida por diversos julgados do Supremo Tribunal Federal,²⁷ a partir do entendimento de que tal direito fundamental visa proteger a liberdade de comunicação telefônica, telegráfica e de dados e, para tanto, protege a comunicação dos riscos de intervenção de terceiros, exigindo base legal e ordem judicial para a legitimação da interceptação. Semelhante interpretação pode ser encontrada no julgamento do RE, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, conforme trecho da ementa que abaixo se transcreve:

Não há violação do art. 5º. XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve “quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial”. 4. *A proteção a que se refere o art.5º, XII, da Constituição, é da comunicação “de dados” e não dos “dados em si mesmos”, ainda quando armazenados em computador.* (cf. voto no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira - RTJ 179/225, 270). (grifos nossos)

²⁶ FERRAZ JUNIOR, 1992.

²⁷ RE nº 418.416-8, Santa Catarina, Relator Min. Sepúlveda Pertence, 10.05.2006; HC 91.867, Pará, Relator Min. Gilmar Mendes, 24.04.2012.

De acordo com essa interpretação, os dados em si não fazem parte do âmbito de proteção do direito à garantia do sigilo das comunicações, pois o âmbito de proteção do art. 5º, XII abarcaria somente a comunicação de dados.

Há um tema, contudo, que não foi abordado – seja pelo artigo do Prof. Tercio Sampaio, seja pelos julgados do STF mencionados – *que é a proteção oferecida pela Constituição aos dados e às informações que se referem a uma pessoa, que a identificam e a caracterizam: os dados pessoais*. Em outras palavras: a que tipo de proteção estão submetidos os dados e informações pessoais à luz da ordem constitucional? Eles estão no âmbito de proteção de algum direito no rol de direitos fundamentais da CF?

Para refletir sobre essa questão, é interessante analisar o conteúdo do RE nº 673.707, Minas Gerais, relatado pelo Min. Luiz Fux em 17.06.2017, que inovou no debate constitucional brasileiro desenvolvido até então. Tratava-se, no caso, da discussão sobre a possibilidade de acesso do contribuinte a um sistema da Receita Federal, o Sistema de Conta Corrente da Secretaria da Receita Federal do Brasil, conhecido também como SINCOR. O acórdão do TRF da 1ª região havia decidido pela improcedência do *habeas data*, argumentando ser “incabível a pretensão do impetrante de se obrigar a Fazenda Pública a apresentar informações complexas, onerosas e gerais, oriundas de cadastro que não tem caráter público”.

Em primeiro lugar, o relator acabou por atribuir um amplo espectro de proteção ao *habeas data* a partir de um amplo conceito de arquivos, banco ou registros de dados “entendidos em seu sentido mais lato, abrangendo tudo que diga respeito ao interessado, seja de modo direto ou indireto.”²⁸

Após firmar esse amplo conceito de dado e informação pessoal inédito na jurisprudência da Corte, o voto do relator afirma que

aos contribuintes foi assegurado o direito de conhecer as informações *que lhes digam respeito em bancos de dados públicos ou de caráter público*, em razão da necessidade de *preservar o status de seu nome, planejamento empresarial, estratégia de investimento e, em especial, a recuperação de tributos pagos indevidamente, dentre outras*. Consectariamente, estas informações não são de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações, a

²⁸ RE nº 673.707, p. 5.

Receita Federal do Brasil, *mas dizem respeito ao próprio contribuinte.*
(grifos nossos)²⁹

A importância do referido trecho reside no reconhecimento de que as informações pessoais, armazenadas e processadas por outras entidades, – pelo simples fato de possibilitarem a identificação de determinado indivíduo –, podem afetar a sua esfera de direitos e, por isso, merecem a tutela constitucional a partir da garantia do *habeas data*. Isto é, o julgamento acabou por extrair da garantia constitucional do *habeas data* também um direito material à autodeterminação informativa. Daí o título do presente artigo, segundo o qual o *habeas data* e autodeterminação informativa podem ser considerados dois lados da mesma moeda, sendo o primeiro uma garantia processual de proteção das liberdades e da personalidade frente ao tratamento de dados e o segundo o direito material propriamente dito, que protege o indivíduo dos riscos decorrentes desse processamento.

Foi exatamente esse o sentido que se pode extrair do voto do Min. Gilmar Mendes, que viu no referido julgamento o potencial de se desenvolver um direito material a partir da garantia processual expressamente garantida pela CF, ou seja, um direito fundamental à proteção de dados pessoais:

Ao lado disso, temos essa situação específica que diz respeito a um *direito subjetivo material, à proteção de dados* ou à proteção dessa autonomia. Daí, a importância, me parece, deste julgado, que pode ser, talvez, o marco inicial de *uma vitalização do habeas data, numa percepção mais ampla*, na medida em que hoje, para esse julgamento, eu tinha feito um levantamento de vários artigos sobre essa temática, já falando de um *direito fundamental à autodeterminação informativa: Ana Maria Neves de Paiva Navarro, ou do próprio colega e amigo Ricardo Cueva, “Há um direito à autodeterminação informativa no Brasil?”* Em suma, há já uma reflexão, não no campo *procedimental processual, mas também no campo do direito material.*

Como se vê, o acórdão do RE nº 673.707 constitui um ponto de inflexão na jurisprudência constitucional brasileira e consolida um importante passo na interpretação da proteção de dados pessoais como um direito fundamental. Afinal, se a CF prevê o *habeas data* como uma garantia processual à disposição do indivíduo para ter acesso ou corrigir os dados que lhe digam respeito, é lógico supor que há um direito material que suporte essa garantia processual: o direito fundamental

²⁹ RE nº 673.707, p. 6.

à proteção de dados ou a autodeterminação informativa, para usar a terminologia consolidada no direito alemão.

2.4 As informações e os dados pessoais como objeto de proteção constitucional

A partir da evolução da jurisprudência do STF acima analisada e de leitura sistemática dos dispositivos constitucionais, é possível perceber que os dados pessoais são merecedores da tutela constitucional à luz do nosso sistema de proteção dos direitos fundamentais.

Primeiramente, importa analisar o principal dispositivo constitucional que se refere expressamente às informações pessoais (“informações relativas à pessoa do impetrante”), que é o *habeas data*. O inciso LXXII do art. 5º determina o seguinte:

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;

É certo que a doutrina há tempos já descreveu as limitações do *habeas data*, derivadas tanto da sua forma (o fato de constituir uma ação constitucional e não um direito material expresso) quanto de sua origem (instrumento concebido da passagem da ditadura para a democratização).³⁰ No entanto, a despeito dessas limitações, é preciso destacar a modernidade desse instrumento, na medida em que ele reconhece a informação pessoal como um objeto merecedor de proteção constitucional.

Assim, entendemos que é possível, a partir de uma interpretação sistemática da Constituição, fundamentar uma garantia geral de proteção de dados pessoais no sistema de direitos fundamentais: partindo do reconhecimento da proteção da informação pessoal pela ação de *habeas data* e do princípio fundamental da

³⁰ Ver, e.g., Luís Roberto Barroso, que afirma o caráter meramente simbólico do “*habeas data*”. Em: BARROSO, 1998, p. 212.

dignidade humana (art. 1º, III, CF), é possível ampliar a garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada para a proteção de dados pessoais.

Destaca-se que dados e informações são conceitos distintos, porém relacionados. A informação é sempre o resultado de uma ação interpretativa e depende do contexto em que surge e de um observador ou intérprete.³¹ Dados são símbolos ou sinais formais, que existem independente de interpretação e são armazenados em um suporte material.³² A sua relevância jurídica reside no fato de que os dados são bases potenciais de informação; por serem elementos formais, os dados podem ser facilmente armazenados e processados, razão pela qual revelam um alto valor informativo.³³ Um dado pode ser qualificado como pessoal quando informações pessoais puderem ser extraídas a partir dele.³⁴

Dessa forma, infere-se que os dados pessoais se inserem no âmbito de proteção do direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, garantido pelo inciso X do art. 5º da Constituição, interpretado de forma sistemática com o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF) e à luz da garantia do *habeas data* (art. 5º, LXXII). No tópico seguinte, serão delineados traços gerais de como essa proteção opera a partir de um direito à autodeterminação informativa na CF.

3 O direito à autodeterminação informativa na Constituição Federal: embasamento e linhas gerais

Como visto, com o advento da sociedade da informação, surgem importantes desafios para o ordenamento jurídico e os seus intérpretes, especialmente para a proteção da personalidade e da vida privada do indivíduo. Para possibilitar a resposta adequada aos desafios sociais atuais, é fundamental que a teoria do direito se reconstrua e se reinterprete a ponto de compreender e solucionar os novos problemas enfrentados pelo homem na era da informação.³⁵ Assim, é sob a perspectiva de uma compreensão dinâmica da Constituição,³⁶ como um projeto inacabado e sujeito a alterações interpretativas que refletem um processo

³¹ ALBERS, *op. cit.*, p. 87.

³² VESTING, 2008, p. 10-11.

³³ BÄCKER, Grundrechtlicher Informationsschutz gegen Private, p. 93.

³⁴ BÄCKER, *op. cit.*

³⁵ PÉREZ LUÑO, 1996, p. 10.

³⁶ Segundo Peter Häberle, a Constituição institucionaliza experiências e tem como característica principal a sua abertura, isto é, deve deixar espaço para desenvolvimento do espírito humano e de sua história. Assim, a interpretação constitucional deve ser um processo aberto e plural, do qual a toda a sociedade deve poder participar – o que ele denomina de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 1978, p. 123).

de aprendizagem falível, que é preciso interpretar o direito à privacidade na Constituição Federal.³⁷

Já existe uma rica experiência institucional em curso, há mais de duas décadas, que reconhece a evolução do conceito de privacidade, de modo a abarcar a proteção dos dados pessoais do cidadão no nosso ordenamento jurídico, o que pode ser percebido, para além da evolução da jurisprudência do STF mencionada, também a partir de inúmeras leis setoriais que garantem a proteção de dados pessoais – Código de Defesa do Consumidor, Lei do Cadastro Positivo, Lei de Acesso à Informação e Marco Civil da Internet³⁸ – e cujo ápice foi a recente sanção da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018).

A partir dessas experiências e da vivência institucional relacionada à proteção de dados no Brasil, entendemos que hoje é possível se reconhecer um direito fundamental à proteção de dados pessoais, também chamado de autodeterminação informativa, como uma dimensão material do *habeas data* e amparada na inviolabilidade da intimidade e da vida privada e da dignidade humana, nos termos da Constituição.

A partir do art. 5º, X, da Constituição Federal, que garante a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, é possível extrair uma tutela ampla da personalidade e da vida privada do cidadão, nas mais diversas situações em que ele se encontra. Não faria sentido excluir exatamente as situações em que a sua vida privada está sujeita a uma maior violação, como é o caso do processamento de dados pessoais. Afinal, muitas vezes, o tratamento de dados configura, hoje, uma ameaça muito mais grave à intimidade e à vida privada do homem médio do que os perigos “tradicionais”, que ensejaram o nascimento desse direito, como a hipótese de ser flagrado por *paparazzi* ou de ser notícia de jornais sensacionalistas. Assim, se não há dúvidas de que a Constituição Federal protege o homem médio desses riscos, que raramente ocorrem na vida real, não haveria sentido em negar-lhe a proteção constitucional perante os bancos de dados, que constituem um risco constante e diário para todos os cidadãos.

Entendemos que a menção de dois termos pela Constituição Federal, ao prescrever a “inviolabilidade da *intimidade* e da *vida privada*”, não altera os resultados aqui apresentados. Pelo contrário, uma rápida análise de alguns instrumentos internacionais de proteção de dados demonstra que a sua nomenclatura coincide com a da nossa Constituição. Vejamos, por exemplo,

³⁷ Vale destacar que a mudanças de interpretação constitucional, em razão da necessidade de concretização de novos direitos, não acarreta um julgamento negativo sobre a interpretação do passado. Afinal, bom ou ruim somente podem ser julgamentos válidos no âmbito de um mesmo espaço temporal: “O que é bom hoje não faz o que era ontem ruim” (HABERLE, *op. cit.*, p. 89, tradução livre).

³⁸ Para uma análise das leis setoriais sobre proteção de dados no Brasil, cf: MENDES, 2014.

a Convenção 108 do Conselho da Europa – Convenção para a proteção das pessoas, em relação ao tratamento automatizados de dados pessoais, que se refere expressamente à “proteção da vida privada” ao declarar o seu objetivo:

Art. 1.º. Objetivos e finalidades. A presente Convenção destina-se a garantir, no território de cada Parte, a todas as pessoas singulares, seja qual for a sua nacionalidade ou residência, o respeito pelos seus direitos e liberdades fundamentais, e especialmente pelo seu direito à vida privada, face ao tratamento automatizado dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito (‘protecção dos dados’) (grifos nossos).

O mesmo se dá com a Diretiva Europeia 95/46/CE sobre proteção de dados pessoais, que foi substituída pelo Regulamento europeu de Proteção de Dados (Regulamento 2016/679) e cujo art. 1º previa: “Os Estados-membros assegurarão, em conformidade com a presente directiva, a protecção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente do direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais.”

Para além da coincidência do léxico com os modernos instrumentos internacionais de tutela da privacidade, certo é que a proteção da dignidade humana e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada numa sociedade da informação somente pode ser atingida hoje por meio da proteção contra os riscos do processamento de dados pessoais. Assim, quando se interpreta a norma do art. 5º, X, em conjunto com a garantia do *habeas data* e com o princípio fundamental da dignidade humana, é possível extrair-se da Constituição Federal um verdadeiro direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Entendemos que o reconhecimento desse direito fundamental não é apenas uma possibilidade; trata-se de uma necessidade para tornar efetivos os fundamentos e princípios do Estado democrático de direito, na sociedade contemporânea da informação, conforme determina a Constituição Federal.

Uma breve análise comparativa é capaz de demonstrar como esse direito já foi reconhecido, de diferentes formas, pelas jurisdições constitucionais de outros países: na Alemanha, o direito à autodeterminação informativa foi extraído pela Corte Constitucional alemã a partir do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 2.1 da Lei Fundamental) no clássico julgamento da lei do Censo de 1983. mencionado acima;³⁹ em Portugal, a Constituição regulamenta expressamente, em seu art. 35, relativo à “Utilização da Informática” as condições

³⁹ BVerGE 65, 1, Recenseamento (Volkzählung).

de processamento e utilização de dados pessoais; a Constituição espanhola traz, em seu art. 18, a limitação do uso da informática para o pleno exercício dos seus direitos;⁴⁰ por fim, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia prevê, em seu artigo 8º, de forma bastante detalhada, a proteção de dados pessoais como um direito fundamental e prescreve a necessidade do consentimento ou outro fundamento legal para o tratamento de dados pessoais, bem como a necessidade de uma autoridade de supervisão para exercer o controle dessa atividade.⁴¹

Nesse contexto, verifica-se que a Constituição brasileira apresenta dois importantes mecanismos de tutela da personalidade contra o tratamento indevido de dados: o direito material à proteção de dados pessoais, baseado no art. 5º, X, da CF/1988, e a garantia instrumental para a proteção desse direito, consubstanciada na ação do *habeas data* (art. 5º, LXXII, da CF/1988).

A utilização limitada do *habeas data* até hoje pode ser explicada em razão do contexto específico de seu surgimento, vinculado à finalidade de abertura dos arquivos da ditadura,⁴² bem como em razão da interpretação do STF, que estabeleceu requisitos difíceis de serem comprovados pelo impetrante, a partir de uma interpretação restrita do “interesse de agir” e do “esgotamento das vias administrativas”.⁴³

Com o reconhecimento de um direito material de proteção de dados pessoais na Constituição Federal, abrem-se novas possibilidades para o desenvolvimento dessa ação, de modo a permitir um entendimento de sua aplicação compatível com a importância da proteção de dados pessoais na atual sociedade da informação. Sob essa perspectiva, entende-se que as hipóteses previstas no art. 5º, LXXII, da CF/1988 – acesso, retificação e complementação dos dados – são apenas algumas das formas processuais de proteção da privacidade, não esgotando todos os instrumentos constitucionais de tutela. Para a sua maior efetividade, no entanto, seria necessário simplificar os mecanismos de impetração da ação, bem

⁴⁰ “Artículo 18. 4. 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.”

⁴¹ “Artigo 8º. Protecção de dados pessoais. 1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objecto 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 rectificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.”

⁴² MENDES; BRANCO, 2008, p. 543.

⁴³ Essa interpretação restrita pode ser vista no acórdão do STF proferido em recurso em *habeas data* (RHD nº 22/DF), no qual se decidiu, por maioria, pelo desprovimento da ação em razão da falta de interesse de agir. Restaram vencidos o rel. Min. Marco Aurélio, e o Min. Sepúlveda Pertence, que davam provimento ao recurso, ao defender a existência de interesse de agir do impetrante com base na comprovação, nos próprios autos, da contrariedade da autoridade em conceder acesso aos dados pessoais do impetrante.

como modificar a interpretação acerca das condições processuais dessa ação (interesse de agir e esgotamento das vias administrativas).⁴⁴

3.1 Âmbito de proteção

Após a fundamentação desse direito, impende delinear as suas características e dimensões. Primeiramente, destaca-se que o direito fundamental à proteção de dados regula uma ordem de informação e comunicação, que é na sua *essência multidimensional*, na medida em que busca equilibrar os variados interesses de usos e os direitos de proteção, de defesa e de participação do indivíduo nos processos comunicativos.⁴⁵

Objeto de proteção constitucional é o processamento e a utilização dos dados e informações pessoais em geral. A relevância jurídica reside menos nos dados em si, mas no processo de coleta, armazenamento, utilização ou transferência, a partir do qual são extraídas informações pessoais a serem utilizadas em um determinado contexto para determinados fins.⁴⁶ Assim, entra em ação a proteção constitucional se a informação for usada para uma finalidade que cause riscos aos cidadãos, ou para fins considerados ilícitos *a priori* (como é o caso, por exemplo, de bancos de dados criados para fins discriminatórios). Assim, somente uma análise do contexto do uso das informações (ou das hipóteses previstas para a sua utilização), do conteúdo da informação, da finalidade de sua utilização e dos riscos envolvidos para o cidadão pode determinar a legitimidade de uma ação de tratamento de dados ou informações pessoais.⁴⁷

O bem jurídico protegido por esse direito é duplo. Ele visa proteger, por um lado, a integridade moral da pessoa, como componente essencial da dignidade humana, e, por outro, as liberdades em sentido amplo (como a liberdade de comunicação, de trabalho, de locomoção, de informação, entre outras).⁴⁸ Na Alemanha, o entendimento de que o direito à autodeterminação informativa visava exclusivamente à proteção da personalidade foi bastante criticado: hoje há um certo consenso na doutrina alemã de que a proteção de dados pessoais visa tanto à proteção da integridade moral e da personalidade, na dimensão interior do livre desenvolvimento do indivíduo ("*innere Entfaltungsfreiheit*"), como à proteção do direito geral à liberdade e das liberdades específicas, na dimensão exterior do seu

⁴⁴ No mesmo sentido, DALLARI, 1997, p. 77-78.

⁴⁵ TRUTE, *op. cit.*, p. 161.

⁴⁶ ALBERS, *op. cit.*, p. 271.

⁴⁷ ALBERS, *op. cit.*, p. 271.

⁴⁸ BRITZ, 2010, p. 569-574.

livre desenvolvimento (“*äußere Entfaltungsfreiheit*”).⁴⁹ Defendemos que esse é o entendimento mais apropriado, por reconhecer que o processamento de dados pessoais influencia o sistema de direitos fundamentais na sua totalidade.

Para a descrição do conteúdo do direito fundamental à proteção de dados pessoais, podemos nos valer da ampla experiência internacional e nacional examinada, especialmente à luz da garantia processual do *habeas data*, de modo a descrevê-lo como *o direito do indivíduo de que o tratamento de dados pessoais que lhe digam respeito seja objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento do indivíduo ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. A efetivação desse direito depende ainda da fiscalização por uma autoridade independente e que sejam garantidas a pretensão de acesso a esses dados, de retificação e de cancelamento em caso de tratamento ilegal, garantias essas que compõem o instrumento do habeas data.*⁵⁰

O direito fundamental à proteção de dados enseja tanto um direito subjetivo de defesa do indivíduo (dimensão subjetiva), como um dever de proteção estatal (dimensão objetiva).⁵¹ Na dimensão subjetiva, a atribuição de um direito subjetivo ao cidadão acaba por delimitar uma esfera de liberdade individual que não pode sofrer intervenção do poder estatal ou privado. A dimensão objetiva representa a necessidade de concretização e delimitação desse direito por meio da ação estatal, a partir da qual surgem deveres de proteção do Estado para a garantia desse direito nas relações privadas.

3.2 Dimensão subjetiva

Na sua dimensão subjetiva, o direito fundamental à proteção de dados constitui-se como direito subjetivo de defesa, que atribui ao indivíduo um espaço de liberdade e privacidade, não sujeito a intervenções estatais. Assim, em caso de uma violação, o direito subjetivo enseja que a intervenção cesse e em caso de uma provável violação, ele possibilita a tomada de atitudes preventivas para a não ocorrência da violação.⁵²

⁴⁹ Esse argumento foi desenvolvido em: BRITZ, 2010; 2007; e BÄCKER, Grundrechtlicher Informationsschutz gegen Private, p. 91-116.

⁵⁰ BRITZ, 2010, p. 169. É nesse sentido que se pode dizer que o âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais pode ser concebido em uma dupla dimensão: ele consiste, ao mesmo tempo, (i) na proteção do indivíduo contra os riscos que ameaçam a sua personalidade em face da coleta, processamento, utilização e circulação dos dados pessoais e (ii) na atribuição ao indivíduo da garantia de controlar o fluxo de seus dados na sociedade.

⁵¹ GRIMM, *op. cit.*, p. 19-21.

⁵² PIEROTH; SCHLINK, 2005, p. 17.

O controle dos seus dados pessoais pelo indivíduo compõe um aspecto essencial da dimensão subjetiva do direito à proteção de dados pessoais. O conceito geral é o de que, a princípio, o titular dos dados deve ter o controle da coleta, processamento, utilização e circulação dos seus dados pessoais. Afinal, tendo em vista que os dados se referem a ele e influenciam a sua esfera de direitos, somente o titular pode determinar a extensão da circulação de seus dados na sociedade.

É claro que a atribuição de controle sobre os dados pessoais não é absoluta. Esse controle encontra os seus limites, especialmente, no interesse público e em direitos de terceiros. Assim, para determinar os limites dessa autodeterminação, é preciso verificar a necessidade de determinado processamento de dados pessoais para atender a um fim legítimo protegido pelo ordenamento jurídico ou para o cumprimento de direito e interesse dos controladores de dados. Isso pode ser aplicado da seguinte forma: se o processamento de dados for necessário para atender a um direito de terceiro, e este superar o direito à privacidade do indivíduo no caso concreto, feito o exercício da ponderação, é possível limitar-se esse controle.

Assim, percebe-se que a regra é a autodeterminação do titular sobre os dados pessoais, salvo direitos de terceiros ou interesse público predominante, previsto em legislação. Isso enseja a necessidade de autorização legal ou consentimento do titular de dados para que a coleta, o processamento, a utilização ou a circulação de dados pessoais seja considerada legítima.

Além disso, o direito subjetivo à proteção de dados pessoais implica que as restrições legais a esse direito não possam acarretar a sua eliminação, sob pena de vir a ser considerada inconstitucional. Ressalta-se, no entanto, que embora diversas tentativas tenham sido feitas para a descrição do núcleo essencial desse direito, a questão ainda é muito controversa. Embora a Corte Constitucional alemã venha afirmando com frequência a existência de um “núcleo absolutamente protegido” (“*absolut geschützter Kernbereich privater Lebensgestaltung*”⁵³) contra o processamento de dados, que não poderia sofrer nenhuma interferência estatal, a sua concretização tem se mostrado de difícil realização na prática.⁵⁴ De toda forma, seria possível formular a partir do princípio da dignidade humana e da inviolabilidade da intimidade também no direito brasileiro um núcleo fundamental desse direito, à luz do conceito de que nenhum indivíduo deve ser submetido a uma coleta, processamento e circulação de dados pessoais ilimitada.

⁵³ BVerfGE 120, 274, “*Online Durchsuchung*”

⁵⁴ BRITZ, 2010, p. 585.

3.3 Dimensão objetiva

Ao mesmo tempo que o direito fundamental à proteção de dados atribui ao indivíduo um espaço de liberdade, ele retira do Estado objetivamente a possibilidade dessa intervenção, independentemente se o indivíduo exerce ou não o seu direito.⁵⁵ Com essa mudança de perspectiva, percebe-se que os direitos fundamentais possuem também um conteúdo objetivo, para além do seu significado de direito de defesa subjetivo. Ademais, quando a Constituição confere uma proteção aos direitos fundamentais, ela o faz não apenas como proteção do indivíduo, mas também por considerar que determinados valores merecem ser objetivamente protegidos, por serem condição e pressuposto da sociedade democrática.⁵⁶

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais revela a necessidade de concretização desses direitos pelo legislador, que deve estabelecer as condições e os procedimentos de exercício do direito, bem como mecanismos de proteção do bem jurídico nas relações privadas. Da dimensão objetiva extraem-se, assim, direitos à organização e ao procedimento (“*Recht auf Organisation und Verfahren*”⁵⁷) e direitos à proteção (“*Recht auf Schutz*”⁵⁸). Ambos pressupõem a ação positiva do Estado, sem a qual o direito perderia eficácia. No direito fundamental à proteção de dados, sobressaem-se esses dois tipos de ação, como veremos a seguir.

3.3.1 Deveres de regulação: organização e procedimento

A efetividade do direito fundamental à proteção de dados exige não apenas a omissão do Estado, mas também a sua ação para a garantia de procedimentos e de mecanismos para o exercício desse direito. Nesse sentido, esse direito tem uma dimensão positiva bastante acentuada, pois o seu exercício e a sua aplicação pressupõem uma concretização legal específica e detalhada.

Primeiramente, é condição de todo tratamento de dados pessoais a sua completa transparência, sem qual não é possível que o indivíduo conheça quem é o responsável pelo processamento e quais os tipos de dados estão sendo processados. Em segundo lugar, a proteção de dados pessoais depende da garantia de direitos ao titular que possibilitem o efetivo controle da circulação de seus dados pessoais. Isso exige que o titular tenha livre acesso aos seus dados (direito de acesso), possa corrigir dados equivocados e desatualizados

⁵⁵ BRITZ, 2010, p. 20.

⁵⁶ MENDES, 2012, p. 469.

⁵⁷ ALEXY, 1994, p. 428.

⁵⁸ ALEXY, *op. cit.*, p. 410.

(direito de retificação) e que ele possa cancelar dados que foram indevidamente armazenados (direito de cancelamento). Em terceiro lugar, para a garantia desse direito, é fundamental que todo tratamento de dados pessoais respeite o contexto no qual os dados foram coletados. Trata-se do princípio da finalidade, segundo o qual as informações coletadas para uma finalidade não podem ser utilizadas para uma finalidade incompatível com a inicial. A proteção do indivíduo contra a discriminação pelo processamento dos dados pessoais somente pode ser atingida com a proibição ou limitação do armazenamento de informações sensíveis.

Por fim, a efetivação do direito fundamental à proteção de dados depende do controle e fiscalização da atividade de processamento de dados por autoridade administrativa, de modo a complementar um sistema judicial de resolução de conflitos.

3.3.2 Deveres de proteção e eficácia horizontal

O reconhecimento do caráter objetivo dos direitos fundamentais enseja um dever de proteção do Estado (*Schutzpflicht*), direcionado tanto ao Estado-legislador como ao Estado-Juiz.⁵⁹ Assim, compreende-se que o direito é garantido constitucionalmente, e que a sua densificação e conformação dependem da ação estatal.

O primeiro destinatário do dever de proteção derivado do direito à proteção de dados pessoais é o legislador, que tem a obrigação constitucional de estabelecer a arquitetura institucional adequada para a proteção da personalidade do cidadão contra os riscos decorrentes do processamento de dados pessoais pelo setor público e privado.

O segundo destinatário do dever de proteção é o poder judiciário, que na ausência ou insuficiência da ação do legislador deve assegurar a proteção devida a partir das normas já existentes.⁶⁰ É possível se compreender também o poder executivo como um destinatário desse dever de proteção, na medida em que esse dispõe de estruturas administrativas e de controle, aptas a fazer valer essa proteção constitucional.

Como afirma Gilmar Mendes, “Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção, expressando também um postulado de proteção. Haveria, assim, para utilizar a expressão de Canaris, não apenas a proibição do

⁵⁹ GRIMM, *op. cit.*, p. 21.

⁶⁰ GRIMM, *op. cit.*, p. 21

excesso, mas também a proibição de proteção insuficiente.”⁶¹ Nesse sentido, configura-se a violação ao direito fundamental não apenas com a indevida intervenção do Estado na esfera privada, mas principalmente, com a não atuação ou atuação insuficiente estatal para garantir a proteção do cidadão contra os riscos à personalidade causados pelo tratamento de dados pessoais.

Deve-se ressaltar que, embora a dimensão de controle pelo próprio indivíduo dos dados pessoais seja de extrema relevância no âmbito do exercício do direito à proteção de dados, é preciso se levar em conta que nem sempre o indivíduo está em posição de tomar uma decisão autônoma e livre acerca do fluxo de seus dados pessoais na sociedade. Afinal, como afirma Hoffmann-Riem, há contextos em que se dá uma completa perda de controle (*Kontrollverlust*) por parte do indivíduo em relação à circulação de seus dados:

Na utilização das modernas infraestruturas de comunicação, os afetados não conhecem, na maioria das vezes, o que acontece com os seus dados, quais as possibilidades de interconexão existentes na Internet e na Intranet, que chances e riscos estão relacionados a isso e que consequências futuras isso terá – como se sabe, a internet não esquece. A dimensão do problema também é caracterizada pelo fato de que o conhecimento acerca das possibilidades de uso e abuso por terceiros é limitado, assim como o conhecimento acerca de como o indivíduo pode se proteger.⁶²

Vê-se, portanto, que tal perda de controle aumenta a necessidade de proteção estatal. Assim, é possível extrair-se do direito fundamental à proteção de dados um dever de proteção estatal em relação ao consentimento aparente do indivíduo que autoriza o tratamento dos dados pessoais.⁶³ Esse dever de proteção adquire ainda mais relevância em contextos de desequilíbrio de poder entre as partes, nos quais a livre autodeterminação é ainda mais improvável, como ocorre nas relações trabalhistas ou de consumo.

No que diz respeito à sua eficácia, pode-se afirmar que o direito fundamental à proteção de dados tem eficácia horizontal, aplicando-se também às relações privadas.⁶⁴ Isso pode ser demonstrado pela redação do dispositivo constitucional

⁶¹ MENDES, 2012, p. 477.

⁶² HOFFMANN-RIEM, 2009, p. 524.

⁶³ BRITZ, 2010, p. 591.

⁶⁴ Não desconhecemos a complexa discussão em torno da aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas. Conforme afirma Claus-Wilhelm Canaris, a relação entre a Constituição e o direito privado representa uma verdadeira “problemática do século” (CANARIS, 2006, p. 20). O debate na Alemanha centrou-se majoritariamente na discussão acerca da aplicação desses direitos às relações privadas e se

que prevê a ação de *habeas data*: “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” (art. 5º, LXXII, da CF/1988). Nesse sentido, resta clara a determinação constitucional de que tanto os bancos de dados estatais como os bancos públicos estão sujeitos à obrigação prevista no *habeas data*. Tendo em vista tratar-se de direito à personalidade, já que os dados armazenados representam a pessoa na sociedade, qualquer banco ou registro de dados pessoais deve ser entendido como público, independentemente de ser gerido por organismo privado ou estatal.⁶⁵ À luz desse conceito, só não é público o cadastro utilizado por pessoas físicas exclusivamente para atividades pessoais ou domésticas, por exemplo, correspondência ou listas privadas de endereços.⁶⁶ Essa eficácia horizontal pode ser demonstrada também pela sua posterior concretização no art. 43 do CDC, que determina que os bancos de dados de consumo sejam considerados públicos.

O reconhecimento da eficácia horizontal é essencial para a proteção da personalidade em uma economia da informação pessoal, na qual a informação tem um papel tão importante para uma empresa quanto a força de trabalho e o capital. Como afirma Hoffmann-Riem, “se George Orwell fosse reescrever ‘1984’ sob as atuais circunstâncias, provavelmente ele iria descrever um cenário de ameaças do setor privado e da economia”.⁶⁷ Como visto, para se atingir a personalização da produção e do *marketing* e a diminuição dos riscos dos negócios, o setor privado

tal aplicação dar-se-ia de forma indireta, por meio de cláusulas gerais do direito privado, ou direta, sem qualquer mediação de conceitos de direito privado. Os defensores de um efeito mediato dos direitos fundamentais afirmam que o sistema de valores da Constituição influencia o direito civil, por meio de uma irradiação realizada pelas cláusulas gerais de direito privado, entendidas como “pontos de penetração” dos direitos fundamentais no direito civil. Assim, essa corrente entende que a liberdade e a igualdade são melhor preservadas quando os direitos fundamentais não são utilizados para resolver em concreto os litígios do direito civil, mas funcionam como parâmetros de influência e irradiação. Por outro lado, a favor de um efeito imediato para terceiros, argumenta-se que os direitos fundamentais são a base de toda a sociedade humana (Art. 1, Nr.2 GG) e que a transformação do Estado de Direito de liberal para social demonstrou que as ameaças à liberdade também podem partir das forças sociais, tais como empresas e organizações de classe, entre outros (PIEROTH; SCHLINK, 2005, p. 44-45). Stefan Grundmann afirmou, no entanto, que apesar do intenso debate e dos entendimentos doutrinários divergentes, é difícil verificar uma diferença real entre ambos os entendimentos. (GRUNDMANN, 2008, p. 7) Não aprofundaremos aqui essa ampla discussão sobre a aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, pois entendemos que a Constituição Federal já estabeleceu essa eficácia de forma expressa em relação ao *habeas data*.

⁶⁵ SILVA, 2011, p. 457-458.

⁶⁶ Esse é o entendimento que nos parece mais adequado em face da efetividade do direito à privacidade numa sociedade da informação. Essa interpretação também pode ser depreendida do art. 3º, 2, da Diretiva Europeia 95/46/CE de proteção de dados pessoais: “Art. 3º. 2. A presente directiva não se aplica ao tratamento de dados pessoais: [...] – Efectuado por uma pessoa singular no exercício de actividades exclusivamente pessoais ou domésticas”.

⁶⁷ HOFFMANN-RIEM, 1998 (123), p. 508, tradução livre.

armazena e processa de grande quantidade de informação quase cotidiana dos consumidores e de seus hábitos de consumo, ampliando as ameaças à violação da personalidade do consumidor.

Vale ressaltar uma importante decisão do Tribunal Constitucional alemão sobre os efeitos nas relações privadas do direito à autodeterminação informativa. Tratou-se no caso da questão sobre se a pessoa interdita está obrigada no contexto de um contrato de aluguel a revelar sua interdição.⁶⁸ O Tribunal de Justiça de Regensburg decidira o seguinte: pelo fato de o locatário ocultar sua interdição perante o locador, o locador é maliciosamente enganado, tendo, portanto, direito à rescisão do contrato (art. 564b §1 do Código Civil alemão). Contra esta decisão impetrou o locatário recurso junto ao Tribunal Constitucional com a fundamentação de que seu direito à autodeterminação constitucional seria violado, porque o Tribunal de Justiça não teria tido considerado de forma suficiente o seu interesse quanto ao sigilo da sua interdição. O Tribunal Constitucional considerou o recurso como fundamentado, destacando a dimensão objetiva do direito geral à personalidade, no qual este direito também se desenvolve nas relações de Direito Privado e influencia a interpretação das normas de Direito Privado. O Tribunal reforçou as consequências desvantajosas para a pessoa que teria que revelar sua interdição: seriam de se temer, sobretudo, uma rotulação social e a impossibilidade de se alugar uma moradia.

Tal decisão do Tribunal Constitucional Federal é de grande relevância, primeiramente porque o Tribunal afirma a eficácia do direito à autodeterminação informativa no âmbito das relações entre particulares ao aplicar este direito como norma objetiva em um litígio entre particulares. Em segundo lugar, porque o Tribunal Constitucional avalia as necessidades de proteção no caso de consentimento aparente devido a desequilíbrios de poder não apenas pelo critério da autonomia privada, mas também no tocante ao direito à autodeterminação informativa, ou seja, pela abordagem do direito da personalidade. Por conseguinte, da dimensão objetiva do direito à autodeterminação informativa decorre não apenas um dever de proteção contra a tomada de conhecimento por terceiros não autorizada, mas também um dever de proteção contra o consentimento meramente aparente quanto ao tratamento de dados. Dos deveres de proteção em razão do direito à autodeterminação informativa resulta, assim, uma supervisão judicial específica de deveres contratuais de tratamento de dados.

⁶⁸ BVerfGE 84, 192, Interdição.

3.4 Limites do direito fundamental à proteção de dados pessoais

Faz-se importante destacar que o direito fundamental à proteção de dados não é um direito absoluto, podendo ser limitado, em razão da aplicação de outro direito fundamental ou preceito constitucional, aplicável ao caso concreto. Isso pode ocorrer, na medida em que a informação representa um recorte da realidade social, da qual o próprio indivíduo faz parte e é interdependente. Conforme afirma Alan Westin:

O desejo do indivíduo por privacidade nunca é absoluto, uma vez que a participação em sociedade é igualmente importante. Assim, cada indivíduo está continuamente envolvido em um processo pessoal de equilíbrio entre o desejo de privacidade e o desejo de exposição e comunicação com os outros, à luz de condições do ambiente e de normas sociais na sociedade em que vive.⁶⁹

Crítérios importantes para a limitação da privacidade podem ser encontrados na decisão da Corte constitucional alemã que consolidou o conceito de autodeterminação informativa. No julgamento, decidiu-se que limitações à autodeterminação informativa somente podem ocorrer em razão de um interesse geral predominante, previsto em lei.⁷⁰ Para tanto, faz-se necessário uma base legal, que esteja em conformidade com a Constituição e que atenda aos pressupostos da clareza normativa. Ademais, para a constitucionalidade da limitação, o legislador deve atender ao princípio da proporcionalidade e estabelecer medidas organizatórias e preventivas, de modo a proteger o indivíduo contra os riscos à violação da sua personalidade.⁷¹

No caso de uma intervenção ainda mais grave aos direitos da personalidade, como é o caso do monitoramento da navegação na internet do usuário, no âmbito de uma investigação policial, a Corte Constitucional alemã reconheceu a existência de um “direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas informáticos” (“*Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme*”).⁷² Este direito exige que qualquer monitoramento policial da navegação da internet do usuário somente possa ser realizado se houver uma base legal específica, uma autorização judicial e

⁶⁹ WESTIN, 1970, p. 7, tradução livre.

⁷⁰ BVerfGE 65, 1, *Volkszählung*.

⁷¹ BVerfGE 65, 1, *Volkszählung*.

⁷² BVerfGE 120, 274, *Online Durchsuchung*.

a identificação de um perigo concreto a um bem jurídico fundamental, como a vida e a liberdade individuais ou a segurança da coletividade. Em todo caso, mesmo quando atendidos esses requisitos, em nenhuma hipótese pode o monitoramento policial violar o núcleo da intimidade e das formas de vida privada do indivíduo (“*absolut geschützter Kernbereich privater Lebensgestaltung*”).⁷³

Extrai-se, assim, como princípio básico para a limitação do direito à proteção de dados pessoais, que quanto mais grave for a violação ao direito à privacidade do indivíduo, maiores devem ser os requisitos para a intervenção nesse direito e mais específica deve ser a lei que prevê essa intervenção. Essa regra, deduzida do princípio da proporcionalidade, está presente também no inciso XII, do art. 5º da Constituição Federal, que exige a reserva legal qualificada⁷⁴ para a intervenção na garantia de sigilo das comunicações, ao prescrever o requisito “da ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Do exposto, extrai-se que o direito fundamental à proteção de dados pessoais pode sofrer limitações. Estas, porém, devem ser estabelecidas na legislação e têm de ser precedidas por requisitos de intervenção proporcionais à gravidade da intervenção, além do estabelecimento de medidas de segurança e de organização para a proteção desse direito.

Como se percebe, as limitações do direito fundamental à proteção de dados podem se confundir com a própria delimitação do seu âmbito de proteção, tendo em vista a natureza desse direito, que pode ser entendido como um direito em que há necessidade de conformação jurídica. Nas palavras de Schlink,

São necessárias tais conformações e concretizações nos chamados âmbitos de proteção marcados pelo direito ou pelas normas. Nesses âmbitos, o particular está em condições de fazer uso dos direitos fundamentais, não já pela sua natureza nem pela sua natureza social, mas apenas pela ordem jurídica.⁷⁵ (grifos nossos)

4 Conclusão

Do exposto, percebe-se que a relevância constitucional do processamento e da utilização de informação dá-se, portanto, a partir dos seguintes elementos:

⁷³ BVerfGE 120, 274, *Online Durchsuchung*.

⁷⁴ MENDES, 2012, p. 234-235.

⁷⁵ PIEROTH; SCHLINK, 2005, p. 118. Os autores exemplificam como direitos cujo âmbito de proteção dependem de conformação jurídica o direito à propriedade e o direito sucessório, em que, a exemplo da autodeterminação informativa, a conformação da proteção pode se confundir com a limitação do direito.

a) a dependência dos indivíduos em relação à infraestrutura de comunicação e informação; b) os riscos individuais que o processamento e a utilização de informação podem causar; c) a influência do processamento e da utilização de informações no sistema de direitos fundamentais como um todo; e d) a ineficácia de um sistema de proteção *ex post*, baseado meramente na reparação de danos.

Nesse sentido, o presente artigo buscou demonstrar a possibilidade da releitura das garantias constitucionais, de modo a se extrair um direito à autodeterminação informativa da ordem constitucional brasileira. Compreendeu-se que quando a CF estabeleceu o *habeas data* como uma garantia processual para que o indivíduo possa ter acesso ou corrigir os dados que lhe digam respeito, ela estabeleceu também, ainda que implicitamente, um direito material que suporte essa garantia processual.

Esta exposição preliminar das características do direito fundamental não tem a pretensão de exaurir o tema. Seu papel é apenas de explicitar a suficiência do fundamento constitucional para este direito fundamental e possibilitar futuros desenvolvimentos dogmáticos a respeito.

Information Self-Determination and *Habeas Data*: Two Sides of the Same Coin?

Abstract: With the sanction of the General Data Protection Act in Brazil (Law 13.709/2018), it is important to discuss what protection the Brazilian Constitution assigns to personal data. If on one hand, the Act is essential to guarantee citizens' self-determination related to their data processing, on the other hand, it will not be sufficient to protect the individual against violations committed by the legislator itself. This study intends to analyze the protection that the Federal Constitution of 1988 confers to personal data and, consequently, to the personality of Brazilian citizens against the risks associated with electronic data processing in the information society. Our analysis will be carried out in 3 (three) steps: i) how the right to information self-determination was developed by the German Constitutional Court; ii) what was the recent evolution of the case law of the Brazilian Federal Supreme Tribunal's; and iii) the possibility to extract from the Brazilian Constitution a fundamental right to data protection, as well as the outlines of this right in Brazilian legal order.

Keywords: Fundamental Rights. Constitution. General Data Protection Act. Information Self-Determination.

Summary: **1** Introduction – **2** The development of the right to informational self-determination by the German Constitutional Court – **3** The constitutional protection of personal data in the Brazilian 1988 Constitution – **4** The right to informational self-determination in the Brazilian Constitution: grounds and general guidelines – **5** Conclusion – **6** Bibliographical References

Referências

ALBERS, Marion. *Informationelle Selbstbestimmung*. Baden-Baden: Nomos, 2005.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Suhrkamp, 1994.

- BÄCKER, Matthias. Grundrechtlicher Informationsschutz gegen Private. *Der Staat*, v. 51, n. 1.
- BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: *habeas data*, direitos constitucionais e provas ilícitas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Habeas Data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- BRITZ, Gabriele. *Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.
- _____. Informationelle Selbstbestimmung zwischen rechtswissenschaftlicher Grundsatzkritik und Beharren des Bundesverfassungsgerichts. In: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (Org.), *Offene Rechtswissenschaft. Ausgewählte Schriften und begleitende Analysen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e Direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. El *Habeas data* en Brasil. *Ius et Praxis*, v. 3, n. 1, 1997.
- DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- EIFERT, Martin. Frei Persönlichkeitsentfaltung in sozialen Netzen – Rechtlicher Schutz von Voraussetzungen und gegen Gefährdungen der Persönlichkeitsentfaltung in Web 2.0.” In: BIEBER, Christoph et al. *Soziale Netzwerke in der digitalen Welt. Das Internet zwischen egalitärer Teilhabe und ökonomischer Macht*. Frankfurt: Campus Verlag, 2009.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 1, out. 1992.
- GELLERT, Raphaël et al. A Comparative Analysis of Anti-Discrimination and Data Protection Legislations. *Discrimination and Privacy in the Information Society – Data Mining and Profiling in Large Databases*. Berlin: Springer, 2013.
- GRIMM, Dieter. Persönlichkeitsschutz im Verfassungsrecht. *Karlsruher Forum 1996. Schutz der Persönlichkeit. Mit Vorträgen von Dieter Grimm und Peter Scherdtner*. Karlsruhe: Versicherungswirtschaft, 1997.
- GRUNDMANN, Stefan (Org.). *Constitutional values and european contract law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, Wolters Kluwer, 2008.
- HABERLE, Peter. *Verfassung als öffentlicher Prozeß: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Berlin: Duncker & Humblot, 1978.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. “Datenschutz als Schutz eines diffusen Interesses in der Risikogesellschaft”. In: REICH, Norbert. Et al. *Law and diffuse interests in the European legal order: liber amicorum Norbert Reich*. Baden-Baden: Nomos, 1997.
- _____. Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft - auf dem Wege zu einem neuen Konzept des Datenschutzes. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 123, 1998.
- _____. Grundrechts- und Funktionsschutz für elektronisch vernetzte Kommunikation. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 134, 2009.
- LEONARDI, Marcel. *Tutela e Privacidade na Internet*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Manual de Informática e Derecho*. Barcelona: Ariel, 1996.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrechte II*. Heidelberg: Müller Verlag, 2005.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TRUTE, Hans-Heinrich. Verfassungsrechtliche Grundlagen. In: ROßNAGEL (Org.). *Handbuch des Datenschutzrechts*, München, Beck, 2003.

VESTING, Thomas. §20 Die Bedeutung von Information und Kommunikation für die verwaltungsrechtliche Systembildung. In: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang et al, *Grundlagen des Verwaltungsrecht, Band II*, München: Beck, 2008.

WESTIN, Alan. *Privacy and freedom*. New York: Atheneum, 1970.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda*. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018.

Recebido em: 25.10.2018

Pareceres: 05.11.2018, 05.11.2018, 07.12.2018

Aprovado em: 07.12.2018