

DIREITO CONSTITUCIONAL

A INFORMÁTICA E A PROTEÇÃO À INTIMIDADE

Têmis Limberger^(*)

1. INTRODUÇÃO:

A história da humanidade experimentou importantes transformações devido a alguns descobrimentos que permitiram o desenvolvimento da civilização. A primeira é a escrita, que propiciou que as pessoas se comunicassem não somente de uma forma oral, mas gráfica. E, ainda, a informação que poderia ser levada a distintos locais e também guardada para futuras gerações.

Vale ressaltar a importante conquista que foi o descobrimento da máquina a vapor, que proporcionou o nascimento da indústria, do trem e da eletricidade. Posteriormente, com a redução dos custos dos livros e da imprensa, tal fez com que a informação se popularizasse.

Neste aspecto, o acesso das pessoas à informática representa um grande avanço, pois não é somente uma máquina com seu aspecto tecnológico de última geração. Traz consigo a possibilidade de transmitir a informação de uma forma muito

* Promotora de Justiça RS, Mestre pela UFRGS e Doutoranda pela Universidade Pompeu Fabra, em Barcelona. Professora de Direito Constitucional na PUC/RS, da FESMP e membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.

Texto parcial da pesquisa desenvolvida pela autora para tese de doutoramento.

mais célere e cada vez se torna mais acessível às pessoas, devido ao tamanho menor dos computadores e a diminuição do preço.

A informática não representa somente uma inovação tecnológica, mas um fator que permite acelerar e impulsionar muitas outras descobertas. A diferença ocorre, ademais, porque o computador não está isolado, porém em rede, em conexão com outros equipamentos. Isso faz com que a informação saia de um âmbito restrito e seja transmitida globalmente e com uma velocidade ímpar, combinando os fatores tempo e espaço.

A Internet, a diferença da eletricidade, não transmite uma corrente inerte, senão informação, significa dizer poder¹, através de uma linha telefônica. Isto é como uma moeda com duas faces. A primeira é uma vantagem, propicia que a informática armazene o conhecimento e o transmita de uma maneira rápida. A outra, um risco, pois os direitos podem ser violados. Essa possibilidade exige uma intervenção do poder público como forma de proteção ao cidadão.

Os meios de comunicação de massa, como o rádio, o cinema, a televisão e os computadores, integram nossa vida cotidiana e caracterizam a nossa sociedade atual². Aí se encontra o direito à informação, previsto na Constituição Espanhola, em seu art. 20.1."d"³, que possui duplo aspecto: de informar e ser informado. O progresso tecnológico e o direito à informação conferem novos aspectos à intimidade.

¹ Simon Nora y Alain Minc, *Informe Nora-Minc - La informatización de la sociedad*, Colección Popular, Madrid, 1ª reimpresión de 1ª ed. en español, 1982, p. 18.

² Vittorio Frosini, *Cibernética, Derecho y sociedad*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 173.

³ " Art. 20. 1. São reconhecidos e protegidos os direitos:

...

d) A comunicar ou receber livremente informação verdadeira por qualquer meio de difusão. (...)"

O direito à informação encontra limites, às vezes, em alguns direitos fundamentais, entre eles à intimidade ou ao contrário. Nos casos concretos se faz um cotejo entre os interesses públicos e privados, a fim de determinar o preponderante.

Estando os computadores presentes na vida quotidiana das pessoas, é natural que isto traga implicações no mundo jurídico em muitos aspectos. As transformações fáticas na sociedade, implicam no desenvolvimento ou criação de novos direitos⁴.

A Constituição Espanhola, em seu art. 18.4, preocupou-se com a proteção da honra e da intimidade frente ao fenômeno da informática, dispondo: “a lei limitará o uso da informática para garantir a honra e a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos no pleno exercício de seus direitos”. A partir da

⁴ O direito muda de conteúdo, conforme os novos tempos. O próprio conceito de liberdade não é o mesmo em todas as épocas. A liberdade dos antigos é diferente da liberdade dos modernos, conforme Benjamin Constant. Para o autor há duas classes de liberdade. Esta liberdade que conhecemos, hodiernamente, surge com a Revolução Francesa e está relacionada à idéia de governo representativo. Atualmente, o direito de estar somente submetido às leis. Nos povos antigos, o indivíduo era soberano nos assuntos públicos e um escravo nas questões privadas. Modernamente, ao contrário, o indivíduo é independente em sua vida privada, não é um soberano mais que em aparência nos assuntos públicos, inclusive nos Estados mais livres. Para Constant, o objetivo dos antigos era a repartição do poder social entre os cidadãos de uma mesma pátria e a isso chamavam de liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança nos assuntos privados e denominam liberdade às garantias concedidas pelas instituições a estes, consoante Benjamin Constant, *Escritos Políticos*, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, CEC, Madrid, 1989, pp. 257-285.

Sartori sustenta a ausência de diferença entre a esfera pública e privada para os povos antigos. O conceito de liberdade, na época dos gregos e romanos, era um conceito político. O conceito de liberdade que conhecemos hoje é associado à idéia de de democracia no Estado Liberal, conforme Giovanni Sartori, *Teoría de la Democracia*, vol. II, 1ª reimpr., 1ª ed., Madrid, 1997, cap. X, pp. 343-65.

Constituição de 1978, esta proteção possui *status* constitucional. Tal confere uma proteção jurídica maior, pois se trata de direito fundamental, que garante a interposição do recurso de amparo⁵.

No direito à intimidade se pode visualizar duplo aspecto⁶. O direito à intimidade evoluiu de uma aspecto negativo a um positivo. Surgiu como o direito a não ser incomodado, até se configurar como um direito a exigir prestações concretas das entidades públicas. A evolução da intimidade acompanha as mudanças históricas do Estado. No Estado Liberal, o indivíduo somente assegura proteção de sua intimidade contra atos exteriores. Na fase do Estado Social, com características intervencionistas, o indivíduo pode exigir providências do poder público. No âmbito da informática, o conhecimento do

⁵ O recurso de amparo é uma ação processual prevista para proteger os direitos fundamentais considerados mais importantes, que estão previstos nos arts. 14 a 30, da CE. Exemplificativamente: direito à igualdade; direito à vida e à integridade física e mental; liberdade ideológica, religiosa e de culto; à honra, à intimidade e a própria imagem. No art. 18.4, CE, especificamente se encontra a limitação ao uso da informática para garantir a honra e a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício dos direitos políticos.

O recurso de amparo é interposto perante o Tribunal Constitucional (a quem incumbe a guarda da Constituição). São legitimados para a interposição do recurso: o próprio cidadão que tiver seu direito fundamental lesado, art. 53.2, CE, o Defensor do Povo e o Ministério Público, conforme art. 46.1, "a", da Lei Orgânica nº 2/79, do TC. Caberá a alegação de violação a direito fundamental ao TC, incidentalmente, quando se tratar de recurso interposto em razão de ato judicial omissivo.

Para aprofundar a questão sobre as hipóteses de cabimento de recurso de amparo, veja-se: Francisco Caamaño Domínguez [et al.], *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 121/40.

⁶ A propósito da liberdade positiva e negativa, Isaiah Berlín, "Dos conceptos de libertad", in *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1988, pp. 187-243.

cidadão com relação ao conteúdo dos bancos de dados, tanto na fase da coleta, quanto no armazenamento dos dados, relativos ao indivíduo. Desta maneira, o *Habeas Data* representa uma nova versão do *Habeas Corpus Act*, na proteção jurídica do cidadão com relação ao fenômeno informático.

O direito à intimidade e a informática, apresentam dois âmbitos: um negativo e um positivo. O primeiro se caracteriza com relação ao resguardo geral de dados. O segundo, pelo direito de acesso e a possibilidade de ser esquecido⁷.

2. A PRIVACIDADE E SUA CRIAÇÃO DOUTRINÁRIA NOS EUA:

O direito à intimidade, *the right to privacy*⁸, surgiu por criação doutrinária de Samuel Warren y Louis D. Brandeis, sendo que este posteriormente se tornou juiz da Suprema Corte. O Senador Samuel Warren considerou que os jornais de Boston haviam exagerado ao divulgar notícias reservadas sobre o matrimônio de sua filha. Warren pediu ajuda ao jurista Brandeis, a fim de verificar se o *common law* oferecia uma norma para proteger a intimidade do cidadão. A partir da análise dos precedentes se construiu um direito à *privacy*, a partir dos casos de propriedade (*property*), quebras de confiança (brech of confidence), violação de direitos autorais (*copyright*) e também, os casos de difamação (*defamation*).

⁷ Sobre o direito a ser esquecido, Giovanni B. Ferry, "Privacy e libertà informatica", in *Banche dati telematica e diritto della persona*, Quaderni di diritto comparato, Cedam, Padova, 1984, p. 51.

⁸ Samuel Warren y Louis Brandeis, *Privacy*, *Harvard Law Review*, vol. 4, nº 5, pp. 193/219, 15/12/1890. O motivo que estimulou Warren a escrever foram as intromissões escandalosas dos jornais de Boston em sua vida familiar. Para a tarefa de escrever convidou a Brandeis. O direito a que nos deixem em paz, oriundo da expressão inglesa *the right to be let alone*, surge com a difusão do jornalismo e a possibilidade de interferir na vida privada.

A conclusão a que chegaram foi de que, através do direito à *privacy* era possível obter uma proteção jurídica, também, no caso de que a interferência na vida privada se produzisse por meio da imprensa.

Warren e Brandeis⁹ conseguiram três anos após a publicação do artigo, que o Tribunal da Georgia, utilizasse pela primeira vez a expressão. Posteriormente, em 1965 a Suprema Corte Americana declarou que o direito à intimidade está implicitamente previsto na Constituição, conferindo-lhe uma grande dimensão.

Em 1960, Willian Prosser¹⁰ propõe uma sistematização do conceito da *privacy*, que até então havia se desenvolvido através dos casos concretos. Estes representam quatro situações diferentes, protegidas pela *Common Law*, nos EUA: a) a intromissão na solidão da vida privada de uma pessoa ou em seus assuntos privados; b) a divulgação de fatos embaraçosos que afetem à pessoa; c) publicidade que poderia desprestigiar a pessoa perante a opinião pública; d) apropriação (com vantagem para a outra parte) do nome ou do aspecto físico do litigante.

O direito norte-americano apresenta quatro aspectos de proteção à privacidade. O primeiro, consiste em que não haja intromissão no círculo íntimo de uma pessoa, por meio de uma conduta ofensiva ou molesta. A segunda, diz respeito à divulgação de fatos privados, que se noticiam ao público, pertencentes ao círculo íntimo das pessoas. Inclui-se o direito ao esquecimento, que seriam os fatos verdadeiros, que devido à passagem do tempo ou alguma mudança na vida da pessoa,

⁹ Conforme Fernando Herrero-Tejedor, *Honor, Intimidad y propia imagen*, 2ª ed., Colex, Madrid, 1994, p. 39.

¹⁰ Willian L. Prosser, *Privacy, California Law Review*, vol. XLVIII, *University of California*, nº 48, *Berkeley, California*, 1960, pp. 383-423.

já haviam deixado de ser conhecidos. Sua divulgação atenta ao direito à intimidade. Em terceiro, a apresentação ao público de circunstâncias pessoais íntimas revestidas de uma falsa aparência - *false public eye*. No caso de divulgar fatos relacionados a uma pessoa, com considerações deformadas ou equivocadas. Por último, a apropriação em benefício próprio, do nome ou da imagem de outra pessoa.

3. A IMPORTÂNCIA DO DIREITO À INTIMIDADE FRENTE À INFORMÁTICA E SEU ASPECTO COMERCIAL:

A necessidade de proteger o cidadão juridicamente se origina em que os dados possuem um valor econômico, pela possibilidade de sua comercialização. Diante das novas técnicas da informática, a intimidade adquire outro conteúdo. Visa-se resguardar o cidadão com relação aos dados informatizados. Um arquivo informatizado pode guardar um número quase ilimitado de informações. Assim, o indivíduo que confia seus dados deve contar com a tutela jurídica para que sejam utilizados corretamente, quer se trate de um organismo público ou privado.

Os dados traduzem aspectos da personalidade, reveladores do comportamento e preferências, permitem até traçar contornos psicológicos. Desta maneira, pode-se detectar hábitos de consumo que têm importância para a propaganda e o comércio. Através desses, é possível produzir uma imagem total e pormenorizada da pessoa a que se denominaria perfil da personalidade; inclusive na esfera da intimidade, convertendo-se no denominado “homem de cristal”¹¹.

¹¹ Denominação utilizada na Sentença de 15/12/83, do Tribunal Constitucional Alemão, Boletín de Jurisprudencia Constitucional, nº 33, enero de 1984, p. 137, que se trabalhará no item nº 6.

As novas tecnologias convertem a informação em uma riqueza fundamental da sociedade. As tecnologias interativas criam uma nova mercadoria. Frequentemente são captados dados em programas interativos, em que o sujeito os fornece de uma maneira súbita e espontânea. Conseqüentemente, depois que são armazenados, o indivíduo esquece que os proporcionou. É significativo que cada vez com maior frequência, sejam realizadas sondagens de opinião e perfis de consumo. Por isto, é um desafio oferecer proteção à intimidade frente a esses serviços.

Os meios de comunicação interativos modificam a capacidade de obter os dados, instituindo uma comunicação eletrônica contínua e direta entre os gestores dos serviços e os seus destinatários. Para tanto, é possível não somente um controle do comportamento dos indivíduos, como um conhecimento mais estreito de seus costumes, interesses e gostos. Daí deriva a possibilidade de toda uma série de emprego dos dados colhidos.

A sofisticação dos serviços oferecidos é proporcional à quota de informação pessoal que o indivíduo deixa nas mãos do provedor. Desta maneira, são realizados perfis individuais e coletivos dos usuários. Um fator que dificulta, igualmente, é que quanto maior é a extensão da rede dos serviços, mais crescem as possibilidades de interconexão entre os arquivos ou banco de dados e a disseminação internacional da informação obtida.

A função da intimidade no âmbito informático, não é apenas proteger a esfera privada da personalidade, propiciando que o indivíduo não seja incomodado, por meio da má utilização de seus dados. Se pretende evitar, outrossim, que o cidadão seja transformado somente em números, tratado como se fosse uma mercadoria, esquecendo-se de seus aspectos subjetivos.

4. OS DADOS INFORMATIZADOS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE:

Uma das características que diferencia o direito das demais áreas do conhecimento é que as declarações quando se registram vinculam aos demais. Não é mais possível promover alterações tão livremente. O dado está “posto”¹²; nas hipóteses em que a informação é guardada no arquivo de um computador. Quando se elaboram as leis, no plano normativo significa que são fruto de uma exigência social e como tal são dotadas de um conteúdo genérico e com força de sanção. Desta maneira, os critérios de identificação da pessoa devem ser respeitados. A finalidade da ordem jurídica é defender os direitos do indivíduo, aqueles que tutelam a identidade de sua personalidade.

A construção jurídica da identidade pessoal acompanha o desenvolvimento dos direitos surgidos a partir da Revolução Francesa, até nossos dias. Os direitos como portadores de valores. O indivíduo recebe proteção jurídica no âmbito singular e coletivo. A lei não garante a intimidade no sentido ideal, mas real.

Desta maneira, com as cautelas especiais com relação aos dados sensíveis¹³, seja quando são obtidos ou guardados (questão atinente à sua segurança). Objetiva-se que os mesmos não sejam utilizados para outra finalidade ou de modo equivocado.

O dado pessoal é uma informação que permite identificar uma pessoa de maneira direta. O dado sensível tenta prevenir

¹² Em uma analogia ao pensamento de Kelsen, direito posto pelo Estado. Assim como a norma mais elevada tem de estar pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar em uma norma ainda mais elevada, conforme Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 1985, p. 207.

¹³ Os dados sensíveis são aqueles que por sua importância a lei confere especial proteção. São referentes a liberdade ideológica, religiosa e culto, estão previstos no art. 16.1, CE, não sendo a pessoa obrigada a declará-los (art. 16.2, CE).

ou eliminar discriminações. Poderia-se afirmar que é uma nova leitura do Princípio da Igualdade¹⁴. Pretende-se que os dados guardados não sirvam para prejudicar as pessoas.

Os dados de caráter pessoal contém informação das pessoas físicas que permitem sua identificação no momento ou *a posteriori*. Na sociedade tecnológica, os computadores contém arquivos com dados, alguns deles com informação especial, por isso denominados dados sensíveis¹⁵ (referentes à ideologia, religião, crenças, origem racial, saúde ou vida sexual). Exige-se que aqueles que os armazenem contenham uma segurança especial, como forma de evitar que haja má utilização.

Uma das hipóteses de discriminação seria um banco de dados que contém informações sobre religião, sexo e saúde, que os concedesse a determinada empresa e assim criasse uma situação de desigualdade. Podem ser formulados alguns exemplos, aonde colidem dois direitos fundamentais e, ao final, através de critérios interpretativos, será feita uma opção. O primeiro, seria de um trabalhador de determinada religião que não pode, em razão de suas crenças, trabalhar no sábado. A empresa possui diversos turnos de trabalho. Existe a possibilidade de colocá-lo em outra jornada, visando garantir

¹⁴ Os princípios básicos do liberalismo são a liberdade e a igualdade. A Revolução Francesa propugna a igualdade formal, porque estabelece a fórmula genérica de que todos são iguais perante a lei, tal qual se encontra no art. 5º, *caput*, da CF. A evolução do postulado conduz à igualdade material. A lei reconhece diferenças como forma de estabelecer uma igualdade na vida real. Desta maneira, podem ser apontadas situações desiguais, em virtude do reconhecimento de características próprias, que não maculam o Princípio da Igualdade. Exemplos: aposentadorias em tempos distintos, em razão de diferenças de profissão ou sexo, art. 201, § 7º, I, e § 8º, da CF. A licença gestante, art. 7º, XVIII, da CF, que é conferida em tempo maior do que a licença paternidade, art. 7º, XIX, da CF, em virtude da natureza distinta de papéis sexuais.

¹⁵ Arts. 7.1 e 7.3, da Lei Orgânica de Proteção de Dados nº 5/92, que foi mantida pela Lei 15/99.

seu direito fundamental à liberdade religiosa¹⁶. Não obstante, o empresário conhecendo essa informação, de forma antecipada, pode não contratá-lo e admitir a outro trabalhador que não vá criar essa espécie de obstáculo. Outro exemplo seria referente à saúde: um trabalhador portador de AIDS. Caso a firma obtenha esta informação prévia, provavelmente, não venha a contratá-lo em virtude da doença. A chance da empresa de escolher a um trabalhador saudável, no momento da admissão, é muito grande, ocasionando uma discriminação.

Destarte, a divulgação da informação poderia ocasionar situações de discriminatórias e prejuízo às pessoas. Atualmente, creio, que o Princípio da Igualdade pode ser relacionado aos dados sensíveis, no âmbito da informática. A proteção maior que se confere aos mesmos, seja na coleta ou na segurança do armazenamento e na utilização para os fins para o qual foram captados, a fim de que não gerem situações de desigualdade.

5. DIREITO COMPARADO:

A experiência nos países é diferente. Em alguns, a tutela se estabelece a nível constitucional, outros através de lei ou da jurisprudência. No tocante à legislação européia¹⁷, podem ser caracterizadas três gerações, em uma análise dos últimos 25 anos.

¹⁶ Sentença do Tribunal Constitucional nº 19/85, de 13/2, que considerou vulnerado o direito fundamental de liberdade religiosa com relação 'a despedida, uma vez que havia a possibilidade de troca do regime de descanso semanal.

¹⁷ Importante referir também a experiência nos EUA: o *Freedom of Information Act* (1974) e o *Freedom of Information Reform Act* (1986), que visam assegurar o acesso e à retificação ou complementação das informações. No direito norte-americano a preocupação se centra nos dados armazenados na administração pública. Estima-se que aí estão cerca de 50% dos dados informatizados do mundo, segundo Robert M. Gellman, "Les trois piliers de la politique de diffusion de l'information publique aux États-Unis", *Revue française d'administration publique*, nº 72, octobre-décembre 1994, p. 602. Por isso, evidentemente merece preocupação os bancos de dados públicos, pela quantidade de informação armazenada nos EUA.

A fase inicial, que se caracteriza pelo rigor na criação dos arquivos informatizados. A lei do *Land* Hesse, na Alemanha é a primeira, inaugurando a proteção dos dados informatizados de 7/10/70. Este texto pioneiro contemplava somente os arquivos informatizados de titularidade pública. A lei da República Federal Alemã de 27/1/77, que posteriormente a sucedeu, passou a regular os arquivos de titularidade pública e privada.

Neste período, foi editada a lei sueca de 11/5/73, a lei dinamarquesa de 18/6/78 e a lei austríaca de 18/10/78, que já é de transição.

A segunda fase se caracteriza por normas menos rigorosas para criação de arquivos e pela preocupação com relação a tutela dos direitos fundamentais. São exemplos deste período: a lei francesa de 6/1/78, a lei suíça de 1981, a lei da Islândia de 26/5/81 e a de Luxemburgo de 30/3/79.

A legislação francesa aporta uma contribuição importante para o âmbito jurídico de proteção de arquivos informatizados, que é a criação da Agência Nacional para proteção de dados. O objetivo do organismo de controle é garantir a segurança e o resguardo da informação pessoal.

O Convênio de Estrasburgo de 28/1/81, marca a terceira fase, que se caracteriza pela unificação do direito europeu. O objetivo é a garantia dos direitos e a tentativa de não obstaculizar o desenvolvimento do setor informático. São deste período a lei do Reino Unido de 12/7/84, a nova lei alemã de 20/12/90, a lei de Portugal de 20/4/91, a primeira lei espanhola de 31/10/92 e a recente de 13/12/99, bem com a lei italiana de 31/12/96.

Atualmente, a última grande novidade em termos de direito comunitário é a Diretiva 95/46, de 24/10, que além da unificação dos grandes rumos da legislação de dados informatizados na Europa, tenta possibilitar a livre circulação dos mesmos, especialmente no âmbito da Comunidade Européia.

Na Alemanha¹⁸, devido à anulação parcial da Lei de Censo da população de 1982, pela sentença do Tribunal Constitucional, inicia-se um trabalho para aperfeiçoar a lei federal de proteção de dados, aprovada em 20/12/90. A concepção básica da lei não modificou com relação a legislação de 1977. Trata-se de uma lei que preenche lacunas do ordenamento jurídico e desempenha uma função subsidiária, ainda que não complete a totalidade do sistema normativo correspondente.

A mudança substancial que a lei aporta, com relação à anterior é a que se refere ao bem protegido. Estatuí como fim o objeto legal, o de proteger os dados pessoais contra os abusos a que pudesse dar lugar o armazenamento, cessão, modificação e eliminação dos dados, visando impedir assim toda a lesão dos interesses legítimos das pessoas.

A lei alemã de 1990 estabelece um conjunto de princípios que afetam ao recolhimento e ao processamento dos dados. Esta lei pertence à terceira geração sobre a matéria. Com as características da legislação unificada e a tentativa de não impedir a circulação dos dados. Introduce o Princípio da Finalidade, que já havia sido definido pelo Convênio 108 do Conselho de Europa. Substitui a noção de responsável do banco de dados pelo de organismo depositante. Por fim, a organização, o sistema de controle e a fiscalização se diversificam em função do caráter público ou privado das entidades que armazenam os dados.

A terceira geração se caracteriza, ainda, por alguns Estados preverem na Constituição esta matéria e pela perspectiva de direito unificado. Neste contexto, o importante aporte da Diretiva Comunitária 95/46, que contempla a garantia de proteção à intimidade com relação ao tratamento informatizado de dados pessoais.

¹⁸ No item nº 6 se fará uma referência à construção jurisprudencial.

Na Itália, após a edição da Diretiva foi promulgada a Lei nº 675, de 31/12/96. O estatuto legal italiano não pretende somente se adequar ao rumos da legislação européia. A pessoa, seja com a titularidade singular ou coletiva, é colocada no centro do ordenamento e é provida de uma garantia específica no setor da informação, que atualmente é o setor mais dinâmico e de maior desenvolvimento na sociedade. O texto legislativo contém duas formas de proteção. Uma para o setor público e outra para o privado. O aspecto público concerne à liberdade de iniciativa econômica e ao bom funcionamento da Administração com a proteção dos direitos dos administrados. Com relação à pessoa considerada em sua dimensão individual ou coletiva a legislação prevê: direito à intimidade e à identidade pessoal, respeito à liberdade fundamental e respeito à dignidade humana. Esta nova legislação é estreitamente relacionada com os novos caracteres da sociedade informatizada.

Na Espanha, a previsão normativa começa com o art. 18.4 CE¹⁹. A Constituição espanhola, junto com a portuguesa²⁰ são as duas únicas da Europa a prever o problema dos dados informatizados e a intimidade. São as Constituições mais jovens²¹ da Europa ocidental, que estão atentas a essa

¹⁹ O art. 18.4, da CE dispõe: "A lei limitará o uso da informática para garantir a honra e a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício dos direitos".

²⁰ A Constituição portuguesa, em seu artigo 3º, disciplina a utilização da informática e em seu artigo 26, diz respeito a outros direitos pessoais, entre eles a reserva da intimidade da vida privada e familiar.

²¹ Costuma-se estabelecer como marco as Constituições do segundo pós-guerra. Assim, na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn de 1949, as Constituições Francesa de 1958 e a Italiana de 1947, todas elas ainda em vigor. Estas Constituições vão influenciar a mudança das Cartas, após a queda de Salazar e Franco com a mudança dos regimes políticos. Tal exigiu a elaboração de novas Constituições em Portugal e na Espanha. Estas, por sua vez, influenciaram o modelo brasileiro na Constituição de 1988.

Continua na próxima página.

problemática. A primeira possui uma vantagem sobre a segunda, uma vez que contém o tratamento da matéria de forma mais sistemática e sucinta.

Visando adequar-se ao comando da Constituição Espanhola foi editada a Lei Orgânica²² de Tratamento Automatizados de Dados de Caráter Pessoal – LORTAD, Lei nº 5/92. Recentemente, pretendendo adaptar-se à Diretiva Comunitária foi promulgada a Lei nº 15, de 13/12/99.

A principal novidade que traz a nova lei espanhola é a ampliação de seu objeto, que até então vinha restringido a proteção da honra e intimidade pessoal e familiar dos cidadãos diante do tratamento de seus dados. A inovação ocorre em duplo aspecto: a) incluem-se no âmbito de proteção da lei todos os bancos de dados, informatizados ou não. Esta é a principal obrigação derivada da Diretiva Comunitária que deveria ser objeto de transposição no direito interno, ao estender a proteção aos arquivos não informatizados; b) protege-se o tratamento de dados pessoais, agora, com relação ao conjunto de liberdades públicas e direitos fundamentais das pessoas, embora permaneça a especial ênfase no âmbito da intimidade.

A lei espanhola anterior, quando foi elaborada, os legisladores já conheciam em parte, o conteúdo da Diretiva. Isso fez com que aproximadamente 75% da lei já estivesse em conformidade com as regras unificadas. As alterações dizem respeito a uma parcela menor da legislação.

Tratam o tema com acuidade, dentre outros: Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, 4ª ed., Coimbra Ed., 1990 e Marcello Cerqueira, *A Constituição na História – origem e reforma*, Ed. Revan, Rio, 1993.

²² A Lei Orgânica no ordenamento jurídico espanhol corresponde à lei complementar no regramento brasileiro.

6. A IMPORTANTE CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA ALEMANHA:

Em temos jurisprudenciais a contribuição mais valorosa foi a do Tribunal Constitucional Alemão, através da sentença de 25/12/83²³. Vale destacar que na época em que foi prolatada, não existia norma expressa na Constituição. A decisão foi fruto de interpretação de duas regras constitucionais. O objeto do julgamento era aprofundar as bases constitucionais da proteção de dados relativos à pessoa. A norma básica em referência era o direito geral de respeito à personalidade garantido pelo art. 2.1²⁴, combinado com o art. 1.1²⁵, que dispõe sobre a dignidade humana, da Lei Fundamental. Este direito compreende em particular o poder de que cada indivíduo possui, ele mesmo, quando e em que limites os dados sobre sua pessoa podem ser revelados. A questão proposta no recurso era de que a execução da lei era suscetível de atentar diretamente contra os direitos fundamentais, de liberdade de opinião, a inviolabilidade de domicílio e a liberdade de expressão. A Corte distingue dois tipos de banco de dados públicos. Os que são constituídos pela Administração para execução da lei e aqueles que são para fins estatísticos, sendo que para os primeiros as regras são mais restritivas. Desta maneira, a lei não é conforme à Constituição, porque o legislador deveria prever diversas garantias procedimentais em favor dos cidadãos. E, ainda, que os mesmos fossem informados sobre seus direitos, prazos para eliminação de dados pessoais que permitissem uma identificação; não havia previsão de recrutamento de pessoas para trabalhar no censo, que não fossem vinculadas à administração e à cessão dos

²³ Boletín de Jurisprudencia Constitucional nº 33, enero de 1984, p. 137.

²⁴ Art. 2.1- Todos têm direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade sempre que não vulnerarem os direitos de outrem e não atentem a ordem constitucional ou a lei moral.

²⁵ Art.1.1. A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder público.

dados a outros administradores. Por estes motivos, a lei foi declarada inconstitucional.

O Tribunal extrai do direito fundamental do livre desenvolvimento da personalidade, a faculdade de cada indivíduo de dispor principalmente sobre a revelação e o uso de seus dados pessoais. Para a proteção em função da autodeterminação informativa, o Tribunal leva em consideração dois fatores. O primeiro, concernente à reserva de lei da qual dependem as restrições de direito de autodeterminação informativa, que se encontra em função da aplicação concreta ou seja: somente com o respeito a uma situação padrão se pode realizar a opção legislativa entre uma elaboração de dados pessoais em interesse comum e o interesse particular dos limites de comunicação. O segundo, para cada reprodução individualizada de dados sempre há que se considerar o princípio de uma finalidade concreta. A garantia dos direitos dos cidadãos é condição para que funcione a democracia liberal - o *status* constitucional do cidadão, sua posição jurídica de formar parte ativa e constituinte do Estado.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão interpreta os arts. 2.1 e 1.1 da Lei Fundamental, a fim de conferir a proteção do indivíduo contra a coleta, o armazenamento, a utilização e a difusão ilimitadas de seus dados pessoais. O direito constitucional garante a possibilidade de o indivíduo determinar por ele próprio, a divulgação e a utilização dos mesmos. É a denominada faculdade de autodeterminação informativa. O indivíduo não tem nenhum direito sobre seus dados, no sentido de uma soberania absoluta e sem restrições. É a partir da personalidade que se desenvolve o direito, dentro da área de informação da comunidade a que se transmite. A informação relacionada com a pessoa oferece um panorama da realidade social, que não é exclusiva do interessado. Daí surge a tensão indivíduo-comunidade, cabendo ao Tribunal Constitucional estabelecer o interesse preponderante, privado ou público.

As limitações à autodeterminação somente são admissíveis no marco de um interesse geral e superior e necessitam um fundamento legal baseado na Constituição, que deve corresponder ao imperativo de clareza normativa inerente ao Estado de Direito. Na sua regulação, deve o legislador adotar preocupações de índole organizativa e de direito processual suscetíveis de contrapor o perigo de vulneração do direito à proteção da personalidade, além do princípio da proporcionalidade.

Nas exigências de direito constitucional impostas a estas limitações, deve-se distinguir entre os dados referidos à pessoa que se podem captar e elaborar em forma individualizada e não anônima e os que sejam adequados às finalidades estatísticas. Na busca de dados para fins estatísticos, não cabe exigir adequação estrita e específica dos dados a sua finalidade. Por outro lado, na escolha da informação e sua elaboração devem estar protegidas dentro do sistema de informação.

O Tribunal entendeu que o programa de coleta de dados estabelecidos pela lei do Censo não contempla um registro e a catalogação da personalidade compatível com a dignidade do homem, nem responde tampouco aos imperativos de clareza normativa e proporcionalidade. Se fazem necessárias, também, medidas complementares de direito processual para assegurar a autodeterminação.

Comentando esta sentença, Palici di Suni²⁶ reconhece uma garantia procedimental predisposta a assegurar efetivamente a tutela dos direitos fundamentais. Uma visão objetiva dos

²⁶ Elisabetta Palici di Suni, "Diritti fondamentali e garanzie procedurali", *Diritto e società*, n° 4, CEDAM, Padova, 1990, pp. 629/53. Depois da experiência de Weimer de normas puramente programáticas, a Lei fundamental de Bonn, confere caráter de preceito a todas as previsões constitucionais.

direitos fundamentais. Na sentença de 15/12/83, sobre o censo da população, o Tribunal reconhece que o livre desenvolvimento da personalidade pressupõe modernamente cuidados na elaboração, coleta, memorização e utilização dos dados pessoais. Tal tutela se fundamenta no art. 1º (dignidade da pessoa) e 2º (livre desenvolvimento da personalidade) da Lei Fundamental. Este direito à informação não é ilimitado, porque o indivíduo está inserido em uma comunidade social. Limitações a esse direito devem ser determinadas no interesse geral e com fundamento legislativo.

Esta construção foi extremamente importante porque a partir desta sentença foi conferida proteção à intimidade, frente à coleta de dados, sem que houvesse um dispositivo legal explícito.

7. DISCIPLINA NO DIREITO BRASILEIRO:

No Brasil, ainda não existe proteção jurídica eficaz e disciplinada, da intimidade frente aos bancos de dados informatizados²⁷. O instituto que se aproxima, ainda que de maneira tímida, é o *habeas data*²⁸ previsto no art. 5º, LXXII,

²⁷ Apesar do Brasil ter recebido a influência das Constituições Portuguesa e Espanhola, que contemplam dispositivos de proteção à intimidade relacionada à informática, nossa Carta não instituiu comando similar. Sobre o histórico do constitucionalismo brasileiro ver notas 20 e 21.

²⁸ O *habeas data* foi concebido na Constituição de 1988 como um instrumento essencialmente político. Os membros da Assembléia Nacional Constituinte tinham em mente, sobretudo, os registros do antigo Serviço Nacional de Informações – SNI, durante o regime militar de 1964, conforme Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, 21ª ed., Malheiros, São Paulo, 1999, p. 240.

da CF. A Lei nº 9.507/97, estatuiu a regulamentação do preceito constitucional. O veto presidencial²⁹ diminuiu o alcance da lei.

O âmbito de proteção é ainda muito restrito³⁰, uma vez que somente se assegura o conhecimento de informações por parte do cidadão com relação aos bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. O impetrante resta destituído de proteção sempre que estiver diante de entidade de caráter privado. Tal limitação, a toda evidência fragiliza o instituto.

Os dados contidos nos organismos públicos já se encontravam sujeitos ao Princípio da Publicidade, previsto no

²⁹ “Art. 1º (Vetado)

Parágrafo único – Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.”

Texto do veto do *caput* do art.1º - “Toda pessoa tem direito de acesso a informações relativas à sua pessoa, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público”.

Razões do veto : “Os preceitos desbordam sensivelmente a configuração constitucional do *habeas data*, impondo obrigações aos entes governamentais ou de caráter público sem qualquer respaldo na Carta Constitucional. A definição constitucional do *habeas data* é precisa, não permitindo a conformação pretendida nestes dispositivos.

Não é estabelecida, ademais, qualquer sorte de ressalva às hipóteses em que o sigilo afigura-se imprescindível à segurança do Estado e da sociedade, conforme determina a própria Constituição (art. 5º, XXXIII).”

³⁰ Atualmente se encontram em tramitação no Congresso Nacional: o Projeto de Lei nº 1.532/99, que dispõe sobre a elaboração e arquivos de documentos em meios eletromagnéticos, o Projeto de Lei nº 1.682/99, com a disciplina penal referente à matéria e o Projeto de Lei nº 4.102/93 que regulamenta o art. 5º, XII, da CF, dispondo sobre a inviolabilidade de dados. Caso estes projetos venham a ser convertidos em lei, ocorrerá um incremento da tutela jurídica no ordenamento brasileiro dos direitos do cidadão frente à informática.

art. 37, *caput*, da CF. O avanço legislativo se faria na tutela da informação armazenada no setor privado.

As informações sigilosas, obviamente, restariam protegidas. Não haveria razões para restringir o instituto, sob a alegação de que desborda o conteúdo constitucional. A *mens legis* era específica, os dados constantes nos arquivos do SNI. Esta problemática, todavia, cresceu muito nos últimos anos, adquirindo maiores proporções com relação à idéia da tutela inicial. A evolução do direito comparado demonstra que o tema está a reclamar atenção. Assim, não se justifica uma limitação do seu objeto, justamente quando a tendência é que cresça a proteção dos dados dos cidadãos. Em qualquer estabelecimento comercial que se vá, seja para comprar um bem ou contratar um serviço, geralmente são perguntados dados, tais como: nome, endereço, profissão, telefone, idade, algumas vezes até renda, escolaridade, etc. O setor privado detém parcela considerável de dados, que são arquivados em computadores e que podem ser guardados por enorme tempo. A partir destes elementos colhidos, pode-se estabelecer um perfil do cliente ou usuário. Contra estas práticas o cidadão quase não tem instrumentos jurídicos para se opor.

Com os computadores o armazenamento de dados fica cada vez mais fácil, com todos os riscos que uma má utilização possa causar. Apesar das limitações da lei, constituem-se em aspectos positivos a destacar que alguns registros comerciais como o Serviço de Proteção ao Crédito ou listagens de mala direta estão abrangidas na definição legal. Tratam-se das hipóteses em que apesar de se tratar de atividade privada, caso sejam transmitidas as informações, dá-se o tratamento de caráter público, em virtude do parágrafo único do art.1º, da Lei. Considera-se a transmissão da informação potencial ou efetiva. Nestas situações estão abrangidos órgãos de qualquer natureza, desde que as informações sejam transmissíveis ou transmitidas a terceiros.

Existem muitas entidades privadas que possuem um sem número de informações dos cidadãos e que ficam com a guarda de muitos dados, sem que haja um controle efetivo sobre os mesmos. O conteúdo comercial ao estabelecer um perfil do consumidor é evidente. A intimidade do cidadão fica exposta por largo período de tempo.

Para a propositura do *habeas data* em sede judicial é necessário o esgotamento da via administrativa. Neste sentido, a Súmula nº 2, do STJ, desde o tempo em que havia somente o dispositivo constitucional, destituído de regulamentação legal. Tal orientação jurisprudencial foi chancelada pelo parágrafo único do art. 8º, da Lei.

8. CONCLUSÃO:

A informática provocou mudanças de costumes na humanidade. Suscita, por isso, novas questões com relação à proteção dos direitos fundamentais, e neste contexto, com a intimidade.

Os bancos de dados contêm informações que traduzem aspectos da personalidade, que permitem traçar um perfil do consumidor. Estas informações são uma nova mercadoria com interesse comercial. É necessário, por essa razão, proteger o cidadão juridicamente com relação aos avanços da tecnologia, que pode ter sua intimidade violada, caso os dados sejam divulgados ou utilizados indevidamente.

O dado pessoal é uma informação que permite identificar uma pessoa de maneira direta. Os dados sensíveis (referentes à ideologia, religião, crença, raça, saúde e vida sexual) são especialmente protegidos porque se tenta prevenir discriminações. Pode-se afirmar que representam uma nova leitura do Princípio da Igualdade.

Com relação à proteção jurídica, a experiência dos países é diferente. Em Portugal e Espanha a tutela se estabelece a nível constitucional, em outros mediante lei ou jurisprudência.

No tocante à legislação europeia, podem ser apontadas três fases. O primeiro texto legislativo surgiu na Alemanha. O segundo período se caracteriza por legislações menos rigorosas para criação dos arquivos informatizados. É fundamental a contribuição francesa, pois criou a Agência Nacional para proteção de dados. A terceira geração se notabiliza pela unificação do direito, a edição da Diretiva 95/46, que contempla a legislação de dados informatizados na Europa.

A jurisprudência alemã conferiu proteção ao cidadão com relação à Lei do Censo, a partir do direito à personalidade e à dignidade humana, previstas na Lei Fundamental de Bonn. É a célebre Sentença de 25/12/83, editada pelo Tribunal Constitucional Alemão.

A tutela dos direitos da pessoa deve ser compatibilizada com as exigências do mundo atual, que almeja a liberdade de informação e a livre circulação dos dados. Em última análise, a informática é algo que já se incorporou na vida quotidiana moderna. Hoje, não se vislumbra retrocesso. O desafio é como proteger os dados informatizados frente a uma sociedade e um mercado cada vez mais livres de fronteiras, com a denominada globalização.

A legislação é importante, mas sozinha não é suficiente. É importante promover uma leitura integrada do ordenamento constitucional com os valores que fundamentam a União Europeia, as Convenções Internacionais, a interpretação doutrinária e aplicação jurisprudencial, que é o direito vivo.

Algumas questões se constituem em um desafio. Como interpretar a finalidade da tutela procurada e a liberdade de informação, a liberdade de circulação de dados, a liberdade de iniciativa econômica, a discricionariedade de organização da

Administração Pública? Como compatibilizar esta liberdade com aquela derivada da lei sobre a proteção de dados? Quais os critérios interpretativos no âmbito jurisprudencial que se devem empregar para estabelecer a preponderância do direito à intimidade sobre a liberdade de expressão ou informação, ou ao contrário?

No direito brasileiro, o *habeas data*, art. 5º, LXXII, da CF e sua regulação, através da Lei nº 9.507/97, representam o primeiro passo na busca de tutela jurídica. A proteção legal é incipiente, principalmente com relação aos bancos de dados mantidos por entidades privadas.

É essencial o aprimoramento da tutela jurídica, com o objetivo de proteger o cidadão contra os ataques que a informática pode causar na intimidade do cidadão. Deve-se considerar, por conseguinte, as legislações estrangeiras que já estão atentas à problemática há mais tempo, sem deixar de sopesar as características próprias da realidade de nosso país.