

A disciplina normativa brasileira sobre a intimidade e os bancos de dados

Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz
(*Universidad de Sevilla, España*)

Resumo

A intimidade na era da informação é um tema relativamente recente, que não perde a sua atualidade. A coleta e o armazenamento de dados pessoais se tornaram uma praxe nos Estados contemporâneos, resultando na criação dos diversos bancos de dados. A possibilidade de uso ilegítimo da informação do indivíduo motivou a discussão de uma nova dimensão da proteção estatal do direito à intimidade: o direito à autodeterminação informativa. O que se extrai da pesquisa feita é que embora não haja uma lei específica brasileira que proteja o direito à intimidade, o cidadão pode ser amparado por esparsas normas reflexas.

Palavras-chave: Intimidade – Informação – Autodeterminação informativa – Banco de Dados

Abstract

The right to privacy in the age of information is a relatively recent theme, that doesn't lose this characteristic. The collect and storage of personal data became a custom in contemporary States, resulting in the creation of the several databases. The possibility of an illegitimate use of the individual's information motivated the discussion of a new dimension of state protection of the right to privacy: the right to "informative self-determination". What is extracted of the done research is that although there is not a Brazilian specific law to be in charge of protecting the right to privacy, the citizen can be aided by scattered norms.

Key-Words: Privacy – Information – "Informative Self-determination" – Database.

I. Introdução

O direito à intimidade na era da informação é um tema relativamente recente, que não perde a sua atualidade. Não é raro nos deparamos com o confronto, seja legislativo ou judicial, destes dois direitos fundamentais. Na verdade, talvez não fosse indicado usar o termo “confronto”, “conflito” ou “colisão” para qualificar tal embate que constantemente se faz. Melhor seria identificarmos e caracterizarmos este debate de “relação dialética”, já que ambos têm como finalidade a democracia e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Efetivamente, a transformação da sociedade agrária do século XIX para a sociedade urbana e industrial do século XX, somada à maior participação de indivíduos no exercício do direito de sufrágio, potencializou e corroborou a consciência do direito à intimidade. De fato, este raciocínio se justifica pela necessidade de informação sobre o indivíduo que os entes públicos e privados requerem para o desenvolvimento da Sociedade. Segundo a doutrina, dois fatores são invocados como legitimadores da utilização de informações pessoais: o controle e a eficiência. Ambos se tornam imprescindíveis na conformação do objetivo do Estado do Bem Estar Social. Em outras palavras, para se alcançar uma administração pública profícua, torna-se de extrema valia o conhecimento informacional de seus governados conjugado com um eficaz controle social, ofertando-se maior segurança de serviços estatais eficientes aos administrados.

Diante desta realidade, a coleta e o armazenamento de dados pessoais se tornaram uma praxe nos Estados contemporâneos, resultando na criação dos diversos bancos de dados. Seja para analisar a possibilidade de concessão de crédito comercial, seja para sistematizar e formar uma melhor opinião estatística, a constituição incessante e constante dos bancos de dados não é um assunto que deva passar incólume.

Neste sentido, tanto as Administrações Públicas como as empresas privadas podem fazer uso destes dados informativos de forma temerária ou ilícita. Esta possibilidade de utilização ilegítima das informações do indivíduo motivou a discussão de uma nova dimensão de proteção estatal do direito à intimidade: o direito à autodeterminação informativa.

Com efeito, talvez não se conceda a verdadeira importância ao tema, por não situarmos o epicentro do problema: os bancos de dados podem, ilegitimamente, fornecer características pessoais que afrontam a o direito à intimidade. A ausência de conhecimento destas potenciais lesões a tal direito constitucional desfigura um criterioso e pertinente debate sobre o mérito desta questão atual.

Não devemos olvidar que o avanço tecnológico proporciona de uma maneira cada vez mais veloz a captação e o armazenamento de informações.

Dentre as várias invenções que alteraram de forma efetiva o comportamento da Sociedade, a internet figura como uma das mais relevantes. A sua utilidade como rede de informações ilimitadas e como instrumento de comunicação e aproximação das pessoas é diretamente proporcional à ampliação das possibilidades de lesão às liberdades individuais, destacando-se a intimidade. É aqui onde se podem cometer abusos.

O uso lesivo da informática no seio deste direito fundamental leva-nos a buscar formas de controle ao acesso de informações sobre o indivíduo e o destino que se faz delas. Não obstante a ausência de legislação específica que tutele a intimidade ou que regulamente a criação, a utilização e a manutenção de bancos de dados, o ordenamento jurídico brasileiro oferece alguns pilares principiológicos que asseguram a proteção da intimidade.

No presente trabalho, centrar-nos-emos na discussão do atual tratamento que ordenamento jurídico brasileiro concede à intimidade apontando suas virtudes e vicissitudes, especificamente quando tal direito se vê diante dos bancos de dados.

II. Breve histórico da evolução do conceito primogênito de intimidade

Há uma acalorada discussão doutrinária que se cinge em definir quando surgiu a intimidade. Como bem explica Ruiz Miguel¹ a intimidade pode ser estudada desde uma tripla perspectiva²:

¹ C. Ruiz Miguel, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Técnicos: Madrid, 1995, p. 26.

² *Id.* p. 31 e seg.: O Autor identifica várias teorias que pleiteiam a gênese da intimidade. A) Teoria Racionalista em que Pérez Luño (intimidade-direito) a visualiza no período do racionalismo e do Iluminismo em conexão com a ascensão da burguesia e, por outro lado Truyol y Villanueva (intimidade-idéia) vinculam a aparição da noção de intimidade ao cristianismo (autoconsciência da subjetividade), e, em particular, a Santo Agostinho; B) Teorias Históricas: duas linhas básicas: b.1) A primeira versa em torno da propriedade. Faz a conexão intimidade-propriedade burguesa. Westín, com base em dados zoológicos, suscita inclusive a existência de intimidade no reino animal, justificando o instinto de territorialidade de inconteste parentesco com a noção de propriedade. Na medida em que o instinto de territorialidade aparece também no ser humano, representado geralmente na propriedade, este autor afirma que a propriedade não nasce com a burguesia, mas com o ser humano; b.2) A segunda linha argumental estuda as três perspectivas da intimidade: fenômeno, idéia e direito O fenômeno da intimidade aparece em todas as sociedades humanas, pois tem uma vertente natural e outra histórica. Sobre a idéia de intimidade Fariñas Matoni indica rumores da idéia de intimidade na civilização hindu, no jainismo, no budismo e nos livros canônicos chineses. Sêneca, filósofo cordobês retratou a contraposição entre o indivíduo imerso nos negócios ou ocupações exteriores (*ad alia, ad alios*) e o indivíduo que vive sua vida retirado e envolvido no saber (*ad animum, ad se*). Seria o precursor do método introspectivo. Quando quis aludir ao seu interior se referia a *intus* (dentro), adjetivo que se deriva do superlativo *intimus*. Não se pode, então, dizer que em Roma

A intimidade como *fenômeno* (fator socioeconômico) distingue as dimensões da vitalidade, da alma e do espírito. Por este motivo, é difícil a constatação de tal possibilidade, pelas diferenças teológicas de cada comunidade³.

A *idéia* de intimidade (fator cultural) nos revela um sentimento instintivo. As pessoas podem estar realizando atos que traduzem um exercício da intimidade sem que, todavia, hajam tomado consciência de tal feito. A intimidade é um instinto e a forma de consciência sobre a intimidade não se encontra presente em todas as sociedades. Mesmo nestas onde há dita idéia, o grau de teorização pode variar.

É mais fácil de ser reconhecida a intimidade como *direito* (fator político-jurídico): onde tenha sido normatizada. Sem embargo, ainda que difícil, há a possibilidade de que se encontre normas protetoras da intimidade onde não se haja produzido um real debate, como, por exemplo, na tutela da inviolabilidade do domicílio.⁴

Com efeito, respeitando o fundamento de todas as correntes, podemos asseverar, entretanto, que até o século XIX não se tem notícia de uma preocupação jurídica específica e teorizada da intimidade. O tratamento jurídico ao instituto se dava pela proteção à propriedade e ao direito contratual⁵.

Com a modificação da sociedade e a substituição gradativa de seus valores eminentemente agrários e de seus costumes mais simples por relações mais complexas, a partir do crescimento das cidades, do surgimento do consumo de massa e do desenvolvimento tecnológico, o conteúdo do direito à intimidade foi se emergindo. As condições materiais de vida em que se produz a revolução industrial excluíam os obreiros do envoltório da intimidade⁶.

se desconhecia a idéia de intimidade. Teruel Carralero identifica a proteção estatal da correspondência no Direito Romano, pois sua violação resultava em duas ações: a *actio iiniuriarum* ea *actio furti*. A lei das XII Tábuas dipunha que a citação era um ato violento e que, por tanto, não se podia entrar na casa do cidadão para fazê-la.

³ A. Westin (*Privacy and Freedom*. New York: Atheneum, 487 pages) afirma que certos aspectos da intimidade se encontram praticamente em todas as sociedades humanas do passado ou do presente. Suscita que podemos encontrar múltiplos exemplos de sociedades primitivas e modernas que não admitem normas sobre a intimidade. Isto sugere que cada sociedade deve ser analisada em sua idiossincrasia, devendo-se enfocar nos costumes sociais para saber se existem normas sobre a intimidade que são designadas com outras palavras. Por isso, encontramos dificuldade em se fazer comparações interculturais.

⁴ Fariñas Matoni (L. M., *El derecho a la intimidad*. Editorial Trivium: Madrid, 1983) estuda a origem teológica, a filosófica e a científico-jurídica do direito à intimidade.

⁵ Como exemplo, invocou-se a tutela da vida privada como reflexo do direito à propriedade, representada pela inviolabilidade do domicílio, domínio privado do indivíduo. Neste sentido é que se formulou no *Common Law* o princípio *man's house is his castle* (Lord COKE, em 1604), consagrado na Inglaterra no início do século XVII.

⁶ Podemos enumerar alguns fatos sociais resultaram na conclusão de que não eram, pois, somente as elites que estavam sujeitas a terem sua privacidade lesada e sim uma parcela mais

Exige-se, pois, um sistema de proteção mais congruente com as ameaças e lesões destes câmbios sociais, ampliando a aplicação do conceito de intimidade, antes tratado como um privilégio de classe⁷.

Nada obstante, o artigo *The Right to privacy* de Warren e Brandeis⁸ publicado na *Harvar Law Review*, em 1890, foi considerado o marco inaugural⁹ da formulação do direito à privacidade¹⁰. Preocupados com as constantes invasões da vida pessoal e familiar por jornalistas e fundados no direito de estar só (*right to be let alone* do juiz Cooley) delinearam o direito à privacidade fundamentado não em bases físicas, mas morais como a inviolabilidade da personalidade.

bem mais ampla da população: os desdobramentos de um modelo de estado liberal que se transmudava ao welfare state, a mudança do relacionamento entre cidadão e Estado, uma demanda mais generalizada de direitos como consequência dos movimentos sociais e das reivindicações da classe trabalhadora, o crescimento do fluxo de informações consequente do desenvolvimento tecnológico – uma maior capacidade técnica de recolher, processar e utilizar a informação. Proporcionalmente ao aumento do fluxo, também se elevava a importância da informação.

⁷ A inserção de um direito à intimidade em ordenamentos eminentemente patrimonialistas fez dela uma prerrogativa reservada a extratos sociais elevados. As demandas ingressadas contra a ofensa a este direito usualmente tinham como protagonistas pessoas com uma determinada projeção social ou patrimonial, corroborando o elitismo de seu exercício jurídico. Prova disto são as decisões dos tribunais da época, como a do Tribunal de Sena, na França, que em 1858, exarou uma sentença no caso *Felix v. O'Connel*, em que a foto de uma famosa atriz em seu leito de morte é reproduzida em forma de desenho e publicada em um semanário, sem o consentimento da família. O Tribunal de Sena reconheceu que qualquer pessoa, seja célebre ou não, tem vida privada distinta da pública.

⁸ O artigo obteve inestimável repercussão mundial, motivando juristas a debater sobre o direito à intimidade. A doutrina da intimidade apresentou um desenvolvimento ainda fragmentário até meados do século XX, quando veio finalmente alcançar autonomia internacional, primeiramente na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada pela IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, 1948, e na Declaração Universal dos Direitos do Homano, adotada em 10 de dezembro pela Assembléa Geral das Nações Unidas. Mais tarde, em 04.11.1950, também tutelada pela Convenção Européia dos Direitos Humanos.

⁹ Uma das primeiras manifestações da doutrina a respeito do que é o fundamento direito à intimidade se deu na conferencia de Benjamin Constant (“De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos” – conferencia pronunciada en el Ateneo de París, febrero de 1819 – en sus *Escritos Políticos*. Traducción, estudio preliminar y notas de María Luisa Sánchez Mejías. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 257 y ss.) que afirmou que a liberdade dos antigos consistia em exercer, de forma coletiva, mas direta, distintos aspectos do conjunto da soberania, em deliberar na praça pública. Era isso que os antigos denominavam liberdade e admitiam como compatível com esta liberdade coletiva a completa submissão do indivíduo à autoridade do conjunto. Todas as atividades privadas estavam submetidas a uma feroz vigilância: nada se deixava à independência individual. A autoridade intervinha inclusive nas relações domésticas. O indivíduo, soberano quase sempre nos assuntos públicos, era um escravo em todas as questões privadas. Entre os modernos, nossa liberdade deve consistir no desfrute de nossa independência privada, sem chegar a sacrificá-la aos direitos políticos, como ocorria na antiguidade. A construção da esfera reservada, a idéia de liberdade como autonomia individual, antes que como participação e a busca do equilíbrio do público e do privado constituem os cânones principais da concepção dos direitos de nosso tempo.

Efetivamente, a justificação lógica da intimidade se apresenta como uma projeção dos princípios da liberdade e da dignidade. Para se ter a vida livre e digna, é necessário dispor de um âmbito de individualidade, de um espaço em que possa desenvolver as convicções isento de interferências, resguardando seus pensamentos, sentimentos e fatos. Na vida social, tratamos de construir nossa própria personalidade, manifestada pela individualidade. É certo que os valores sociais delimitam os hábitos individuais, em algumas pessoas menos e em outras pessoas mais. O temor às reações negativas da comunidade sugere o receio de exposição à censura e à crítica. Por isso, os valores influenciam, sobremaneira, os sentimentos individuais de reclusão e reserva.

De fato, é tributo que as decisões que dizem respeito à própria vida ficam afetadas, se expostas à análise alheia. A intimidade, então, resulta indispensável para ponderar a tensão que a presença dos outros inevitavelmente nos produz. Necessitamos, por conseguinte, ter uma liberdade pessoal para o exercício da intimidade, conveniente e imprescindível para qualquer decisão pessoal (política, econômica, afetiva, social, etc).

A maior dificuldade é delimitar e conceituar este espaço de refúgio individual, dada a mutabilidade de seu conteúdo e a influência do contexto sócio-cultural, que se diferenciam segundo os parâmetros da época, do lugar e do *modus vivendi* de cada indivíduo, e até do resultado da relação com outros direitos. Não obstante este conteúdo e conceito variáveis, o desejo e a necessidade de uma vida privada são universais.

Nesta linha de raciocínio, podemos ilustrar como assuntos que se referem à intimidade, tendo em vista as ínsitas peculiaridades: a intimidade corporal (o sentimento de recato corporal, pudor), as relações sexuais, a vida sentimental, estado de saúde, informação relativa vícios e outros assuntos pautam as reprovações discriminatórias¹¹.

Na cidade-estado grega, a separação do público e do privado era identificada na distinção entre o que era comum aos cidadãos livres (esfera da *polis*) e o que era particular a cada indivíduo (esfera do *oikos*). O que era atividade da *polis* estava relacionado ao mundo comum e diretamente ligado a uma opção por liberdade política. Já a esfera privada estava centrada na vida em família e na superação das necessidades do ser humano dentro do espaço de relacionamento mais restrito.

A dicotomia entre o público e o privado era explicada pela própria distinção política proposta à distribuição das atividades da pessoa dentro de espaços de convivência.

¹⁰ Com efeito, o contexto anglosaxão de *privacy* teve um pressuposto na idéia de liberdade como autonomia individual defendida por J. Stuart Mill (*On Liberty*: 1859). Esta tese defende que nos aspectos os quais concernem somente ao indivíduo, este tem direito a uma absoluta independência, sobre seu corpo, sobre si mesmo, sobre sua mente.

¹¹ Nos dias 22 e 23 de maio de 1967, em Estocolmo, realizou-se uma conferência internacional de juristas nórdicos sobre o direito à intimidade. Discutiu-se os constantes perigos que se vê submetida a vida privada em decorrência do avanço tecnológico e da crescente demanda, por parte dos meios de comunicação, de conteúdos informativos que versam sobre a vida pessoal e familiar das pessoas que gozam de notoriedade pública.

Dita tutela, invariavelmente ligada à dignidade, tem por objeto garantir ao indivíduo um âmbito reservado de sua vida frente à ação e ao conhecimento de terceiros. O direito à intimidade confere ao seu titular o poder de resguardar o indivíduo de uma publicidade não querida. Não se garante uma intimidade determinada, mas sim o direito a exercê-la, a ter uma vida privada, estabelecendo um poder de controle sobre a publicidade da informação relativa à pessoa. O que se visa proteger é um direito a ser desconhecido, que os demais não saibam quem somos ou o que fazemos, vedando a terceiros, particulares ou poder público, que decidam quais os lindes da nossa vida privada, facultando a cada pessoa um espaço imune à curiosidade alheia.

Ao teor do exposto, podemos concluir que a proteção estatal *prima facie* do direito à intimidade abarcaria, então todos aqueles dados que o titular do direito queira, *ad libitum*, excluir da publicidade. Deve ser o próprio sujeito quem define o âmbito materialmente protegido pelo seu direito à intimidade¹².

III. O direito à intimidade e o direito à autodeterminação informativa

A raiz etimológica do termo intimidade provém do vocábulo latino *intimus*, que evoca a idéia do mais interno ou recôndito. Intimidade, pois, seria a anterioridade da pessoa como disposição peculiar do ser humano à introspecção, ao recôndito, ao segredo. A doutrina, inicialmente, sentou as bases técnico-jurídicas neste sentido de direito ao isolamento, o *ius solitudinis*, situando o direito à intimidade no plano da autoconsciência, da identidade e da própria personalidade do indivíduo.

A conferência listou algumas situações e aspectos da vida de uma pessoa que devem ser considerados como integrantes da noção de vida privada: toda ingerência na vida privada, familiar e doméstica, todo ataque à integridade física ou mental ou à liberdade moral ou intelectual, todo ataque à honra ou à reputação; toda interpretação prejudicial dada as palavras ou a atos; a divulgação desnecessária de fatos embaraçosos referentes à vida privada; a utilização do nome, da identidade ou da imagem; toda atividade tendente a espionar, vigiar ou assediar; a interceptação da correspondência; a utilização maliciosa das comunicações privadas, escritas e orais; a divulgação de informações comunicadas ou recebidas sob segredo profissional.

Tal exemplificativa enumeração constituiu um importante parâmetro para uma maior proteção deste direito da personalidade. A lista influenciou, comprovadamente, a Resolução 428 do Conselho da Europa sobre a vida privada, de 23 de janeiro de 1970, que significou o desenvolvimento do art. 8, do Convênio Europeu de Direitos Humanos.

Para melhor detalhamento, conferir em C. García García; A. García Gomez, *Colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información y opinión. Su protección jurídica*, Murcia, 1994 e A. Azurmendi Adarraga, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Editorial Civitas, Madrid, 1997.

¹² Confirmado um conceito subjetivo amplo e dinâmico de intimidade e não uma acepção material e estática que define que determinados assuntos por razão de seu conteúdo são íntimos.

Sem embargo, as elaborações teóricas, tendentes a discorrer sobre conjecturas mais abertas do que em certezas dogmáticas, propiciaram uma revalorização conceptual do dilema. A noção filosófica de intimidade¹³ foi progressiva e paulatinamente sendo incrementada, dadas as suas projeções jurídicas. A elaboração jurídica da intimidade foi trasladada desde a esfera do isolamento à das relações sociais. Em outras palavras, o conceito de intimidade partiu do filosófico foro interno, intrasubjetivo, estático, para o foro externo, dinâmico, prático, em consonância com suas implicações intersubjetivas. Este direcionamento teórico visou dar à intimidade a possibilidade de aplicação prática conceitual, pois um conceito que não transcendesse ao âmbito da sociabilidade, isto é, à convivência, poderia carecer de relevância jurídica.

Neste contexto, os teóricos aditaram à delimitação conceitual do direito à intimidade, antes pautado na faculdade de isolar-se, o poder de controle sobre as informações pessoais. Completou-se, deste modo, o clássico direito de defesa do cidadão, a versão negativa da intimidade, com a possibilidade de se exercer tal direito de forma positiva, é dizer, denegando ou concedendo informações pessoais.

Sobre este ponto, insta certificar que a crescente amplitude e a notória dispersão do objeto deste direito motivaram dúvidas doutrinárias sobre se a intimidade se trata de um direito único ou de uma pluralidade de direitos. Em realidade, as novas facetas da intimidade, próprias das sociedades avançadas, requerem novos instrumentos de tutela jurídica. A pluralidade de manifestações nas quais se explicita a intimidade (privacidade/privacy, dados pessoais, perfil de personalidade, autodeterminação informativa...) não implicam

¹³ Deste conceito filosófico, na Alemanha, Heinrich Hubmann esboçou a teoria das esferas: 1) Na *esfera íntima* incidem as informações que se relacionam com o âmbito vital interno das pessoas, vida sexual, o mundo mental e sentimental e suas formas externas de manifestação. Entende-se que afetam esta esfera aqueles dados relativos ao ser físico e ao “não ser” do indivíduo: enfermidades, nascimento, morte, vida sexual, nudez. 2) Na *esfera privada* se incluem questões que dizem respeito à vida doméstica e ao círculo dos familiares, amigos e estreitos conhecidos. Para determinar esta esfera a jurisprudência utiliza dois critérios: um material ou temático e outro de caráter espacial. O primeiro se funda na afirmação de que há determinados assuntos que, por seu conteúdo informativo, podem ser classificados como tipicamente privados, seja porque seu debate ou exposição públicos são impertinentes, ou porque sua divulgação se torne molesta, desagradável ou embarcosa ou porque provoque reações preconceituosas: reflexões de um diário, tratamentos médicos, uso de drogas. O âmbito espacial enseja a possibilidade de estar livre da observação pública e, com isto, liberar-se de um auto-controle forçado: a casa, locais claramente retirados de uma ampla publicidade. 3) A *esfera individual*, social ou pública, que ao se conceber negativamente como tudo aquilo que não está compreendido nas outras duas esferas anteriores, refere-se fundamentalmente ao âmbito das relações de uma pessoa em seu entorno social. Inicialmente, permite-se uma ampla capacidade e informação, sempre e quando não se difundam fatos falsos ou lesivos à honra.

A debilidade da teoria das esferas reside no fato de que não se pode traçar uma linha nítida entre as esferas.

uma dissolução conceitual do unitário direito à intimidade, mas indicam sua ampliação e adaptação às exigências de um mundo em mutação. Não existe, por conseguinte, uma pluralidade de conceitos, existe um conceito unitário de textura aberta, plural, dinâmica e globalizadora¹⁴.

Com efeito, identifica-se como núcleo primogênito do direito à intimidade a *faculdade concedida ao indivíduo, oponível erga omnes, de rechaçar o conhecimento a terceiros de aspectos da sua vida pessoal que não deseja transmitir*. Esta faculdade decorre de algumas exigências da própria condição de ser humano, presente na liberdade e na autonomia jurídica individual.

A partir deste núcleo substancial, alguns aspectos da vida privada são protegidos, via de defesa (*status negativo*), tais como o respeito à inviolabilidade do lar, a proteção às comunicações escritas ou orais, os costumes domésticos, ao comportamento e às manias, todo fato ou atividade pessoal que não interessem à coletividade.

Somado a tais fatores que inspiram tutela estatal, está a *faculdade de eleição* (*status positivo*) da pessoa sobre a revelação ou não de informações que diretamente lhe concernem, o que constitui a prefiguração da denominação *autodeterminação informativa*¹⁵.

Entretanto, vale consignar que não há motivo para qualificar de individualista esta estreita conexão que liga o direito à autodeterminação informativa ao direito à intimidade. Tal afirmação se justifica pelo fato de que a própria intimidade deixou de ser um privilégio do ser humano isolado para se conformar em um valor constitucional da vida comunitária¹⁶.

Um sucinto relato sobre o desenvolvimento teórico do direito à autodeterminação informativa

A proteção dos dados pessoais foi evidenciada depois dos impulsos tecnocráticos dentro da administração pública que seguiram o pós-guerra e que, na década de 1960, com a concorrência da informática, inspiraram projetos como os do estadunidense NATIONAL DATA CENTER ou o francês SAFARI¹⁷.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ P. L. Murillo De La Cueva, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Editorial Tecnos: Madrid, 1990, p.25: “El concepto del derecho a la autodeterminación informativa es fruto de la reflexión doctrinal y de las elaboraciones jurisprudenciales que se han producido en otros ordenamientos en relación con el control, por parte del sujeto afectado, sobre las informaciones que se refieren a su persona o a su familia. Se construye a partir de la noción de intimidad, *privacy, riservatezza, vie priveé* y se encamina a dotar a las personas de cobertura jurídica frente al peligro que supone la informatización de sus datos personales”.

¹⁶ A. E. Pérez Luño, *El Derecho a la Intimidad*, em *Constitución y Derechos Fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2004. Pag. 639-668.

¹⁷ Em 1965 o Bureau of Budget, responsável pelo orçamento norte-americano apresentou, com fulcro na eficiência da Administração, uma proposta que seria uma evolução natural da estrutura administrativa que se tornaria possível com a utilização da informática, construir uma central única de armazenamento de informações pessoais, reunindo as informações sobre

O impulso inicial para uma discussão doutrinária partiu da reação a estes projetos, para logo após fundamentar as primeiras iniciativas legislativas da matéria. Desta doutrina, a primeira obra de maior influência foi, provavelmente, *Privacy And Freedom* de Alan Westin (1967), que propôs um modelo de definição da privacidade baseado na autodeterminação. Seguiram esta discussão Charles Friend (1968), Arthur Miller (1971), Louis Iusky (1972)¹⁸, dentre outros.

A doutrina costuma dividir em três fases o tratamento legislativo dedicado ao tema. A fase inicial se caracteriza pelo rigor na criação dos arquivos informatizados. A falta de experiência no tratamento com tecnologias, o receio de um uso indiscriminado e o desconhecimento das consequências fez com que se optasse por princípios de proteção geral bastante abstratos e amplos, focalizados basicamente na atividade do processamento de dados, além de regras concretas e específicas dirigidas aos agentes diretamente responsáveis pelo processamento. Tratou-se dos bancos de dados e não de privacidade. Não se previa a participação do cidadão no processo.

As leis de primeira geração se tornaram ultrapassadas, diante da multiplicação dos centros de processamento de dados, o que tornou virtualmente ineficaz um controle baseado em normas que estabeleciam minuciosamente alguns aspectos do funcionamento dos bancos de dados. A lei do Land Hesse, de 07.10.1970 na Alemanha é a primeira a regular a proteção dos dados informatizados de titularidade pública. A lei posterior, de 27.01.1977 disciplinou os arquivos públicos e privados¹⁹.

os cidadãos disponíveis em outros órgãos federais, unificando os cadastros do Censo, dos registros trabalhistas, do fisco e da previdência social: o NATIONAL DATA CENTER.

O temor do poderio de manipulação dos dados fez com que várias audiências fossem feitas pelo Congresso, o qual rechaçou a visão do órgão idealizador. Descobriu-se que havia uma escolha que poderia ser feita, e que uma arquitetura de informações pessoais distribuída e não centralizada por si só ofereceria melhor proteção ao cidadão contra a utilização indiscriminada de seus dados.

Na França, em 1970, o *institut national de la statistique* idealizou o projeto SAFARI (Système Automatisé pour lès Fichiers Administratifs et le Répertoire des Individus), pautado na mesma eficiência administrativa, que consistiria na transferência dos dados pessoais dos cidadãos franceses nas mãos da administração pública para sistemas informatizados. Cada pessoa seria identificada por um número, invariável por toda vida. Em 1974, o primeiro ministro francês vedou qualquer interconexão de dados entre ministérios diferentes, uma medida que encerrou o projeto SAFARI.

¹⁸ Em 1974, as autoras McLaughlin e Vaupel (M. M. McLaughlin e S. Vaupel, *Constitutional right of privacy and investigative consumer reports: Little brother is watching you*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly* 2/773-828, 1974-1975) publicaram, nos EUA, um artigo sobre o direito à privacidade e as informações contidas em vários bancos de dados sobre os consumidores. Apontaram o perigo de violação da intimidade do consumidor e de discriminação pela existência dos “credit bureaus”, bancos de dados sobre comportamento do consumidor, cujas informações eram vendidas para fornecedores e direcionavam crédito e outras decisões.

¹⁹ Ainda se pode citar a lei sueca de 11.05.1973, a lei dinamarquesa de 18.06.1978 e a lei austriaca de 18.10.1978.

A segunda fase se compõe de normas menos austeras. A estrutura destas leis é fundamentada na privacidade e na proteção dos dados pessoais como uma liberdade negativa e não mais no fenômeno computacional. Percebeu-se que o fornecimento de dados pessoais pelos cidadãos tinha se tornado um requisito indispensável para a sua efetiva participação na vida social. Tanto os entes privados como os públicos utilizavam frequentemente os dados pessoais para seu funcionamento. Concluiu-se que o exercício puramente individual desta liberdade era fundamental para a própria socialização dos indivíduos. Como exemplos expoentes se pode citar a lei francesa²⁰ de 06.01.1978, a lei suíça de 1981, a lei da Islândia de 26.05.1981 e a de Luxemburgo de 30.03.1979.

O convênio de Estrasburgo, de 28.01.1981 inicia a terceira fase, de unificação do direito europeu. É marcada pela tentativa de garantir os direitos e de não obstaculizar o desenvolvimento do setor informático. Preocupa-se em garantir a liberdade de fornecer ou não os dados pessoais. Reconhece-se que tal rito envolve a participação do indivíduo na sociedade e leva em consideração o contexto no qual lhe é solicitado que revele seus dados, estabelecendo meios de proteção para as ocasiões em que sua liberdade de decidir é limitada. Lei do Reino Unido de 12.07.1984, a Lei alemã de 20.12.1990, a lei de Portugal de 20.04.1991, a Lei espanhola de 31.10.1992 e a recente de 13.12.1999 e a lei italiana de 31.12.1996. A grande novidade foi a diretiva comunitária 95/46

A terceira geração se caracteriza, ainda, por alguns Estados preverem na Constituição (Espanha e Portugal) a matéria e pela perspectiva de unificação do direito²¹.

Sem embargo, é usual se afirmar que a principal contribuição para a configuração do direito à autodeterminação informativa 15 de dezembro de 1983 do *Bundesverfassungsgericht* alemão sobre a Lei do Censo da população (*Volkszählungsgesetz*). A jurisprudência alemã confirma a autodetermi-

²⁰ A lei francesa cria a Agência Nacional para proteção de dados com o objetivo de controlar e garantir a segurança da informação pessoal.

²¹ D. Doneda, *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Insta consignar que o autor Danilo Doneda identifica a quarta geração das leis que se ocupam do assunto e que se caracteriza por tentar suprir as desvantagens do enfoque individual existente. Percebe-se que não se pode basear a tutela dos dados pessoais simplesmente na escolha individual. Estas leis buscam fortalecer a posição da pessoa em relação às entidades que coletam e processam seus dados, reconhecendo o desequilíbrio nesta relação, reduzindo o papel da decisão individual na autodeterminação informativa, pois se parte da idéia de que certas modalidades de tratamento de dados pessoais necessitam de uma maior proteção, não circunscrita exclusivamente a uma decisão individual. Ainda, há outras características descritas pelo Autor como a disseminação do modelo das autoridades independentes para a atuação da lei, a criação de normas conexas específicas para alguns setores (saúde, crédito, consumo) que permitem maior eficácia dos princípios presentes, consideradas as particularidades inerentes.

nação informativa (*informationelle Selbstbestimmung*) como faceta da intimidade, ou seja, como liberdade do cidadão para determinar quem, o que e em qual ocasião (*wer, was, wann, bei welchen Gelegenheit*) se pode conhecer e/ou utilizar dados que lhe afetem²².

A Corte distingue dois tipos de bancos de dados públicos. Os que são constituídos pela Administração para execução da lei e aqueles para fins estatísticos, sendo que para os primeiros as regras são mais restritivas. A Lei do Censo não seria conforme à Constituição, porque o legislador deveria prever diversas garantias procedimentais a favor dos cidadãos. Os dados recolhidos poderiam ser utilizados ao mesmo tempo para fins administrativos e estatísticos e se estaria caracterizando, deste modo, a diversidade de finalidades, impedindo que o cidadão conhecesse o uso efetivo do que seria feito de suas informações. O Tribunal reconheceu o princípio da finalidade na coleta de dados pessoais.

Ainda que fossem informados os administrados sobre seus direitos, deveriam também saber os prazos para eliminação de dados pessoais que permitissem uma identificação. Ademais, não havia previsão de recrutamento de pessoas para trabalhar no censo que não fossem vinculadas à administração e tampouco mencionava a cessão dos dados a outros administradores. Por estes motivos, a lei foi declarada inconstitucional.

Em síntese²³, o Tribunal entendeu que o programa de coleta de dados estabelecido pela Lei do Censo não contemplava um registro e uma catalogação da personalidade compatíveis com a dignidade humana, nem respondia aos imperativos de claridade normativa e proporcionalidade. Seriam, então, igualmente necessárias medidas de direito processual para assegurar a autodeterminação informativa²⁴.

²² Na época, não havia norma expressa na Constituição. A norma básica de referência era o direito geral de respeito à personalidade, art. 2.1, e o art. 1.1, que garante a dignidade da pessoa humana, da Lei Fundamental. Este direito comprehende em particular o poder que cada indivíduo possui, ele mesmo, quando e em que limites os dados sobre a sua pessoa podem ser revelados. A sentença diz que um dado que, em si, não aparenta nenhuma importância, pode adquirir um novo valor se somado a outros. Além disso, ressalta que a capacidade tecnológica de memorizar informações pessoais concernentes às pessoas é praticamente ilimitada.

²³ O Tribunal extrai do direito fundamental do livre desenvolvimento da personalidade a faculdade de cada indivíduo de dispor sobre a revelação e o uso de seus dados pessoais. Para a proteção da autodeterminação informativa o Tribunal se baseou na: 1) reserva de lei da qual dependem as restrições de direito de autodeterminação informativa, que se encontra em função da aplicação concreta, pois 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 da comunicação e 2) para cada reprodução individualizada de dados sempre há que se considerar o princípio de uma finalidade concreta.

²⁴ A consequência desta sentença sobre o censo foi clara: influenciou as inovações legislativas na Alemanha, na Áustria, na Noruega e na Finlândia. Na Alemanha, os dados coletados para fins estatísticos foram separados das informações individuais, o cidadão era cuidadosa-

Entretanto, devemos ponderar que a faculdade de autodeterminação informativa não compreende um direito absoluto ou irrestrito sobre os dados do cidadão. A informação pessoal oferece um cenário da realidade social, necessário inclusive para o interessado²⁵. O direito à autodeterminação informativa proporciona ao indivíduo o controle sobre suas informações. Este direito fundamental é entendido como uma afirmação do personalismo conjugado com a dimensão da participação social de cada indivíduo. Não é um direito concedido ao cidadão com fins egoísticos, pois deve exercê-lo na condição de membro da sociedade.

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

IV. O direito à intimidade e os bancos de dados no Brasil

O contexto brasileiro do direito à intimidade

Uma primeira questão que temos de esclarecer é a diferença terminológica existente no Texto Constitucional Brasileiro. Insertos na condição de direitos fundamentais no artigo 5º, inciso X, o direito à intimidade e o direito à vida privada provocaram controvérsias na doutrina brasileira²⁶, que se ocupou em formular os conceitos de cada um, tentando esclarecer esta diferença. Entretanto, sobre as noções de intimidade e vida privada gravita uma aura subjetiva que as confere imprecisão e dubiedade, dificultando a exatidão de seus significados²⁷.

mente informado sobre as finalidades da coleta de dados e sobre sua obrigação de fornecê-las; a transferência de dados pessoais entre autoridades federais e regionais foi simplesmente vetada.

²⁵ Essa é a lógica do Direito Social moderno, no interior do qual a relação entre intimidade e a era da informação deve ser entendida. No Direito Social, a autodeterminação informativa passa a ser vista como um direito à cidadania e não somente do indivíduo. É um autogoverno que inclui o direito a delimitar de forma cambiante o que constitui a própria intimidade.

²⁶ A propósito, a título de ilustração, podemos trazer a colação um conceito sobre intimidade: “A faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano” em C. Ribeiro Bastos; I. G. Martins, *Comentários à constituição do Brasil*, vol.2, p. 63.

²⁷ Nos EUA é usada a expressão *right of privacy (right to be let alone)*. Na França droit à la vie privée ou droit à l'intimité. Na Itália diritto alla riservatezza e diritto alla segretezza ou

A maioria da doutrina considera que as expressões são sinônimas. Representam uma relação de gênero e espécie, constituindo a intimidade um âmbito mais restrito da vida privada. A indeterminação é uma característica ontológica da própria construção da esfera privada. Resulta difícil tecer um conceito inflexível de intimidade ou de vida privada, dada a contundente equívocidade de seus contornos, os quais se norteiam, como já analisamos, pelos valores sociais, temporais, culturais e individuais.

Alguns autores preferem traçar uma distinção lingüística e constitucional de intimidade e vida privada. Vida privada ou vida particular designa aquela afastada do convívio ou da observação de terceiros. Engloba todas as manifestações que estão apartadas da projeção (vida) pública do indivíduo decorrentes do papel social que cada qual possui na sociedade. O que se pode concluir é que a Constituição de 1988 usa a expressão “vida privada” para proclamar a distinção entre as coisas da vida pública e as da vida privada, no estabelecimento de limites, numa lógica que também é de exclusão²⁸.

A intimidade tem um caráter mais restrito. Refere-se a fatos e atos mais particulares e pessoais, resguardados numa atmosfera de confiança, numa comparação ao estadunidense *right to be let alone*²⁹.

Não obstante, grande parte dos doutrinadores brasileiros adota a expressão *direito à privacidade*³⁰, em sentido amplo, de modo a abarcar essas manifestações da intimidade e da vida privada. Privacidade seria o conjunto

rispetto della vita privata. É incontroverso que a conceituação da vida privada e da intimidade representa, ainda, um desafio à comunidade jurídica internacional. Entretanto, é igualmente inconteste que alguns aspectos básicos são comuns a todas as culturas e valorizados como circunstâncias da vida privada: condições de saúde e física, vida amorosa, sexual, familiar, religiosa.

²⁸ A princípio, quando se pensa em uma esfera privada implica normalmente se adota um discurso excluente. A própria gênese da *civitas* pode ser creditada a esta exclusão como o mito dos irmãos fundadores de Roma: Rômulo traça limites que Remo não respeita, motivo pelo qual este acaba sendo punido com a morte. O sentido desta delimitação é justamente separar algo que deveria estar dentro do que não deveria estar.

²⁹ Comenta Doneda (*ob. cit. p.*) que a discussão dogmática sobre os limites entre ambos conceitos, visto o grau de subjetividade que encerra, desvia o foco do problema principal, que é a aplicação do direito fundamental da pessoa humana em questão, em sua emanção constitucional. De qualquer forma, em termos práticos, esta diferenciação apresenta uma importância reduzida, pois os efeitos jurídicos da violação da intimidade e da vida privada são idênticos, ensejando, no âmbito civil, o dever de reparação.

³⁰ O vocábulo “privacidade” é um anglicismo, sendo proveniente de *privacy*. Antes de sua importação, ao adjetivo “privado” ou “privativo” correspondia o substantivo “privatividade”. O conceito de *privacy* foi concebido em um ambiente cultural e jurídico muito diferente do brasileiro, no qual a própria necessidade de um conceitual atende necessidades distintas. Já se fez uma análise indicando que na jurisprudência norte-americana o *right to privacy* ocuparia o lugar de um verdadeiro *direito geral de personalidade*. No ordenamento norte-americano, o *right to privacy* assume um caráter bastante abrangente, que deve ser devidamente filtrado para ser transposto para a nossa cultura jurídica.

de informações acerca do indivíduo, que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições³¹.

Ainda, no artigo 5º texto constitucional são tutelados: a inviolabilidade da casa, no inciso XI; o sigilo de dados, da correspondência e das comunicações, no inciso XII; a exceção do princípio da publicidade, no inciso LX e o *habeas data*, no inciso LXXII.

Entretanto, a legislação infraconstitucional vigente não oferece proteção específica da intimidade, embora se possa encontrar tutela expressa em algumas disposições legais³².

Examina Doneda³³, com propriedade, que algumas particularidades históricas podem apontar os motivos da configuração deste direito no Brasil. O próprio perfil social do país, dada a existência de problemas estruturais de maior extensão, poderia sugerir que a proteção de dados pessoais seja, ao menos em termos quantitativos, uma demanda de menor apelo. Não é sentida de forma uniforme por uma população de perfil heterogêneo como a brasileira, pelo simples motivo de que o interesse em sua tutela se desenvolve somente depois de uma série de outras necessidades básicas. É uma questão de prioridade.

Ademais, a participação incipiente de grande parte dos brasileiros no mercado formal de trabalho, por exemplo, reflete o fato de que suas informações pessoais sejam de menor interesse para entes privados, que focalizam a coleta de informações nos extratos com maior poder econômico. Este fato, por si só, afasta o pleito pela tutela, ao menos em tese, de uma determinada faixa da população³⁴.

Não podemos desconsiderar este raciocínio levantado. A privacidade, como vimos, nasceu, pelas circunstâncias patrimonialistas da época, como um privilégio classista. Atualmente, o sistema econômico prevalente, direciona a preocupação sobre privacidade à outra camada social: os consumidores. Quem interessa ao mercado, quem merece ser registrado em um banco de dados, é quem tem o capital para satisfazer o lucro do empresariado.

Referido Autor alerta que se examinado o problema de forma analítica, poder-se-ia demonstrar que certas características da privacidade que podem

³¹ D. Duarte De Queiroz, *Privacidade na Internet*, em *Direito da Informática. Temas polêmicos*, Demócrata Reinaldo Filho (coord.), Bauru, SP: Edipro, 2002, p. 81-96.

³² Podemos destacar: o art. 10 da Lei 9.296/96; no Código Civil o art. 21, no Código Penal, artigos 150, 151, 152, 153, 154, 313-A, 313-B, 325, o art. 7º da Lei 11.111/2005.

³³ *Ob. cit.*, p. 137.

³⁴ Segundo esta linha, o Autor faz um paralelo afirmando que a necessidade de se estabelecer mecanismos de proteção de dados pessoais varia conforme o padrão médio de consumo de sua população, assim como de outros fatores, a educação e a própria penetração tecnológica no cotidiano.

fazê-la superar esta obstrução: a dimensão coletiva da privacidade (que passa pela conotação política do controle sobre o indivíduo e pelo imperativo de não-discriminação de minorias) e a própria interdependência da tutela da privacidade com o livre desenvolvimento da personalidade.

Neste sentido, a evocação da privacidade supera o tradicional quadro individualista e se dilata em uma dimensão coletiva, do momento que deixa de considerar o interesse somente individual, atendendo também aos interesses do grupo social. Desta dimensão coletiva surge a conotação contemporânea da proteção da privacidade, que se manifesta, sobretudo, através da proteção de dados pessoais atuando em um universo de interesses ligados à personalidade e às liberdades fundamentais da pessoa humana.

Os bancos de dados

Um abrangente conceito de banco de dados é dado por Carvalho³⁵ que os considera, em sentido amplo, como toda compilação de informações, obras e outros materiais organizados de forma sistemática e ordenados segundo determinados critérios e finalidades específicas, feitas por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, sob a forma de fichas, registros ou cadastros, por processo manual, mecânico ou eletrônico, para uso próprio ou fornecimento a terceiros, de forma a facilitar o seu acesso e manuseio.

A importância dos bancos de dados na atualidade ganha relevo com a exigência de informações que tanto o Estado como o mercado necessitam³⁶. No contexto brasileiro, a massificação das relações acentuou a dificuldade dos sujeitos participantes de um negócio jurídico se identificarem e, por consequência, de avaliarem o grau de confiabilidade e a capacidade creditícia da parte interessada.

Entretanto, os bancos de dados vêm sendo utilizados para fins diversos, que vão desde o arquivamento de informações simples, como o nome e o endereço do usuário, para facilitar a sua identificação nas relações com fornecedores de bens e serviços, até a combinação de dados mais complexos para se traçar um perfil detalhado do usuário, de seus hábitos, gostos e preferências. A utilização de dados pessoais pode servir a variados propósitos, como publicitários, políticos e até persecutórios, podendo, pois, gravar de ilicitude o seu uso desvirtuado.

Na sociedade do consumo, regida pelo sistema capitalista, que tem como um de seus pilares a publicidade lucrativa, os dados dos consumidores po-

³⁵ A. P. Gambogi Carvalho, *O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos*, em *Revista de direito do consumidor*, n.46, p.77-119, abr./jun. 2003.

³⁶ Doneda (*ob. cit.*, p. 156).

dem ser dotados de um valor econômico³⁷. Podem servir de diretriz na hora de se formular as campanhas de marketing e estratégias de venda direcionadas, capazes, por conseguinte, de alcançar resultados mais efetivos. Aqui está o grande risco de se “coisificar” o cidadão, classificando-o apenas como um singelo instrumento da busca intrépida e incessante pelo lucro desmesurado.

Podemos encontrar, em sede legislativa, a Lei 8.159 de 08/01/1991 que dispõe sobre a gestão de arquivos públicos estatais. Nada que regule os princípios ou os requisitos para a criação de bancos de dados. Na verdade, a Lei tem a intenção de disciplinar os arquivos públicos estatais que visam o interesse cultural brasileiro, dando poderes ao Arquivo Nacional para a gestão e o recolhimento dos documentos produzidos e recebidos pelo Poder Executivo Federal³⁸.

A Lei 11.111, de 05 de maio de 2005³⁹, regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 5º da Constituição Federal⁴⁰. A mencionada Lei quer estabelecer normas para o acesso a documentos em órgãos públicos, não proclamando princípios para a criação e instituição dos bancos de dados.

A Lei 5.534, de 14 de novembro de 1968, no seu art. 1º, obriga o cidadão a prestar as informações solicitadas pela Fundação IBGE⁴¹ (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) para a execução do Plano Nacional de Estatística. Afirma que as informações prestadas terão caráter sigiloso, serão usadas exclusivamente para fins estatísticos, e não poderão ser objeto de certidão, nem, em hipótese alguma, servirão de prova em processo administrativo, fiscal ou judicial, excetuado, apenas, no que resultar de infração a dispositivos da lei⁴². O restante do texto normativo trata sobre as infrações e sobre

³⁷ T. Limberger, *A informática e a proteção à intimidade*, em: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v.8, n.33, p.110-124, out./dez 2000.

³⁸ Regulamentando esta lei foram emitidos vários decretos. Os vigentes são: o Decreto 4.073, de 03 de janeiro de 2002, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados; o Decreto 4553 de 27 de dezembro de 2002, que disciplina a salvaguarda de dados, informações, documentos e materiais sigilosos, bem como das áreas e instalações onde tramitam. Na mesma linha de intenção da Lei (como não poderia ser diferente), os Decretos não declaram normas ou princípios claros aplicáveis aos bancos de dados.

³⁹ Proveniente Medida Provisória nº 228, de 9 dezembro de 2004. Há um Decreto, nº 5301, da mesma data, que regulamenta tal medida.

⁴⁰ “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

⁴¹ O Decreto-lei 161, de 13 de fevereiro de 1967, instituiu a criação do IBGE, mas tal dispositivo trata, na maioria do seu texto, sobre questões orgânicas, não se referindo às normas informadoras dos bancos de dados.

⁴² Conferir também a Lei Nº 6.183 de 11 de dezembro de 1974.

o procedimento de recolhimento e execução das multas, nada relatando sobre os bancos de dados, públicos ou privados.

A mesma mensagem pode ser encontrada no art. 6º, da Lei 5.878, de 11 de maio de 1973, a qual modificou a Lei 5.534/68⁴³. Essa mencionada Lei, em seu artigo 2º, aduz que constitui objetivo básico do IBGE assegurar informações e estudos de natureza estatística, geográfica, cartográfica e demográfica necessários ao conhecimento da realidade física, econômica e social do País, visando especificamente ao planejamento econômico e social e à segurança nacional.

O Código Defesa do Consumidor, a Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, é atualmente o principal texto legal no Brasil⁴⁴ a regular⁴⁵ expressamente os bancos de dados, ainda que restrito às relações de consumo⁴⁶. Por este motivo, analisaremos com mais acuidade os seus dispositivos.

⁴³ O Decreto 73.177, de 20 de novembro de 1973, regulamenta a Lei nº 5.534, de 14 de novembro de 1968, modificada pela Lei nº 5.878, de 11 de maio de 1973, de que dispõe sobre a obrigatoriedade da prestação de informações necessárias ao Plano Nacional de Estatísticas Básicas e ao Plano Geral de Informações Estatísticas e Geográficas. Tal disposição normativa repete a mensagem de sigilo sobre os dados coletados e, em seu corpo, regula o procedimento de multa à não prestação de informações.

O Decreto Nº 77.624, 17 de maio de 1976, dispõe sobre a utilização, pelo IBGE, de dados informativos de origem governamental na produção de informações e estudos de interesse do planejamento econômico e Social e da segurança nacional. Não há novidade normativa sobre o tema, destacando-se o art. 2º que diz que caberá ao IBGE a expedição das normas que forem necessárias à uniformização de conceitos ao uso de classificação comum e à manutenção de metodologia uniforme de coleta, com vistas à compatibilização dos registros com os princípios da legislação em vigor sobre os Sistemas Estatístico e Cartográfico Nacionais e o Plano Geral de Informações Estatísticas e Geográficas. E no parágrafo 2º aduz que as normas a que se referem ao artigo serão desdobradas em projetos específicos e elaboradas pelo IBGE, em articulação com os órgãos, entidade e fundações interessados.

Percebemos que tal dispositivo confere ao IBGE poderes para definir os princípios informadores da coleta e proteção de dados dos administrados.

⁴⁴ No Brasil há proliferação de bancos de dados de consumo, com informações negativas e positivas sobre o consumidor. Não há nenhuma ofensiva administrativa digna de registro contra tais práticas. Há constante recusa do Banco Central em fiscalizar a maior empresa desse setor, SERASA (Centralização de Serviços dos Bancos S.A, que na sua criação, em 1968 a empresa se denominava Serviços de Assessorias SA; em 1970 teve seu nome alterado, mas a sigla original já tinha certa projeção, motivo da permanência).

⁴⁵ Para os bancos de dados que não tem como objeto a coleta de informações de consumidores não há, ainda, no Brasil normas infraconstitucionais específicas aplicáveis.

⁴⁶ Bessa, (L. Roscoe. *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003) traça um contexto histórico deste assunto. Os bancos de dados de proteção ao crédito surgiram com o objetivo de oferecer informações àqueles que pretendiam conceder empréstimo em dinheiro a alguém, parcelar o preço ou simplesmente adiar o pagamento para data futura.

As informações se referem aos aspectos teoricamente úteis para permitir uma melhor avaliação dos riscos de se conceder crédito à referida pessoa. O crédito possui quatro características básicas: confiança, prazo, interesse ou juro e risco. Por estes motivos, o fornecedor se

V. Os princípios do Código de Defesa do Consumidor que regem a matéria

Antes de comentar os princípios⁴⁷ do CDC, há uma interessante distinção feita por Bessa⁴⁸: arquivo de consumo⁴⁹ é o gênero do qual fazem parte os bancos de dados e os cadastros de consumidores. A característica comum entre os dois é que coletam e armazenam informações de terceiros para uso em operações de consumo. Entretanto, os bancos de dados têm: aleatoriedade da coleta; organização permanente; transmissibilidade extrínseca e

constitui no legítimo interesse de obter algumas informações do próprio consumidor e de terceiros, com a finalidade específica de avaliar os riscos do negócio.

A concessão de crédito ampara-se na crença de que o beneficiado irá, no futuro, cumprir as obrigações assumidas. Baseia-se especialmente no conhecimento de informações referentes à conduta do candidato ao crédito. Quanto mais conhecimentos se têm da pessoa, maior o crédito que se dá a ela. A própria palavra crédito provém do latim *creditum*, confiança, empréstimo.

Ressalta Bessa que a concessão de crédito era demorada, trabalhosa e complexa. O candidato a crédito preenchia um longo cadastro de informações, entre elas indicando o armazém onde realizava as compras, o seu alfaiate e, eventualmente, outras lojas onde comprava a crédito. A loja, por sua vez, possuía um quadro de funcionários com a função chamada de informante que percorriam, diária e pessoalmente, os locais indicados em busca de informações sobre o crédito da pessoa. O setor crediário dessas lojas pioneiras possuía cadastro de grande número de pessoas, o que fazia com que ficassem, no início de cada manhã, apinhados de informantes de outras lojas em busca de dados e informações dos clientes já por ela cadastrados.

Percebeu-se, naturalmente, que a coleta de informações seria mais ágil, eficaz e barata se exercida por entidade voltada, com exclusividade, para tal fim. Em julho de 1955, 27 comerciantes reuniram-se em Porto Alegre, na sede da associação de classe, para fundar o *Serviço de Proteção ao Crédito*.

Não havia objetivo lucrativo; a intenção era somente resguardar os interesses dos associados, possibilitando-lhes, com o conhecimento das informações, analisar melhor os riscos da concessão de crédito a determinada pessoa. Hoje há diversas empresas que exploram economicamente o setor de proteção ao crédito, investindo em novas tecnologias.

⁴⁷ Inspirou-se em modelos normativos de outros países. A maior influencia foi do *Projet de Code de la Consommation*. Os direitos básicos do consumidor foram extraídos da Resolução 39/248 da ONU. Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España (Ley 16/1984). Lei 29/81, de Portugal. Ley Federal de Protección al Consumidor, de 05.02.1976, do México e a Loi sur la Protection du Consommateur, de 1979, Québec.

Em relação a matérias específicas, diretrivas 84/450 (publicidade) e 85/374 (responsabilidade civil pelos acidentes de consumo).

Dos EUA: Federal Trade Commision Act, do Consumer Product Safety Act, do Truth Lending Act, Fair Credit Reporting Act; Fair Debt Collection Practices Act. (p.163)

Um traço marcante no CDC é o seu caráter principiológico que norteia o labor do hermenêutica. O *caput* do art. 4º refere-se à importância do respeito à dignidade, saúde, segurança e aos interesses econômicos do consumidor, bem como à melhoria da qualidade de vida, à transparência e harmonia nas relações de consumo.

O inciso I do art. 4º indica que a necessidade de proteção do consumidor decorre de sua fragilidade, é dizer, da sua vulnerabilidade. Aliado a este, há mais sete incisos que expõem os princípios desta lei. O art. 6º proclama em 9 incisos alguns direitos básicos do consumidor.

inexistência de autorização do conhecimento do consumidor. Nos cadastros de consumo, a permanência das informações é acessória, já que o registro não é um fim em si mesmo, estando a manutenção dos dados vinculada ao interesse comercial atual ou futuro. Não há aleatoriedade, pois o universo subjetivo que move o arquivista coincide com aquele da sua própria atuação empresarial: os cadastráveis tendem a ser bem delimitados, normalmente associados a um grupo pequeno de consumidores, efetivos ou potenciais. Há preponderante benefício ao arquivista, concluindo-se pela transmissibilidade interna ou intrínseca.

A doutrina classifica os dados⁵⁰ em: a) públicos, relevantes para toda a sociedade, atendendo a sua divulgação ao direito de informar e ser informado: acidentes, crimes, eleições, gastos públicos; b) pessoais de interesse público: nome, domicílio, estado civil, filiação, c) sensíveis: seriam determinados tipos de informação que, caso sejam conhecidas e processadas, prestasse-iam a uma potencial utilização discriminatória ou particularmente lesiva (pensamentos, opiniões políticas, situação econômica, raça, religião, vida conjugal e sexual).

O CDC considera arquiváveis, independente da vontade do seu titular, somente os dados não sensíveis, pois se relacionam diretamente com o funcionamento da sociedade de consumo. São dados relevantes para a caracterização da idoneidade financeira do consumidor⁵¹.

O CDC não faz distinção expressa quanto à sua incidência em relação a bancos de dados públicos ou privados. A referencia do art. 43, 4. quando afirma entidades de caráter público não tem a ver com a classe ou a natureza jurídica da administradora do banco de dados. Entende-se que o caráter público denota que os bancos de dados de consumo atuam em uma seara permeada pelo interesse público, não havendo que se falar em exclusão ou atenuação dos deveres impostos às entidades arquivistas. Seu funcionamento e administração apresentam interesse para a sociedade. O armazenamento dos dados sobre os consumidores não interessa apenas ao proprietário do arquivo, como também às pessoas nele inscritas.

⁴⁸ Bessa, (*ob. cit.*)

⁴⁹ As empresas de cadastro de consumo oferecem, em geral, aos seus clientes, informações negativas (registros de pendências financeiras, cheques sem fundo ou protestos) ou positivas (registros sobre hábitos de pagamentos, compras, etc) relativas a pessoas físicas e jurídicas. Toda essa atividade confluí para a formação de um verdadeiro perfil de cada consumidor. O avanço tecnológico contribui para que as novas informações sejam agregadas, cruzadas com outras e transmitidas em uma velocidade real.

⁵⁰ Dado é uma informação em sua dimensão mais reduzida. Uma única informação isolada, destacada. Estará excluída de todo e qualquer contexto interpretativo que lhe possa atribuir algum valor. Uma informação singular, pois terá, como único, valor, o seu próprio valor informacional intrínseco. Informação individualizada.

Isoladamente, talvez, não tenham importância, pois um dado nada significa. Quando há contextualização (primária) pode-se conferir a um dado pessoal característica de relevante.

⁵¹ A. P. Gambogi Carvalho, *ob. cit.*, p. 93.

Os arquivos de consumo auxiliam na dinâmica das relações consumeristas, de modo que informações que não cumprem este propósito, que não acresçam qualquer benefício ao fim, não devem ser objeto de arquivamento sem expressa autorização. De todos os modos, os dados devem ser expostos de forma objetiva e transparente, isentos de avaliações subjetivas ou passionais, que invadam a privacidade do indivíduo⁵².

Para que os bancos de dados sejam considerados legítimos, a luz do CDC, devem atender a certos requisitos.

Há um *dever de comunicação prévia* ao consumidor e, no caso de dados sensíveis, de obtenção da *anuência expressa* para a abertura do cadastro⁵³.

Pode ser feita a abertura de arquivos de dados sobre um consumidor por deliberação do organizador do banco de dados, por requerimento do fornecedor interessado em uma relação de consumo ou por pedido do próprio consumidor. Para que possa ser coletado e armazenado qualquer tipo de dado pessoal, sensível ou não, em um banco de dados por iniciativa do gestor ou do fornecedor interessado o CDC exige que o consumidor seja comunicado previamente por escrito da abertura do cadastro, ficha, registro e dados pessoais de consumo. Deverá ainda o consumidor ser informado sobre a fonte dos dados e sobre o conteúdo, antes da disponibilidade da informação ao público.

Tal direito de ciência da inscrição no banco de dados cumpre não só a função de informar ao consumidor, facilita a possibilidade de tomar as medidas que lhe convir, quer seja verificando a correção e veracidade das informações, quer seja evitando a exposição a situações vexatórias.

O dever de comunicação imposto pelo CDC se aplica ao organizador do banco de dados e ao fornecedor que deu origem à informação, pois ambos, em razão desta omissão, são considerados solidários por danos eventualmente causados ao consumidor.

Quanto aos dados sensíveis, resulta insuficiente a simples comunicação. Por lógica, há a necessidade de se pedir o consentimento prévio para que o banco de dados realize a coleta e o armazenamento de dados personalíssimos, que não estejam intrinsecamente relacionados às relações de consumo⁵⁴.

Os bancos de dados têm o *dever de garantir ao consumidor o acesso aos seus dados*. É assegurado ao consumidor o direito de acesso irrestrito, imediato e gratuito às informações a seu respeito que se encontrem armazena-

⁵² *Id.* p. 94.

⁵³ Art. 43, § 2º “A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele”.

⁵⁴ *Id.* p. 96.

das, bem como às fontes do registro e à identificação dos destinatários das informações⁵⁵. Tal direito visa dar ao consumidor meios de defesa do seu direito à autodeterminação informativa, para detectar a origem dos dados, retificá-los ou suprimi-los se impertinentes, além de se prestar a identificar os responsáveis em uma possível reparação de danos.

A entidade arquivista tem o *dever de manter apenas informações corretas, claras e atuais e o direito do consumidor à retificação de dados*. As informações têm de ser verdadeiras, inquestionavelmente corretas, dotadas de atualidade, clareza e de fácil compreensão⁵⁶. É facultado ao consumidor, de acordo com o §3º, do art. 43 do CDC, o direito à retificação imediata, bem como o resarcimento de eventuais dispêndios para realizar a correção. Caso as informações incorretas tenham sido difundidas a terceiros, estes devem ser comunicados da alteração, no prazo máximo de cinco dias úteis.

Se interpelado pelo consumidor sobre a incorreção da informação guardada, o arquivista deverá provar a veracidade e a atualidade dos acervos que administra, além de evidenciar que o arquivamento não viola a privacidade do consumidor.

O gestor do banco de dados tem o *dever de utilizar os dados apenas para os fins para os quais foram armazenados*. Se faz mister que seja utilizado com o fim exclusivo de proteção da universalidade do crédito, é dizer, de alertar os potenciais credores sobre os riscos envolvidos ao negociarem com um determinado consumidor. O uso dos dados para fins diversos, como a comercialização ou a cessão a terceiros, ofende a boa-fé objetiva e o direito constitucional do consumidor à intimidade⁵⁷.

Neste sentido, exige-se um *acesso restrito dos arquivos de consumo a terceiros*⁵⁸. É vedado o acesso de forma coletiva e massificada às informações

⁵⁵ O *caput* do art. 43 dispõe que “O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes”.

⁵⁶ “Art.43, § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos”.

⁵⁷ A sistemática adotada pelos EUA não impede que as empresas vendam o conteúdo dos bancos de dados, desde que o usuário seja informado desta possibilidade, bem como das condições que a transferência se efetuará. Vigora o *negative option*, em que a permissão do uso dos dados dos usuários é a regra, salvo quando o titular se manifesta ao contrário.

Os europeus adotam o sistema *positive option*, ou seja, a necessidade de autorização expressa dos titulares para cessão de seus dados.

⁵⁸ A Lei Complementar 105/01 em seu art. 1º, §3º, I, II; não estima como violação ao sigilo bancário a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco e o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito; observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil.

arquivadas. Não é lícito que qualquer pessoa as acesse. A acessibilidade deve ser restrita ao titular dos dados ou aos fornecedores associados ao arquivo de consumo, legitimamente interessados em um negócio concreto.

Ainda, o acesso deve ser solicitado de forma individualizada, nunca em grupo. A prática da mala direta, sistema pelo qual o banco de dados regularmente informa os fornecedores associados sobre a situação creditícia dos consumidores cadastrados, é iníqua e abusiva.

Pode-se, igualmente, destacar *o prazo de permanência de informações negativas sobre o consumidor nos arquivos de consumo*. O prazo genérico do §1º do art. 43 reputa como ilegal a informação negativa do consumidor que exceda cinco anos. No mesmo artigo, o prazo específico do §5º proíbe os arquivistas de fornecerem, após a prescrição da ação de cobrança de débitos do consumidor, qualquer informação capaz de impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

A fixação legal de um período máximo para o arquivamento de determinados dados do consumidor é uma aplicação do chamado “direito ao esquecimento”. Tem por finalidade evitar o armazenamento de informações por tempo indeterminado, evitando que o controle da inadimplência do consumidor se configure em uma pena perpétua e/ou que uma dívida surta efeitos extrajudiciais, mesmo após a sua prescrição.

Convém mencionar que a *fiscalização* dos arquivos de consumo é competência do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor⁵⁹, segundo prevê o art. 3º, incisos I e X, do Decreto 2.281/97. O descumprimento das regras antes descritas pode ensejar a responsabilidade penal⁶⁰, administrativa⁶¹ e civil do organizador do banco de dados e do fornecedor responsável pela inclusão no arquivo de dados sobre o consumidor.

A *responsabilidade* é objetiva e solidária⁶², não podendo ser atenuada por instrumento contratual dada a sua natureza cogente e indisponível. O organi-

O legislador deixou a cargo do CMN e do BCB normas que seriam de sua competência exclusiva, pois o sigilo bancário pode ser considerado integrante do direito à privacidade. Mais uma vez, o cidadão se vê desprotegido frente ao mercado capitalista, graças a mais uma omissão preterintencional legislativa.

⁵⁹ O art. 9º do Decreto 2.181/97 aduz que: “A fiscalização das relações de consumo de que tratam a Lei 8.078/90, este Decreto e as demais normas de defesa do consumidor será exercida em todo o território nacional pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, por meio do DPDC, pelos órgãos federais integrantes do SNDC, pelos órgãos conveniados com a Secretaria e pelos órgãos de proteção e defesa do consumidor criados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, em suas respectivas áreas de atuação e competência”.

⁶⁰ Art.72 e 73, do CDC.

⁶¹ Dec. 2.181/97 art. 13, X a XV.

⁶² Em tema de responsabilidade, o CDC estabelece como regra geral a desnecessidade de averiguação da culpa para surgir o dever de indenizar. Funda-se na teoria do risco da atividade que é incompatível com o sistema da responsabilidade subjetiva com culpa.

zador do banco de dados responde pela irregularidade do arquivo, tenha sido a sua conduta culposa ou não, e de nada lhe vale alegar que a iniciativa do registro indevido proveio do fornecedor associado. Não cabe discutir se a entidade agiu com intenção, negligência imprudência ou imperícia na realização da inscrição. Entretanto, é assegurado o direito de regresso contra o efetivo causador da inscrição indevida.

Ao consumidor é suficiente, para obter êxito em sua pretensão indenizatória, demonstrar, a par dos danos, que a entidade arquivista ou o fornecedor realizou o registro sem atender a qualquer um dos pressupostos indicados pelo ordenamento jurídico ou que não atendam os pressupostos teleológico e substantivo.

No Código Civil, o art. 927⁶³ seria aplicável à matéria, pois talvez não exista maior exemplo de atividade potencialmente ofensiva aos direitos da personalidade do que a exercida pelos bancos de dados. A mera existência dos arquivos expõe a perigo, pela natureza da atividade desenvolvida, o direito à privacidade.

Em sede jurisprudencial, constata-se que raramente há esta discussão.

VI. O caráter público dos arquivos de consumo e a garantia constitucional do *habeas data*⁶⁴

Dando maior proteção ao consumidor, o CDC dispôs em seu art. 43, §4º que os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. Com esta mensagem, o texto legal os dota de relevância social, facultando ao consumidor o manejo do remédio constitucional do *habeas data*⁶⁵.

O *habeas data*⁶⁶ tem a função de assegurar o conhecimento de dados arquivados relativos ao interessado e a de retificar eventuais erros constantes

⁶³ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

⁶⁴ O *Hábeas data* foi concebido na Constituição de 1988 como um instrumento essencialmente político. Os membros da Assembléia Constituinte tinham em mente, sobretudo, os registros do antigo Serviço Nacional de Informações – SNI, durante o regime militar.

⁶⁵ O voto presidencial do art. 86 do CDC, que enfatizava a abrangência do *habeas data* como instrumento de defesa do consumidor, foi motivado pelo argumento de que o texto era incompatível com a natureza constitucional do *habeas data*, o qual deveria se ocupar de direitos subjetivos públicos, gerados por atos de agente do Poder Público. Esta exclusão é criticada pela doutrina que entende ser incongruente com a mensagem do CDC, já que o citado §4º equiparou de forma explícita a atuação dos arquivos de consumo às entidades de caráter público.

⁶⁶ Tradução: “que tenha os dados”.

destes dados. Tal retificação deve ser ampla; podendo-se corrigir, anular, subtrair e acrescer dados constantes no registro. O consumidor, então, pode recorrer aos instrumentos processuais previstos no CDC e na legislação processual civil, bem como impetrar o *habeas data*.

A ação judicial do *habeas data* é prevista no inciso LXXII⁶⁷, da Constituição Federal e regulada pela Lei 9.507/97, onde consta a necessidade do exaurimento da via administrativa para posterior impetração do remédio constitucional. O texto legal, na maioria de seus artigos, trata de aspectos processuais (o procedimento, a competência) reservando pouco conteúdo material sobre o tema.

Entretanto, há uma controvérsia sobre o parágrafo único do art. 1º, da referida Lei⁶⁸. Alguns autores estimam que o caráter público do arquivo de consumo é aplicável apenas nos casos em que os registros difundem a terceiros, excluindo desta possibilidade os cadastros (para uso exclusivamente interno). Ou seja, não havendo publicidade do banco de dados a terceiro, mesmo se tratando de um arquivo de consumo, não se configuraria o pressuposto exigido para a concessão do *habeas data*.

Esta postura conflita com a *mens legis* do CDC, que qualifica de caráter público todo e qualquer arquivo de consumo, sem fazer distinção em relação a sua forma de divulgação. Como advogamos por uma norma protetiva de maior amplitude, seria melhor este último entendimento.

VII. Os bancos de dados na internet e as normas protetivas do CDC

A internet se converteu em um instrumento de maior facilidade para a publicidade de os produtos e para a realização de negócios das empresas, dando margem à criação e ao consequente uso abusivo de numerosos bancos de dados digitais. Fornecedores de bens e serviços buscam incessantemente dados pessoais dos usuários para direcionar o comércio e personalizar o produto, tornando-o mais atrativo para o consumidor.

A internet fornece meios de contato mais célere e econômico, estimulando a criação de listas de endereços eletrônicos de consumidores, com fins publicitários. Por este motivo, os bancos de dados digitais adquiriram consi-

⁶⁷ 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.

⁶⁸ “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”.

derável valor comercial, sendo objetos de negócios entre as empresas, configurando uma verdadeira indústria informacional.

A internet se ressente da falta de uma legislação supranacional para discipliná-la, para dispor sobre seu controle, sobretudo na distribuição da informação, e para prevenir crimes que podem ser cometidos por sua reprovável utilização. À medida que a revolução informática e os serviços de internet transcedem as fronteiras nacionais, somente Tratados poderão suprir as deficiências no que concerne à composição de conflitos oriundos da internet⁶⁹.

A interconexão de dados veio a potencializar este intuito, deixando ainda mais exposto e frágil o direito à privacidade de quem usa a rede internet. Destarte, a coleta, o armazenamento e a divulgação de dados dos consumidores na internet também se sujeitam a todos os dispositivos pertinentes do Código de Defesa do Consumidor. Todas as informações pessoais dos consumidores que são transmitidas na internet devem ser transparentes e conformes as determinações legais aplicáveis, viabilizando o direito do consumidor de impedir o uso indevido de seus dados pessoais na rede.

As listas de endereços eletrônicos (*mailing lists*), na medida em que são mantenedoras de informações de consumidores, são igualmente regidas pelo CDC. Isso quer dizer que o organizador das listas, que tem intenção evidentemente publicitária, deve comunicar previamente ao consumidor a inclusão de seu endereço eletrônico no banco de dados, indicando a finalidade de referida coleta. O organizador da lista deve, ainda, oferecer ao consumidor livre acesso aos dados coletados com autorização sobre ele, para fins de verificação e eventual retificação.

Não podemos olvidar dos *cookies*, que são programas de dados que tem por escopo a identificação do usuário, o rastreamento e a obtenção de dados

⁶⁹ Doneda, (*ob. cit.* p. 173) relata que sofisticadas ferramentas tecnológicas e programas de computador foram criados para monitorar e rastrear os passos dos usuários na internet. Dentre estas técnicas está a elaboração de perfis de comportamento de uma pessoa a partir de informações que ela disponibiliza ou que são colhidas. Conhecida como *profiling*, pode ser aplicada a indivíduos bem como estendida a grupos. Nela, os dados pessoais são tratados com o auxílio de métodos artísticos, técnicas de inteligência artificial e outras, com o fim de obter uma metainformação que consistiria numa síntese dos hábitos, preferências pessoais e outros registros da vida pessoal. O resultado pode ser utilizado para traçar um espectro de tendências de futuras decisões, comportamentos e destinos de uma pessoa ou grupo. Decorrem várias aplicações neste procedimento, desde, por exemplo, o controle de entrada de pessoas em um determinado país pela alfândega ou o envio seletivo de mensagens publicitárias de um produto apenas para seus potenciais compradores.

Outra técnica, o *data mining*, consiste na procura de correlações, recorrências, formas, tendências e padrões significativos a partir de dados, com o auxílio de instrumentos estatísticos e matemáticos. A partir de uma grande quantidade de dados em estado bruto e não classificados, podem ser identificadas informações de potencial interesse. A possibilidade de se obter informações úteis através do *data mining* cresce à medida que aumenta a quantidade de informação em estado bruto disponível (*Id. p. 176*).

úteis para quem os detêm (como, por exemplo, hábitos de navegação e consumo). Usualmente usados por provedores de internet, tais fichários de dados são enviados aos programas navegadores (browsers) e salvos em diretórios específicos do computador do usuário.

As informações obtidas sobre o usuário, na maioria das vezes sem o seu consentimento, são armazenadas em bancos de dados, para fins publicitários e comerciais, em inequívoca lesão ao direito à autodeterminação informativa do usuário. É freqüente que os hábitos de navegação, a lista dos sites mais visitados por um usuário e as informações por ele fornecidas quando preenche um formulário sejam arquivadas em um cookie. Deste modo, da próxima vez que o mesmo site for acessado, o servidor terá meios para identificar o usuário e seus dados e preferências.

A relevância destes bancos de dados lhes confere um certo valor comercial, que incentiva sua troca e venda, difundindo este comércio de dados. Os cookies, por este motivo, podem ser utilizados para estratégia de marketing.

Há meios para desabilitar esta coleta feita pelos cookies. Existem sites que não autorizam o acesso sem a permissão do recolhimento destas informações pelos cookies. O grande problema é que a maioria dos usuários não é ciente da existência dos cookies ou tampouco desta possibilidade de neutralizá-los. Este desconhecimento de que os dados estão sendo armazenados potencializa o dano à intimidade.

Os provedores que, de forma furtiva, programam seus servidores para instalar cookies nas máquinas de seus usuários, violam valores e princípios constitucionais que inspiram as normas de consumo, como a transparência, a boa fé objetiva e a confiança⁷⁰.

Somente seria lícito o uso de cookies se o provedor informasse previamente da presença deste modelo arquivista ao usuário, o qual teria condições de manifestar seu interesse sobre tal atividade⁷¹.

De acordo com a *mens legis* do CDC, a responsabilidade pela segurança do banco de dados é objetiva, na medida em que, ao empreender-se o gestor na exploração das informações de terceiros, assume os riscos inerentes a tal atividade, respondendo, independente de culpa, pela reparação dos danos causados.

Falhas na segurança do site são, portanto, da responsabilidade do gestor do banco de dados. Se um *hacker* invade o servidor, há responsabilidade do arquivista pela sua atividade de risco assumida, pois a vulnerabilidade do site foi a criadora das condições para a invasão. A incursão do banco de dados

⁷⁰ (Art. 6 e 39, CDC). A interpretação destas normas condiz que a responsabilidade do provedor é objetiva, dado o risco assumido pela inserção dos cookies no computador dos usuários.

⁷¹ Por isso se suscitou falar em um direito à liberdade informática.

por um terceiro não autorizado é um risco inerente à gestão do banco de dados eletrônicos, não servindo de excludente de responsabilidade do gestor. Não obstante, o arquivista poderá reclamar seu direito de regresso contra aquele que causou a invasão ao seu site.

Em geral, configuram-se os mesmos deveres e direitos dantes descritos aplicáveis a qualquer entidade arquivista, incluídas cibernéticas, pelo CDC.

VIII. Conclusão

O que se extrai desta pesquisa é que embora não haja uma lei específica que se ocupe de tutelar o direito à intimidade, o cidadão pode ser amparado por esparsas normas reflexas, o que dificulta a consciência deste direito na realidade social brasileira.

Não poderia o legislador se furtar desta responsabilidade. Deveria promulgar um sistema protetor da intimidade que confira legitimidade aos bancos de dados estatais e que, ao mesmo tempo, regule o mercado numa lógica econômica que prime o equilíbrio e a solidariedade, coexistindo regras de julgamento de matiz social e liberal.

Bibliografía

- Atheniense, A., *As transações eletrônicas e o direito de privacidade*, em: *Fórum administrativo*, v.2, n.19, p.1170-1177, set. 2002.
- Aguiar do Amaral Vieira, S., *Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos*, São Paulo: J. de Oliveira, 2002.
- Antônio Lobato de Paiva, M., *Autodeterminação informativa*, em: *Direito Administrativo: temas atuais*, Leme, SP: LED, 2003, p. 675-705.
- Constant, Benjamin, *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos* – conferencia pronunciada en el Ateneo de París, febrero de 1819 – en sus *Escrítos Políticos*. Traducción, estudio preliminar y notas de María Luisa Sánchez Mejías. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 257 y ss.
- Cachapuz, M. C. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006.
- Carvalho Ribeiro Gonçalves, L. de, *Abordagem constitucional do banco de dados*, em: *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, v.2, n. 7, p. 56-68, fev./mar. 2006.
- Carvalho Ramos, A. De, *O pequeno irmão que nos observa: os direitos dos consumidores e os bancos de dados de consumo no Brasil*, em: *Revista de direito do consumidor*, n. 53, p. 39-53, jan./mar. 2005.
- Cunha Rodrigues, N., *Direitos do consumidor e os arquivos de consumo*, em: *Boletim dos Procuradores da República*, v.5, n.64, p. 21-31, ago. 2003.

- Doneda, D., *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- Duarte De Queiroz, D., *Privacidade na Internet*, em *Direito da Informática, Temas polêmicos*, Demócrata Reinaldo Filho (coord.), Bauru, SP: Edipro, 2002, p. 81-96.
- Fariñas Matoni, L. M., *El derecho a la intimidad*, Editorial Trivium: Madrid, 1983.
- a.C. Felipe do Couto, L. M., *Os cadastros restritivos de crédito*, em: *Informativo jurídico consulex*, v.17, n. 42, p. 11, 20 out. 2003;
- Gambogi Carvalho, A. P., *O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos*, em: *Revista de direito do consumidor*, n. 46, p. 77-119, abr./jun. 2003.
- Limberger, T., *A informática e a proteção à intimidade*, em: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v.8, n. 33, p. 110-124, out./dez 2000.
- L.F. Martins Castro, *Proteção de dados pessoais: panorama internacional e brasileiro*, em: *Revista CEJ*, v.6, n.19, p.40-45, out./dez. 2002.
- Murillo De La Cueva, P. L., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Editorial Tecnos: Madrid, 1990.
- Perez Luño, A. E., *El Derecho a la Intimidad*, em *Constitución y Derechos Fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2004, p. 639-668.
- Porto Macedo Júnior, R., *Privacidade, mercado e informação*, em: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 31, p. 13-24, jul./set. 1999.
- Ramos Reinaldo Filho, D., *A central de risco de crédito do Banco Central: considerações sobre sua natureza e os riscos à proteção dos dados pessoais dos clientes bancários*, em: *Consulex : revista jurídica*, v. 9, n. 192, p. 52-58, jan. 2005.
- Roscoe Bessa, L., *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *O novo Código civil e os registros de proteção ao crédito*, em: *Correio Braziliense, Brasília, caderno Direito e Justiça*, n.14519 17/02/ 2003.
- _____. *Bancos de dados*, em: *Correio Braziliense, Brasília, Caderno Direito e Justiça*, n.14757 13/10/ 2003, p. 6.
- Ruiz Miguel, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos: Mardrid, 1995, p. 26.
- Vital Ramos de Vasconcelos, A., *Proteção constitucional ao sigilo*, em: *Uma vida dedicada ao direito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 13-33.
- Westin, A., *Privacy and Freedom*, New York: Atheneum.
- Warren, S.; Brandeis, L., *El derecho a la intimidad*, Edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga, Madrid: Civitas, 1995.