

O DIREITO FUNDAMENTAL À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA¹

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO INFORMATIONAL SELF-DETERMINATION

Ana Maria Neves de Paiva Navarro²

SUMÁRIO

Introdução; 1. Mínimo informacional; 2. Os fundamentos constitucionais do direito à autodeterminação informativa; 2.1. A redemocratização de Portugal; 2.2. A redemocratização da Espanha; 2.3. A Alemanha do pós-guerra; 2.3.1. Controle telemático de pessoas; 3. Direitos fundamentais implícitos. Identidade de *ratio decidendi* nas decisões das Cortes Constitucionais. Constituição da República Federativa do Brasil; 4. A legislação infraconstitucional brasileira. Proteção jurídica insuficiente; 5. Modelos de proteção jurídica adequada. O *Privacy Act* e a Diretiva 95/46/CE; 6. As prometidas inovações da lei brasileira: virtudes e riscos; Considerações Finais; Referências bibliográficas.

RESUMO

O artigo analisa o *direito fundamental à autodeterminação informativa*, erigido sobre os pilares constitucionais dos princípios da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade. Esse direito, embora não enunciado na Constituição da República do Brasil, pode ser visualizado no conjunto dos princípios e dos seus outros direitos constitucionais expressos. Examina a principal vertente pela qual se desenvolveu o *direito à autodeterminação informativa* no ordenamento jurídico estrangeiro, o direito do indivíduo à proteção dos seus dados pessoais, oponível contra o Estado, como instrumento de defesa, na

¹ Este artigo foi elaborado no âmbito do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI), vinculado à Faculdade Nacional e ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, com financiamento da Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ) pela concorrência do Edital nº 9 de 2011 (Processo nº E-26/111.832/2011), e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) pela concorrência do Edital Universal de 14/2011 (Processo nº 480729/2011-5).

² Advogada e Mestranda em Teorias Jurídicas Contemporâneas do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. email: anamarianavarro@globo.com.

proteção da sua privacidade informacional. Valendo-se da construção constitucional que sobre o tema desenvolveram a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, o Tribunal Constitucional da Espanha, o Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha e os tribunais superiores brasileiros, o estudo aponta a identidade de *ratio decidendi* nos julgados estrangeiros, no que toca à técnica da extração deste não enunciado direito fundamental a partir das emanações dos direitos e princípios constitucionais expressos nas Constituições paradigmas. Por fim, examina a legislação estrangeira sobre a temática e a brasileira vigente, assim como os projetos de lei em curso, para concluir pela proteção jurídica insuficiente que, sob o aspecto da legislação infraconstitucional, recebe no Brasil o *direito fundamental à autodeterminação informativa*.

PALAVRAS-CHAVE: direito fundamental; autodeterminação informativa; dignidade da pessoa humana; proteção de dados

ABSTRACT

The article analyzes the *fundamental right to informational self-determination*, erected on the pillars of the constitutional principles of human dignity and the free development of personality. This right, although not stated in the Constitution of the Republic of Brazil, can be viewed together with all its other constitutional rights cast. Examines the main branch which was developed the right to informational self-determination in the legal system abroad, the individual's right to protection of their personal data, opposable against the State, as an instrument of defense, in protection of privacy informational. Availing itself of the constitutional construction that was developed on the issue by the Supreme Court of the United States of America, Spain's Constitutional Court, the Constitutional Court of the Federal Republic of Germany and the brazilians higher courts, the study indicates the identity of "*ratio decidendi*" in foreign judged, in relation to the technique of extraction of this non-stated fundamental right, starting from the emanations of the rights and constitutional principles expressed in the Constitutions paradigms. Finally, it examines the foreign and the actual brazilian law on the subject, as well as the ongoing bills, to conclude that insufficient legal protection, under the aspect of constitutional legislation, in Brazil, receives the *fundamental right to informational self-determination*.

KEYWORDS: fundamental right; informational self-determination; human dignity; data protection

Introdução

Vivemos em uma Sociedade da Informação³, na qual o desenvolvimento extraordinário da telemática - conjugação das ciências da informática com as da telecomunicação - permite a transmissão imediata e à distância de dados pessoais, na velocidade de um simples toque no teclado do computador.

A informação torna-se, nesse contexto, “um elemento estratégico decisivo da evolução social e fator com capacidade determinante do comportamento dos povos”⁴, nas palavras de J. Oliveira Ascensão. Uma fonte, pois, de gerenciamento de poder e de percepção de lucros, tendo em vista que “quem controla a informação ganha uma superioridade estratégica nos vários setores; e quem a não domine não tem possibilidade, por mais condições naturais ou técnicas que reúna, de poder alcançar a primazia.”⁵

De outra parte, a informação também assume papel na inserção social do indivíduo e, nesse sentido, deve atuar beneficentemente, para que os novos desafios da modernidade se façam acompanhados de soluções voltadas a conferir plena eficácia aos princípios da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade, princípios estes expressos no artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948⁶.

O Estado é, por sua vez, um grande prestador de serviços, sendo natural que queira realizar as suas tarefas com a maior eficiência⁷ possível. Para tanto, se utiliza de meios de captação, tratamento⁸ e transmissão de dados pessoais, armazenados em banco que ganha, cada vez mais, volume e capacidade de cruzamento de informações sobre indivíduos e suas identidades, opiniões, atividades, preferências, desejos, crenças e fragilidades.

³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da sociedade da informação: estudos**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 71: “ ‘Sociedade da informação’ não é um conceito técnico: é um *slogan*. Melhor se falaria até em *sociedade da comunicação*, uma vez que o que se pretende impulsionar é a comunicação, e só num sentido muito lato se pode qualificar toda a mensagem como informação.”

⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. “Sociedade da Informação e mundo globalizado”. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Editora Coimbra, 2003, p. 167.

⁵ Idem, p.168.

⁶ “Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. Cf. **Revista OAB-RJ** nº19, Direitos Humanos, 2º quadrimestre de 1982, p.125 (tradução oficial).

⁷ O Princípio da Eficiência dirige a atividade administrativa no Brasil. Cf. Constituição Federal do Brasil, artigo 37, *caput*.

⁸ Tratamento de dados é: “ qualquer operação ou conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a coleta, registro, organização, estruturação, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, com comparação ou interconexão, bem como o apagamento, bloqueio ou destruição.” Cf. Diretiva 95/46/CE, artigo 2º. Esta é a diretiva dirigida pelo Conselho da Europa aos Estados-membros, para a elaboração das legislações nacionais em tema de tratamento de dados pessoais e livre circulação desses dados.

O *Big Data*⁹ é onipresente em um quadro no qual a coleta e tratamento de dados pessoais pelo poder público traz inegáveis benefícios à coletividade, mas, ao mesmo passo, amplia os riscos da má utilização das informações armazenadas¹⁰. Dentre todos estes riscos, o mais preocupante é o do uso da informação pelo poder público para fins diversos daqueles aos quais foi recolhida originariamente, o que pode resultar em desvios de finalidade¹¹, distanciados do interesse público, a serem coibidos pelo Direito.

O presente estudo trata de um direito do indivíduo, de grupos ou organizações de exercer controle sobre as deliberações institucionais em tema de política de tratamento de dados pessoais pelo poder público – *direito à autodeterminação informativa*. Apresenta-se esse direito como um instrumento da realização dos Direitos do Homem, tantas vezes consagrados nas Declarações e Tratados internacionais e reproduzidos nas Constituições vigentes.

Interessante ressaltar que, sob a vertente do direito à proteção de dados pessoais, o *direito à autodeterminação informativa* se faz expresso especialmente naquelas Constituições que assentam novos pactos sociais e redemocratizações, após períodos de totalitarismos – caso da Constituição da República Portuguesa, de 1976, e da Constituição da República Espanhola, de 1978 – sem prejuízo que também se encontra presente, malgrado não enunciado, em outras Constituições que registram o compromisso da sociedade com a democracia e com os direitos humanos, caso do *United States Bill of Rights*, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Lei Fundamental de Bonn), de 1949, e da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Esse vínculo entre direitos fundamentais e democracia é ressaltado por J.J. Gomes Canotilho:

Tal como são um elemento constitutivo do estado de direito, os **direitos fundamentais** são um elemento básico para a realização do princípio democrático. [...] Os direitos fundamentais, como *direitos subjectivos de liberdade*, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, e, como direitos legitimadores de um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia [...]¹²

⁹ “Big Data implica em duas palavras chave: uma é volume (são bancos de dados de grandes volumes) e a outra é velocidade (o manuseio e tratamento analítico tem que se feito muito rapidamente, em alguns casos até mesmo em tempo real).” Disponível em: < <https://www.ibm.com> >. Acesso em: 27 de junho 2012.

¹⁰ NISSENBAUM, Helen. **Privacidad amenazada. Tecnología, política y la integridad de la vida social**. México D.F.: Oceano, 2011, p.65.

¹¹ A respeito do risco na agregação das informações. Cf. SOLOVE, Daniel. **Nothing to Hide: The false tradeoff between privacy and security**. Yale University Press: i-books, 2011.

¹² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed.. Coimbra: Ed. Almedina, 2003, p.290-291. Os grifos estão no original.

1. Mínimo informacional

O ponto de partida deste ensaio é o *direito da reconstrução*, aqui visto como o amálgama de uma Europa esfacelada pela Segunda Grande Guerra e que, ressurgindo das cinzas e destroços de um tempo no qual a máxima hobbesiana *homo homini lupus*¹³ atingiu o seu ápice de demonstração e de sentido prático, mantinha o firme propósito de não mais se permitir reunir condições a uma semelhante barbárie. Contribuiu para a captura do Estado, pelo partido *nazi*¹⁴, uma política de dominação de massas pelo terror que, implacavelmente conduzida pela polícia secreta, a Gestapo¹⁵, pretendeu transformar cada humano no *Gläserner Mensch*¹⁶, ou Homem de Vidro, de matriz nazista, transparente e sem segredos à visão do Estado, cuja triste memória permanecia e permanece muito viva na lembrança e no imaginário europeus.

A coleta e tratamento dos dados pessoais permitiram à polícia política *nazi* tornar real a ideia de discriminação do Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães. Os bancos de dados serviram como ferramentas do arbítrio. Com efeito, se o totalitarismo procurara desvendar o íntimo de cada cidadão, para sabê-lo puro ou impuro, amigo ou inimigo das doutrinas de ocasião, certo é que a ressuscitada Europa haveria de erigir muralhas de contenção a esse desejo de informação dos que detém o indevido poder. Nesse propósito foi, em 1948, redigido pelos povos livres o artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada na Assembleia das Nações Unidas: “[...] ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua honra e reputação”¹⁷; cujo teor foi mais adiante reiterado no artigo 8º da Convenção Europeia sobre Proteção dos Direitos Humanos e da Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, em novembro de 1950¹⁸, e no artigo 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, proclamado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1966.¹⁹

¹³ “O homem é o lobo do homem”. Cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã*. In **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

¹⁴ *Nazi* é acrônimo de *Nationalsozialistische*, o Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães.

¹⁵ Gestapo é acrônimo de *Geheime Staatspolizei*, a polícia secreta nazista.

¹⁶ O *Gläserne Menschen*, ou “Homem de Vidro”, é uma escultura transparente, em tamanho real, instalada desde os anos vinte do século passado no *Deutschen Hygiene-Museum*, em Dresden, Alemanha. O “Homem de Vidro” permite a visualização dos seus órgãos internos (ossos, músculos, nervos etc) e à época da sua instalação causou grande impacto na Alemanha. Sua imagem foi usada em cartazes na propaganda nazista. A ideia da transparência serve como metáfora e foi empregada em propaganda interna de guerra, servindo para simbolizar a visibilidade que os homens, por seus dados pessoais, assumem aos olhos de um Estado-observador – o que remonta a um panoptico benthamiano, porém generalizado e ampliado, pelo qual a polícia secreta (no caso, a Gestapo) exerce a função do diretor de presídio que tudo vê, mas sem jamais ser visto.

¹⁷ Cf. **Revista OAB-RJ.cit.**,p.124.

¹⁸ *Idem*, p. 320 : “Toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência. Não poderá haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito, salvo na medida em que esta ingerência estiver prevista pela lei e constitua uma medida que, numa sociedade democrática, seja

A partir da computação, os bancos de dados conheceram grande incremento. Os *softwares* de cruzamento de dados passaram a permitir, com eficiência jamais cogitada, o mapeamento de perfis individuais de personalidade. Novos riscos desafiam novos mecanismos de contenção, de forma que, em 1970, a atenta comunidade europeia deu o primeiro e mais importante passo rumo a uma regulamentação, pelos Estados-membros, dos bancos de dados pessoais - a Resolução nº 428²⁰ da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa²¹. Fez a mencionada Resolução uma vedação ao acúmulo de informações sobre um determinado indivíduo que o pudesse tornar “exposto e transparente”²², razão pela qual, nos seus termos, os governos deveriam armazenar apenas o mínimo necessário de informações pessoais para fins da prestação dos serviços públicos a que destinadas as captações, fossem estes serviços públicos de tributação, regimes de pensões, segurança social ou assuntos semelhantes (item “C” 5)²³. A referida Resolução também tratou das sanções a serem previstas nas legislações dos países signatários por decorrência de violações a este direito (item “C” 6)²⁴.

necessária para a segurança nacional, a segurança pública, o bem estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção do delito, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades dos demais[...]”.

¹⁹ Ibidem, p.146 : “[...]ninguém será objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques ilegais à sua honra e reputação.”

²⁰ Disponível em:< <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta70/eres428.htm>>. Acesso em: 29 de julho 2012.

²¹ No mesmo sentido, a recente proposta de Regulamento Geral de Proteção de Dados (janeiro de 2012) traz, em seus *Consideranda* (item 21) a seguinte apreciação: “[...]A fim de determinar se uma atividade de tratamento pode ser considerada de *controle do comportamento* de titulares de dados, deve ser apurado se essas pessoas são seguidas na *Internet* através de técnicas de tratamento de dados que consistem em aplicar um “perfil” a uma pessoa física, especialmente para adotar decisões relativas a essa pessoa ou analisar ou prever as suas preferências, o seu comportamento e atitudes.” E no seu item 24: “Ao utilizarem os serviços em linha, as pessoas singulares podem ser associadas a identificadores em linha, fornecidos pelos respectivos aparelhos, aplicações, ferramentas e protocolos, tais como endereços IP (*Protocol Internet*) ou testemunhos de conexão (*cookie*). Estes identificadores podem deixar vestígios que, em combinação com identificadores únicos e outras informações recebidas pelos servidores, podem ser utilizadas para a definição de perfis e a identificação das pessoas. Daí decorre que números de identificação, dados de localização, identificadores em linha ou outros elementos específicos não devem ser necessariamente considerados como dados pessoais em todas as circunstâncias.”Disponível em:<<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:FIN:PT:HTML>>. Acesso em: 28 de julho 2012.

²² Assim consta, literalmente, deixando evidente a alusão ao *Gläserne Menschen*.

²³ “5. Where regional, national or international computer-data banks are instituted the individual must not become completely exposed and transparent by the accumulation of information referring even to his private life. Data banks should be restricted to the necessary minimum of information required for the purposes of taxation, pension schemes, social security schemes and similar matters.” Disponível em:< <http://assembly.coe.int/mainf.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta70/eres428.htm>>. Acesso em: 08 de junho 2012.

²⁴“Item C 6: “ In order to counter these dangers , national law should provide a right of action enforceable at law against persons responsible for such infringements of the right to privacy.” Disponível em:< <http://assembly.coe.int/mainf.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta70/eres428.htm>>. Acesso em: 08 de junho 2012.

Mostrou-se evidente que o objetivo da Comunidade Europeia, naquela oportunidade, foi o de criar mecanismos que impedissem um futuro no qual, por força do acúmulo e tratamento de dados pessoais pelos Estados, viesse cada humano a se transformar em “um peixe num aquário de cristal”²⁵. Por outro lado, ao mesmo tempo em que preveniu as possibilidades de tratamento de dados que pudessem dar vida ao *Gläserner Mensch*, o Conselho da Europa fomentou, ainda que de forma reflexa, a imparcialidade das decisões administrativas, por meio do incentivo à captação mínima de informações pelas instituições estatais. Com efeito, a supressão das informações pessoais excedentes e desnecessárias à formação dos juízos de valor é caminho para a imparcialidade das deliberações públicas, relação sintetizada na fórmula pela qual o mínimo de dados pessoais captados equivale ao máximo de imparcialidade das decisões²⁶. Por fim, sendo a imparcialidade um dos objetivos da Administração Pública, atingi-la ao máximo significa dar integral cumprimento ao Princípio da Eficiência²⁷.

2. Os fundamentos constitucionais do direito à autodeterminação informativa

2.1. A redemocratização de Portugal

Portugal esteve por quarenta anos sob o regime salazarista e a sociedade portuguesa sob os atentos olhos da Polícia Internacional e de Defesa do Estado – PIDE. A Constituição da República Portuguesa, de 1976, representa a redemocratização do país e o redesenho das instituições políticas e administrativas portuguesas, a partir da Revolução dos Cravos. Nos artigos 26º, n.1º²⁸ e 34º²⁹, a Constituição portuguesa traz cláusulas de proteção à intimidade da vida privada e da vedação à utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de

²⁵ EIRAS, Agostinho. **Segredo de Justiça e controlo de dados pessoais informatizados**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p.7.

²⁶ Mesmo em relação a políticas públicas voltadas à discriminação positiva ou à redução das discrepâncias várias, através da desigualdade na lei, aos desiguais, para assim obter a igualdade substancial - hipóteses nas quais dados pessoais, a princípio desnecessários, tornam-se essenciais à deliberação das instituições envolvidas – existe um mínimo a ser atendido para um máximo de imparcialidade e de eficiência.

²⁷ Cf. Constituição Federal do Brasil, artigo 37, *caput*.

²⁸ Cf. Constituição Portuguesa, artigo 26º n.1º: “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.” Disponível em:< <http://www.parlamento.pt> >. Acesso em: 26 de agosto 2012.

²⁹ Idem, artigo 34º: “Inviolabilidade do domicílio e da correspondência:1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis; 2. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei; 3. Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei; 4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

informações relativas a pessoas e famílias. No seu artigo 35º³⁰, cuida do direito de o indivíduo manter o controle sobre os seus dados pessoais, por meio do exercício do direito de acesso, retificação, atualização e do direito ao conhecimento das finalidades para as quais foram captados esses dados.

A respeito, assinala JJ. Gomes Canotilho que “[...] contrapondo-se à ideia de *arcana praxis*, tende hoje a ganhar contornos um direito geral à **autodeterminação informativa** que se traduz, fundamentalmente, na faculdade de o particular determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais”.³¹

Uma leitura do estágio em que se encontrava o debate da matéria no direito internacional àquela altura, verá que a Constituição da República portuguesa trouxe para o seu âmbito de tutela (artigo 35º, 1, 3 e 4 da CRP) os direitos de acesso e de retificação - *right of access and correction* - então previstos no *Federal Privacy Act*, de 1974³².

Na jurisprudência, tendo o direito à reserva da intimidade da vida privada como tronco do qual surgem como ramificações o direito à solidão, o direito ao anonimato e o direito à autodeterminação informativa, entendido este último como o direito de o indivíduo controlar o acesso de seus dados pessoais a terceiros, o Tribunal Constitucional de Portugal passou a examinar, sob a “[...] vertente especial do direito à autodeterminação informativa que decorre do nº4 do artigo 35º da CRP[...]” a proibição de acesso não autorizado a dados pessoais (ac. nº 230/2008).

2.2. A redemocratização da Espanha

A Constituição da República Espanhola, de 1978, também é fruto da redemocratização

³⁰ Ibidem, artigo 35º: “Utilização da informática:1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e actualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei; 2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção, designadamente através de entidade administrativa independente; 3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis; 4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei; 5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos; 6. A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional; 7. Os dados pessoais constantes de ficheiros manuais gozam de protecção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei.”

³¹ CANOTILHO, *op.cit.*, p.515. Os grifos estão no original.

³² § 552a. (D) : “(1) upon request by any individual to gain access to his record or to any information pertaining to him which is contained in the system...” § 552 a.(D): “(2) permit the individual to request amendment of a record pertaining to him[...]”.

que se seguiu à queda do franquismo. Em seu artigo 10³³ trata dos direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento da personalidade e em seu artigo 18³⁴ elenca os direitos fundamentais à intimidade, à inviolabilidade de domicílio, ao segredo das comunicações, inclusive no campo da internet. Este feixe de direitos, que permite ao indivíduo exercer controle sobre os seus próprios dados e sobre a atividade estatal a respeito, é também designado pela doutrina espanhola, assim como pela portuguesa e alemã, de *derecho fundamental à autodeterminação informativa*. Assim o conceitua Pablo Lucas Murillo de La Cueva: “El control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar de este modo y em último extremo la propia identidad, nuestra dignidad y libertad.”³⁵

A noção de um direito fundamental que sirva de resistência do cidadão ao eventual arbítrio do Estado, no campo do tratamento de dados pessoais está suficientemente difundida na jurisprudência do Tribunal Constitucional. Da sentença STC 94/98 consta, em relação ao artigo 18.4 da Constituição espanhola que:

[...] no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, sino que consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona —a la «privacidad», según el neologismo que reza en la Exposición de Motivos de la LORTAD—, pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos. Trata de evitar que la informatización de los datos personales propicie comportamientos discriminatorios.³⁶

Quanto a esse direito, afirmou em outra ocasião o Tribunal Constitucional que:

[...] es, además, en sí mismo, «un derecho fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos”e que “... el derecho fundamental al que estamos haciendo referencia garantiza a la persona un poder de control y disposición sobre sus datos personales. Pues confiere a su titular un haz de facultades que son elementos esenciales del derecho fundamental a la protección de los datos personales, integrado por los derechos que corresponden al afectado a

³³ Cf. Constituição Espanhola. De los derechos y deberes fundamentales, artículo 10: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

³⁴ Idem, artículo 18: “1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito; 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial; 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”

³⁵ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. “Informática y protección de datos personales.” In **Cuadernos y Debates**, nº 43, 1993, p.31.

³⁶ Tribunal Constitucional da Espanha. Sentença 94/1998, de 4 de maio de 1998 (BOE nº. 137 de 09 de junho de 1998) - Sala Segunda.

consentir la recogida y el uso de sus datos personales y a conocer los mismos. Y para hacer efectivo ese contenido, el derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué finalidad, así como el derecho a oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos [...] En suma, el derecho fundamental comprende un conjunto de derechos que el ciudadano puede ejercer frente a quienes sean titulares, públicos o privados, de ficheros de datos personales, partiendo del conocimiento de tales ficheros y de su contenido, uso y destino, por el registro de los mismos. De suerte que es sobre dichos ficheros donde han de proyectarse, en última instancia, las medidas destinadas a la salvaguardia del derecho fundamental aquí considerado por parte de las Administraciones Públicas competentes.”³⁷

2.3. A Alemanha do pós-guerra

Marco do neoconstitucionalismo, datado de 1949, a Lei Fundamental de Bonn eleva a dignidade da pessoa humana a valor intangível e declara que respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público e que os direitos fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam os poderes executivo, legislativo e judiciário (artigo 1º)³⁸. A Lei Fundamental trata, dentre outros, do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 2º)³⁹, do direito fundamental ao sigilo das comunicações (artigo 10)⁴⁰ e da inviolabilidade de domicílio (artigo 13)⁴¹.

Para melhor compreensão do espírito da Lei Fundamental, basta lembrar que surgiu em um contexto de pós-guerra no qual o reerguimento da Europa e, em especial da Alemanha, não se fez apenas tijolo a tijolo – como de fato ocorreu – mas também de princípio ético a princípio ético: na aceitação do *outro*, das diferenças e na construção de mecanismos políticos e jurídicos que, buscando a unidade da Europa na diversidade dos seus povos, trouxessem para o mundo da vida o lema revolucionário de substancial igualdade, liberdade e fraternidade entre os Homens.

³⁷ Tribunal Constitucional da Espanha. Sentença 290/2000, de 30 de novembro de 2000 (BOE nº. 4. Suplemento, 4 de janeiro de 2001) -Pleno.

³⁸ Cf. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Lei Fundamental Federal). artigo 1 (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público; (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo; (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário. Disponível em:<

http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf+Lei+Fundamental+de+Bon&hl=pt>. Acesso em: 29 de agosto 2012.

³⁹ Cf. Lei Fundamental Federal, artigo 2 (1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral; (2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei.

⁴⁰ Cf. Lei Fundamental Federal, artigo 10 (1) O sigilo da correspondência, assim como das comunicações postais e da telecomunicação é inviolável.

⁴¹ Cf. Lei Fundamental Federal, artigo 13 (1) O domicílio é inviolável.

A Lei Fundamental não contém, como ocorre com as Constituições portuguesa e espanhola, a expressa previsão do direito fundamental de o indivíduo opor-se ao uso não consentido da informática para o tratamento de seus dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, e à cessão destes dados a terceiros, mas isso não impediu o Tribunal Constitucional de reconhecer a existência de um direito de origem constitucional, embora não enunciado, próprio à salvaguarda desses interesses.

O *direito fundamental à autodeterminação informativa* (*Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung*) foi declarado pelo Tribunal Constitucional em 1983, no julgamento de causa (BVerfGE 65, 1) referente à coleta de dados pessoais pelo poder público, autorizada pela Lei do Censo (*Volkszählungsgesetz*), coleta de dados esta que não conferia adequadas garantias de uso das informações às únicas finalidades da lei e de anonimato dos indivíduos participantes. Aplicando em conjunto as normas dos artigos 1.º e 2º da Lei Fundamental, o tribunal declarou a existência desse direito como emanado dos princípios da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade. O *direito à autodeterminação informativa* é de natureza material, oponível em face do Estado⁴². No exercício da autodeterminação informativa, pode o indivíduo exercer controle sobre a legitimidade do recolhimento, da divulgação e da utilização dos seus dados pessoais, controle somente limitado por lei, ante manifesto interesse público e atendido o princípio da proporcionalidade.

Esta decisão é comentada por Ricard Martínez Martínez:

Como resulta sobradamente conocido –y sin perjuicio de iniciativas legislativas de muy diversa índole, cuyo objetivo era regular el uso de la informática–, el llamado derecho a la autodeterminación informativa nace en la República Federal Alemana con la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA) en la sentencia sobre la Ley del Censo. El TCFA afirma en la sentencia que el derecho general de la personalidad comporta la atribución al individuo de la capacidad de decidir, en el ejercicio de su autodeterminación, qué extremos desea revelar de su propia vida. Para el TCFA:

«la autodeterminación del individuo presupone –también en las condiciones de las técnicas modernas de tratamiento de la información– que se conceda al individuo la libertad de decisión sobre las acciones que vaya a realizar o, en su caso, a omitir, incluyendo la posibilidad de obrar de hecho en forma consecuente con la decisión adoptada. Esta libertad de decisión, de control, supone además que el individuo tenga la posibilidad de acceder a sus datos personales, que pueda, no sólo tener

⁴² “Os direitos fundamentais e sua especial garantia se propõem, a partir da tradição e do desenvolvimento histórico alemão, a prevenir ataques do Estado à esfera de existência individual. Esse é também o ponto de partida mantido até o momento pela jurisprudência do Tribunal Constitucional” Cf. HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34.

conocimiento de que otros procesan informaciones relativas a su persona, sino también someter el uso de éstas a un control, ya que, de lo contrario, se limitará su libertad de decidir por autodeterminación».

La consecuencia de este razonamiento es el reconocimiento jurisprudencial de un derecho fundamental a la autodeterminación informativa basado en el derecho general de la personalidad y que ofrece protección frente a la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitada de los datos de carácter personal y «garantiza la facultad del individuo de decidir básicamente por sí mismo sobre la difusión y la utilización de sus datos personales».⁴³

A partir dessa decisão, ocorreu uma convergência de legislações voltadas à proteção de dados pessoais nos Estados-membros da então Comunidade Europeia, de sorte que o *direito à autodeterminação informativa* culminou por receber, no espaço da atual União Europeia, proteção jurídica eficiente. As sucessivas Diretivas da Comunidade Europeia e legislações nacionais criaram apropriados instrumentos de manejo em tema de proteção de dados pessoais, com o que passou o *direito à autodeterminação informativa* a se identificar com o *direito à proteção de dados pessoais*.

No ano de 2000, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia reuniu em um só documento os direitos fundamentais consagrados na tradição constitucional dos países componentes da União Europeia, à luz das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. A Carta trata, em seu artigo 7º, do respeito pela vida privada e familiar, enquanto no seu artigo 8º cuida, autonomamente, do direito à proteção de dados pessoais, proclamando que:

[...] todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.

A declaração contida na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia acompanhou a inteligência do julgado do Tribunal Constitucional da Alemanha e das Constituições de Portugal e da Espanha, na consagração do *direito à autodeterminação informativa*. Comentando-a, disse Pablo Lucas Murilo de La Cueva, em obra de 2007:

El derecho a la autodeterminación informativa, objeto de esta sesión, ha sido reconocido, bajo la denominación de derecho a la protección de datos de carácter personal, em la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, figura, por tanto, incluido en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, y se ocupan de garantizarlo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de

⁴³ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard. “El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas”. **Revista Internet, Derecho y Política** (IDP). N° 05, 2007, p.47.

Justicia de las Comunidades Europeas, cada uno en su respectivo ámbito de actuación. Varias sentencias de uno y otro se han pronunciado sobre él.[...] Bastará para ello con tener presente que la protección de datos de carácter personal es un derecho fundamental autónomo que subyace al artículo 18.4 de la Constitución y tiene por objeto principal poner en mano de los individuos todos los medios jurídicos para controlar el uso por terceros de sus datos personales. Del mismo modo que uno de los sentidos de la palabra autodeterminación es el que apunta al ejercicio por cada uno de la propia libertad, ese término con el calificativo «informativa» indica definición o control por el afectado de la información que le concierne. [...] no hay que olvidar que el derecho a la autodeterminación informativa es un derecho fundamental. Que se dirige a satisfacer una necesidad básica de toda persona: el control de la información que le concierne. Que no consiste en una exquisitez jurídica ni en un capricho, sino en una pretensión esencial en la sociedad en la que vivimos. Sin ese control, sin los límites que comporta para los poderes públicos y para los sujetos privados, ya sean los gobernantes, ya sean las empresas u otras entidades privadas, contarán no sólo con un conocimiento potencialmente pleno de la vida de cada uno de nosotros, sino que lo utilizarán para tomar decisiones que nos afectarán directa o indirectamente pero siempre de manera decisiva. El resultado será que estará en peligro el libre desenvolvimiento de nuestra vida e, incluso, nuestra propia identidad.⁴⁴

2.3.1. Controle telemático de pessoas

No rastro da célebre decisão de 1983, teve o Tribunal Constitucional da Alemanha oportunidade para reiterar o direito à autodeterminação informativa quando, em 2010, por força de uma *class action* que contou com a assinatura de mais de 35.000 cidadãos⁴⁵, declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei de Telecomunicações (*Telekommunikationsgesetz-TKG*) e do Código de Processo Penal (*Strafprozessordnung-StPO*). As disposições obrigavam os provedores de serviços de telecomunicações acessíveis ao público à guarda dos dados de tráfego de serviços de telefone (rede fixa, comunicações móveis, fax, SMS, MMS), serviços de email e serviços de Internet, de qualquer pessoa, sem prévia solicitação de autoridade judicial, para fins de prevenção e repressão de infrações penais e segurança pública.

O dever de armazenamento se estendia a qualquer informação útil a reconstruir uma comunicação, o que abrangia os dados sobre a pessoa que iniciou a comunicação ou tentou iniciá-la, do destinatário da mensagem, quando foi feita, por quanto tempo e de onde partiu. Muito embora o dever de armazenar não abrangesse o conteúdo da comunicação – como, *e.g.*, os detalhes das páginas de Internet visitadas pelos usuários –, os autores alegavam que a retenção de dados era violadora do sigilo das telecomunicações e do direito à

⁴⁴ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. “Perspectivas del derecho a la autodeterminación informativa”. In *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 5, 2007, p. 30-31.

⁴⁵ BVerfG, 1 BvR 256/08 de 2010/03/02, n.(1 - 345). Disponível em: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100302_1bvr025608.htm>. Acesso em: 17 de agosto 2012.

autodeterminação informativa; que o armazenamento de todas as conexões de telecomunicações, sem motivo prévio, traduzia-se em medida desproporcional e que os dados armazenados poderiam ser usados para a criação de perfis de personalidade e acompanhamento dos movimentos dos usuários dos serviços (controle telemático de pessoas).⁴⁶

O Tribunal Constitucional afastou a tese da inconstitucionalidade do armazenamento em si, que será válido desde que a legislação interna molde-se aos princípios da proporcionalidade, da segurança adequada dos dados e da transparência. Entendeu que, no caso, as normas impugnadas não satisfaziam tais requisitos e, por consequência, declarou nulos os artigos de lei impugnados e afirmou que o dever de armazenamento, pelos prestadores de serviços, de todos os dados de tráfego de telecomunicações, ao mesmo tempo, criava um conjunto de dados aberto a múltiplos e ilimitados usos, em violação ao princípio da limitação da finalidade.

A decisão do Tribunal Constitucional trouxe importantes considerações sobre a temática, ao estender os domínios do *direito fundamental à autodeterminação informativa* às relações de usuários com as prestadoras de serviços privados de telefonia e internet, uma vez que os bancos de dados destas são utilizados pelas autoridades do Estado como auxiliares ao exercício de suas funções. Também considerou que embora o armazenamento de dados não se estendesse para os conteúdos das comunicações, esses dados poderiam ser posteriormente utilizados para firmar conclusões relacionadas com o conteúdo acessado pelos usuários, quando postas em combinação (tratamento) informações como datas, horário e local de conversas telefônicas. Assim, o Tribunal afirmou não ser possível realizar a investigação sistemática durante um longo período de tempo de indivíduos indeterminados e sem prévia causa, o que permitiria obter informações detalhadas acerca de suas inclinações políticas ou sociais e preferências, com a resultante criação de *perfis de personalidade* de praticamente todos os cidadãos e o controle dos seus movimentos (controle telemático de pessoas).

⁴⁶ No Brasil, a Lei nº 9.296, 24 de julho de 1996, dispõe sobre a interceptação de comunicações telefônicas e do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, sob ordem judicial e sigilo de justiça.

3. Direitos fundamentais implícitos. Identidade de *ratio decidendi* nas decisões das cortes constitucionais. Constituição da República Federativa do Brasil

A não positivação de um direito fundamental não implica na sua inexistência. Há direitos humanos fundamentais não inscritos no texto constitucional que, embora não atendam a este aspecto formal⁴⁷, superam o “teste da fundamentalidade” sob o aspecto material.⁴⁸

Como esclarece J.J. Gomes Canotilho:

Por um lado, a fundamentalização pode não estar associada à constituição escrita e à ideia de fundamentalidade formal como o demonstra a tradição inglesa das *Common-Law Liberties*. Por outro lado, só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição de outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais (cfr. CRP, art.16.º/1.º)⁴⁹; (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais (Jorge Miranda). Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em *cláusula aberta* ou em *princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais*. Preferimos chamar-lhe “norma com *fattispecie* aberta” (Baldassare) que, juntamente com uma *compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente* consagradoras dos direitos fundamentais, possibilitará uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional.”⁵⁰

Acerca dos direitos de liberdade tácitos e, nesse campo, dos procedimentos do Tribunal Constitucional Federal para a precisão da cláusula geral a partir da determinação dos direitos mais concretos, diz Robert Alexy que :

Entre los derechos adstritos al derecho general abstrato a la personalidad se contarían: el derecho a las esferas privada, secreta e íntima, el derecho al honor personal, el derecho a la propia imagen y a disponer de ella y el derecho al secreto de las comunicaciones privadas, «bajo determinadas circunstancias, el derecho a estar libre de la imputación de manifestaciones no realizadas» y el derecho a no ser afectado em la «autodefinida pretensión de prestigio social». Recientemente, el Tribunal Constitucional Federal ha agregado um derecho a la protección de los datos personales. La precisión del derecho general a la personalidad por medio de estos derechos más concretos es un procedimiento típico para la precisión de las cláusulas generales.⁵¹

⁴⁷ Este estudo considera a existência de direitos fundamentais não positivados, *non-enunciated rights*, consoante o entendimento de J.J. Gomes Canotilho e Jorge Miranda e forte na decisão do Tribunal Constitucional Federal no julgamento que resultou na declaração do direito (implícito) fundamental à autodeterminação informativa - *Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung* (BVerfGE 65, 1).

⁴⁸ Há, entretanto, posição na doutrina que limita a conceituação dos direitos fundamentais àqueles expressamente consagrados em preceitos da ordem jurídica. Cf. MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 244.

⁴⁹ Constituição da República de Portugal, artigo 16º (1º): “ Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.”

⁵⁰ CANOTILHO, *op.cit.*,p. 379-380.

⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoría de lós derechos fundamentales**. 2ª ed. Madrid:Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p.323.

A norma constitucional a que se refere J.J. Gomes Canotilho como *cláusula aberta* ou em *princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais* ou, como prefere, *norma com fattispecie aberta*, fica reiterada no artigo 17 da Constituição da República Portuguesa, sob a redação: “[...] o regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga”. No que tange à Constituição da República Federativa do Brasil, dispõe o parágrafo 2º do artigo 5º que: “[...] os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Essa cláusula de abertura é encontrada em outros textos constitucionais, como, por exemplo, o da Argentina.⁵²

A inspiração para o *princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais* é encontrada na Nona Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América. Afirma a Nona Emenda⁵³ que a enumeração de certos direitos não deve ser interpretada como um intento de negar ou coibir outros direitos do povo.

Um exemplo de aplicação da cláusula da Nona Emenda foi dado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no julgamento, em 1965, de *Griswold v. Connecticut*⁵⁴ case, no qual debatida a intervenção estatal no campo da privacidade conjugal. Nesse julgamento, tornou-se célebre o raciocínio do Justice Willian O. Douglas, de que embora o direito à privacidade não estivesse enunciado no texto constitucional poderia, porém, ser extraído das “penumbras” e “emanações” de outras garantias constitucionais expressas, tomadas em conjunto, nomeadamente nas da Primeira, Quarta, Quinta e Décima Quarta Emendas, que tratam da liberdade de expressão, da inviolabilidade do domicílio, da liberdade para a não autoincriminação, do devido processo legal e da proteção igualitária, cláusulas que formam “zonas de privacidade” a favor do indivíduo, tudo examinado sob o enfoque da “cláusula de abertura” dada pela Nona Emenda. Como salientou o Justice Arthur Goldberb, esta Emenda

⁵² Constituição Argentina, artigo 33: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.”

⁵³ A Nona Emenda compõe o *United States Bill of Rights*, documento datado de 1789, contendo as dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos.

⁵⁴ A Suprema Corte norte-americana considerou inválida a coleta obrigatória dos dados pessoais de casais adquirentes de contraceptivos, em vista do direito de escolha destas pessoas à condução de suas vidas conjugais. Cf. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

Disponível em: <<http://www.supreme.justia.com/cases/federal/us/.../case.html>>. Acesso em: 11 de junho 2012.

revela que os Autores da Constituição acreditavam na existência de direitos fundamentais adicionais, não enunciados no texto constitucional, protegidos de violação estatal⁵⁵.

Este método de interpretação constitucional – designado *constitutional construction* na doutrina estadunidense – prestigia os valores contidos na Constituição, mais do que na sua letra, em conjunto com a evolução social⁵⁶. Foi com alguma regularidade adotado pela *Warren Court*⁵⁷ para a declaração de direitos de proteção às minorias, como os relativos às ações afirmativas. Segundo Keith Whittington, essa busca de significado constitucional compõe o processo político e histórico de uma nação⁵⁸.

Com base nas técnicas de identificação dos direitos fundamentais não enumerados, colhidas das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e do Tribunal Constitucional da Alemanha, é possível observar que o feixe de direitos fundamentais e princípios constitucionais expressos que motivaram, naqueles tribunais, a declaração do direito à privacidade (informacional) ou do *direito fundamental à autodeterminação informativa*, engloba os direitos à intimidade, à privacidade, à inviolabilidade de domicílio, ao sigilo das comunicações e ao devido processo legal e os princípios da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade⁵⁹.

Sobre a temática, Manoel Gonçalves Ferreira Filho ressalta a ligação entre os direitos fundamentais não enumerados e o princípio da dignidade da pessoa humana⁶⁰, considerando absurdo considerar “direito humano fundamental, um direito que, embora importante, não se ligue ao âmago da natureza humana”⁶¹. Nesse restrito critério, o *direito à autodeterminação informativa* se faz aprovado nesse “teste da fundamentalidade” quando examinado à luz da

⁵⁵ É a rejeição do princípio de interpretação “*inclusio unius exclusio alterius*”. Cf. BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Briguiet, 1924, p. 469, ao analisar dispositivo semelhante, contido na Constituição brasileira de 1891.

⁵⁶ “Toda Constituição é Constituição no tempo; a realidade social, a que são referidas suas normas, está submetida à mudança histórica e esta, em nenhum caso, deixa incólume o conteúdo da Constituição”. Cf. HESSE, *op.cit.*, p. 13. O mesmo Autor esclarece: “Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social”. HESSE, *op.cit.*, p.136.

⁵⁷ Como é conhecido o período em que Earl Warren foi *Chief Justice*.

⁵⁸ Cf. WHITTINGTON, Keith. **Constitutional construction: divided powers and constitutional meaning**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.

⁵⁹ O que serve de prova à afirmação de que: “[...]o catálogo de direitos fundamentais vem se avolumando, conforme as exigências específicas de cada momento histórico [...]. Descobrir características básicas dos direitos fundamentais, contudo, não constitui tarefa meramente acadêmica e pode revelar-se importante para resolver problemas concretos. O esforço é necessário para identificar direitos fundamentais implícitos ou fora do catálogo expresso da Constituição.” Cf. MENDES, *op.cit.*, p.236.

⁶⁰ Nessa ordem de ideias: “Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana.” Idem, p.237.

⁶¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Os direitos fundamentais implícitos e seu reflexo no sistema constitucional brasileiro”. In **Revista Jurídica**, Brasília, Vol. 8, n. 82, p.01-08, dez./jan, 2007, p.2.

Constituição brasileira, eis que encontra raiz no princípio da dignidade da pessoa humana, inscrito no artigo 1º da Constituição Federal como fundamento da República⁶² e no princípio do livre desenvolvimento da personalidade, encontrado no artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1948.

Nessa condição, o princípio da dignidade da pessoa humana é princípio reitor, vinculante, que em conjunto com os demais princípios constitucionais possui força normativa, imediata, e ilumina a interpretação de todo o texto constitucional, bem como a aplicação das suas normas. Também encontra amparo nos expressos direitos à intimidade, à privacidade, à inviolabilidade de domicílio, ao sigilo das comunicações, ao acesso à informação e ao devido processo legal, com os quais está estritamente vinculado.⁶³

Implicação direta da identificação da natureza fundamental material do *direito fundamental à autodeterminação informativa* é o dever estatal⁶⁴ de concretização da vontade constitucional⁶⁵, através de uma densificação legislativa apropriada, uma vez apresentadas as possibilidades jurídicas a tanto e já se tenham operado as transformações sociais que exigem a pronta atuação. Com efeito, nas palavras de Konrad Hesse:

[...] para poder cumprir sua função na realidade social, os direitos fundamentais precisam, em maior ou menor grau, de um desenvolvimento concretizador pelo ordenamento jurídico: para que a situação jurídica regulada como direito fundamental se torne real e efetiva no seio da sociedade faz-se necessário estabelecer por todos os meios não somente normas materiais mais minuciosas, mas também pôr de pé formas de cooperação e normas de procedimento.⁶⁶

Pode-se falar, desta forma, no direito à autodeterminação informativa como um direito oponível em face do Estado, para a prevenção de ações lesivas, por parte deste (direito de defesa), como também para exigir ações positivas. Com efeito, “los derechos a acciones

⁶² Constituição Federal do Brasil, artigo 1º: “ A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.”

⁶³ Idem, artigo 5º, *caput* e incisos X, XI, XII, XIV, XXXIII e LIV.

⁶⁴ “O destinatário dos direitos fundamentais e sujeito obrigado por eles é o Estado, que se encontra vinculado pelos mesmos dado o seu caráter de normas de Direito necessário, de aplicação direta” Cf. HESSE, *op.cit.*, p.59.

⁶⁵ “Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa caso se façam presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*) mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Cf. HESSE, *op.cit.*, p.132.

⁶⁶ HESSE, *op.cit.*, p. 52.

positivas *normativas* son derechos a atos estatales de creación de normas”, consoante Robert Alexy.⁶⁷

O *direito fundamental à autodeterminação informativa*, sob a sua vertente de *direito geral à proteção de dados pessoais* captados pelo Estado, surge oportunamente como um direito de defesa e de prevenção, individual ou coletivo, contra os desvios de finalidade nos atos de captação, tratamento e comunicação de dados pessoais pelas instituições públicas.

Como exemplo de um desvio de finalidade no tratamento de dados pessoais, tome-se o caso *Escher e outros vs. Brasil*, no qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) declarou a responsabilidade do Estado brasileiro pela interceptação, gravação e divulgação de conversas telefônicas de indivíduos integrantes de grupo minoritário - Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) do Paraná -, em violação aos direitos à vida privada, à honra e à reputação dos lesionados (sentença de 06/07/2009).⁶⁸

4. A legislação infraconstitucional brasileira. Proteção jurídica insuficiente.

Em síntese, a existência do *direito fundamental à autodeterminação informativa* pode ser declarada pelos juízes e tribunais do país ou pelas instituições públicas brasileiras, em suas atividades deliberativas⁶⁹, por força de uma interpretação constitucional construtiva desenvolvida à luz do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Declarado que seja o direito fundamental, constatar-se-á, entretanto, e de imediato, a sua proteção jurídica deficiente. Não há legislação de proteção de dados pessoais no Brasil, o que põe em risco, inclusive, os interesses nacionais no campo do comércio internacional, uma vez que as legislações norte-americanas e as Diretivas da Comunidade Europeia sobre o tema (dois grandes parceiros comerciais do Brasil) exigem que os dados dos residentes nos países de origem sejam recepcionados mediante adequadas garantias de segurança no país receptor.

Some-se a isto que desde o Tratado de Lisboa (entrou em vigor em 2009), convolveu-se a Comunidade Europeia em uma União de Estados-membros (a União Europeia) e que a atual diretiva do Conselho da Europa em tema de proteção de dados pessoais – a Diretiva 95/46, editada em 1995 - está em vias de se converter em cogente Regulamento de Proteção de Dados Pessoais, já em fase final de discussão junto ao Parlamento Europeu, com

⁶⁷ ALEXY, *op. cit.*, p.171.

⁶⁸ Cuidava-se de autorização judicial conferida à Polícia Militar do Paraná para interceptação telefônica de conversas mantidas por membros do MST, por decisão não fundamentada, sem prévia oitiva do Ministério Público. As conversas telefônicas foram gravadas por 49 dias e o teor delas foi editado e divulgado, tendenciosamente, em desfavor dos monitorados. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf>. Acesso em: 19 de agosto 2012.

⁶⁹ Constituição Federal do Brasil, artigo 5º, incisos XXXIV, “a” e XXXV.

redação na qual confirmada a cláusula de impedimento da transmissão de dados se o país destinatário não oferecer iguais condições de segurança do emissor, em homenagem ao *princípio da equivalência da proteção*⁷⁰.

É verdade que o Código de Defesa do Consumidor (artigo 43)⁷¹ trata do direito de acesso, pelo consumidor, às informações sobre si existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo e que a Lei de Acesso à Informação⁷² assim também o permite em relação aos órgãos públicos, como antes já previa o *Habeas Data*⁷³. Por sua vez, a Lei nº. 7.232/84 — Lei de Informática — protege o sigilo dos dados armazenados, processados e vinculados, que sejam do interesse da privacidade das pessoas (artigo 2º, VIII)⁷⁴.

No entanto, um rápido exame da legislação norte-americana e europeia acerca da proteção de dados pessoais em poder dos órgãos públicos, será bastante para demonstrar a insuficiência com que esse direito fundamental é atualmente tutelado na legislação pátria.

5. Modelos de proteção jurídica adequada. O *Privacy Act* e a Diretiva 95/46/CE.

Um exemplo de legislação de proteção de dados pessoais (embora ainda incipiente) na qual regida a atividade de coleta e tratamento de dados pessoais pelas agências governamentais federais, é dado pelo *Federal Privacy Act*, de 1974, que passou a reger, no restrito âmbito das agências governamentais federais, as atividades de gerenciamento dos dados pessoais armazenados, permitindo a divulgação das informações individuais em restritas hipóteses e permitindo ao interessado o direito de acesso e de retificação dos seus dados pessoais. Desse diploma legal consta a norma que restringe o recolhimento de dados particulares pelas agências governamentais americanas apenas ao mínimo necessário à

⁷⁰ Determina que só podem ser transferidos dados pessoais entre as partes de um acordo se a parte contratante que os receber assegurar um nível de proteção dos dados que seja pelo menos equivalente ao aplicável, nesse caso concreto, pelo país que os fornecer. Cf. artigo 25 da Diretiva 95/46/CE : “2. A adequação do nível de proteção oferecido por um país terceiro será apreciada em função de todas as circunstâncias que rodeiem a transferência ou o conjunto de transferências de dados; em especial, serão tidas em consideração a natureza dos dados, a finalidade e a duração do tratamento ou tratamentos projetados, os países de origem e de destino final, as regras de direito, gerais ou setoriais, em vigor no país terceiro em causa, bem como as regras profissionais e as medidas de segurança que são respeitadas nesse país”.

⁷¹ Cf. Código de Defesa do Consumidor- Dos Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores: artigo 43: “O consumidor, sem prejuízo do disposto no artigo 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.”

⁷² Cf. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

⁷³ Cf. Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997.

⁷⁴ Cf. Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984. Dispõe sobre a Política Nacional de Informática, artigo 2º: “Política Nacional de Informática tem por objetivo a capacitação nacional nas atividades de informática, em proveito do desenvolvimento social, cultural, político, tecnológico e econômico da sociedade brasileira, atendidos os seguintes princípios; VIII: “estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e técnicos para a proteção do sigilo dos dados armazenados, processados e veiculados, do interesse da privacidade e de segurança das pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas.” Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: 11 de agosto 2012.

atividade administrativa ao qual destinados (mínimo informacional)⁷⁵, o que, juntamente com as necessárias exatidão (*accuracy*), relevância (*relevance*), oportunidade (*timeliness*) e integridade dos dados (*completeness*), traz o efeito reflexo de pautar as deliberações institucionais pelo máximo de imparcialidade⁷⁶.

A exatidão, relevância e integridade dos dados dizem respeito ao princípio da qualidade, que orienta a atividade institucional de coleta de informações pessoais àquelas precisas, completas, atualizadas e relevantes aos fins a que se destinam. Outro princípio, o da oportunidade, refere que a atividade institucional opera a tempo e modo certos, coordenada aos fatos que a justificam, em todas as ações de coleta e gestão de dados pessoais, inclusive na preservação de riscos ao desempenho da atividade.

Na União Europeia, multiplicaram-se, nos últimos anos, as legislações nacionais em tema de proteção de dados. A Diretiva Comunitária 95/46/CE⁷⁷, é considerada o principal instrumento da atual legislação da UE em matéria de proteção de dados pessoais e foi adotada com os propósitos de tutelar o direito fundamental à proteção de dados e de assegurar a livre circulação de dados pessoais entre os Estados-Membros e países terceiros. Nesta diretiva, “[...]tendo em conta a importância do desenvolvimento que, no âmbito da sociedade de informação, sofrem atualmente as técnicas de captação, transmissão, manipulação, gravação, conservação ou comunicação de dados de som e de imagem relativos às pessoas físicas”⁷⁸, foram estabelecidos os princípios para a regulação das operações incidentes sobre dados pessoais, tais como o recolhimento, registro, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou

⁷⁵ § 552a (E): (1) “maintain in its records only such information about an individual as is relevant and necessary to accomplish a purpose of the agency required to be accomplished by statute or by Executive order of the President.” Disponível em: <<http://www.justice.gov/opcl/privstat.htm>>. Acesso em 05.jun.2012.

⁷⁶§552a (G): (1) “Whenever any agency – (...)•(C) fails to maintain any record concerning any individual with such accuracy, relevance, timeliness, and completeness as is necessary to assure fairness in any determination relating to the qualifications, character, rights, or opportunities of, or benefits to the individual that may be made on the basis of such record, and consequently a determination is made which is adverse to the individual; (...) the individual may bring a civil action against the agency, and the district courts of the United States shall have jurisdiction in the matters under the provisions of this subsection.” Disponível em: <<http://www.justice.gov/opcl/privstat.htm>>. Acesso em: 05 de junho 2012.

⁷⁷ Referida diretiva é aplicável a todas as atividades de tratamento de dados pessoais realizadas nos Estados-Membros da Comunidade Europeia, nos setores público e privado, mas não se aplica àquelas atividades não sujeitas à influência do direito comunitário, como ocorre com os tratamentos de dados que tenham por objeto a segurança pública, a defesa e a segurança dos Estados-membros e com as atividades realizadas nos domínios da cooperação judiciária em matéria penal e da cooperação policial. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:pt:HTML>>. Acesso em: 28 de julho 2012.

⁷⁸ Item 14 dos *Consideranda*: “... Considerando que, tendo em conta a importância do desenvolvimento que, no âmbito da sociedade de informação, sofrem atualmente as técnicas de captação, transmissão, manipulação, gravação, conservação ou comunicação de dados de som e de imagem relativos às pessoas singulares, há que aplicar a presente diretiva ao tratamento desses dados”.

qualquer outra forma de disponibilização, o alinhamento ou combinação, bloqueio, apagamento ou destruição de dados⁷⁹.

As razões que justificaram o parlamento europeu a editar a Diretiva 95/46 estão explicitadas nos seus *Consideranda*, merecendo realce o interesse político na preservação da unidade formada pelos países componentes da Comunidade signatária do Tratado da União Europeia e o fato de que a integração econômica e social resultante do estabelecimento e funcionamento do mercado interno produz contínua ampliação do intercâmbio de dados pessoais entre todos os intervenientes, privados ou públicos, na vida econômica e social dos Estados-membros e dentre estes com o estrangeiro - movimento que tende a se intensificar.

Destacando que o progresso registrado nas tecnologias da informação facilita consideravelmente o tratamento e o intercâmbio de dados pessoais entre organismos públicos e privados, a Diretiva 95/46 reconhece nesses sistemas de tratamento de dados uma nobre missão a serviço do Homem, razão pela qual, salienta, devem estes sistemas contribuir para o progresso econômico e social, o desenvolvimento do comércio e o bem-estar dos indivíduos⁸⁰. Afirma-se a Diretiva 95/46/CE um instrumento da paz e de uma democracia embasada nos direitos fundamentais reconhecidos nas Constituições e leis dos Estados-membros, bem como na Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais⁸¹.

A Diretiva 95/46/CE desata nós, tão frequentes em ambientes de mercado comum (como o MERCOSUL, por exemplo, que ainda não conta com sistemas protetivos unificados semelhantes ao estudado) e, para tanto, tem o mérito de aproximar procedimentos e critérios de deliberação⁸², o que propicia, destarte, um sistema de proteção equivalente no âmbito dos Estados-membros. Considerando que suas diferentes legislações regulavam a proteção dos dados pessoais em diferentes níveis, o que poderia impedir a transmissão desses dados do território de um Estado-membro para o de outro, ou para países não componentes do espaço comum, a diretiva supera obstáculos a atividades econômicas à escala comunitária.

Trata a Diretiva 95/46/CE do dever dos órgãos administradores de prestar informações a interessados quanto aos tratamentos realizados em seus dados, o dever de informar (*duty to*

⁷⁹ Artigo 3º, 2 da Diretiva 95/46/CE. Quando realizado para estes fins, o tratamento de dados de som e de imagem - tais como os de vigilância por vídeo -, também não é abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 95/46/CE. Vide item 16 dos *Consideranda*.

⁸⁰ Cf. Item 2 dos *Consideranda*.

⁸¹ Cf. Item 1 dos *Consideranda*.

⁸² Mas tendo em vista assegurar o respeito dos direitos e liberdades fundamentais "... nomeadamente do direito à vida privada, reconhecido não só no artigo 8º da Convenção europeia para a proteção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais como nos princípios gerais do direito comunitário", destacou que a aproximação das legislações nacionais de proteção de dados não deveria diminuir a proteção que já assegurassem nessa matéria, mas haveriam de garantir um adequado nível de proteção daqueles interesses. Cf. item 10 dos *Consideranda*.

inform)⁸³ e dos direitos de acesso e de retificação (*right of access and correction*)⁸⁴, de oposição ao tratamento⁸⁵ e de apagamento⁸⁶. No campo dos princípios de proteção, refere-se ao tratamento de dados pessoais realizado de forma lícita e leal (princípios da legalidade e da lealdade)⁸⁷ para com a pessoa em causa; que o tratamento deve, em especial, incidir sobre dados exatos e atualizados (princípio da exatidão)⁸⁸, adequados, pertinentes e não excessivos em relação às finalidades do tratamento (princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade)⁸⁹; que essas finalidades devem ser explícitas, legítimas e determinadas (princípio da motivação)⁹⁰ por ocasião da captação dos dados; que estes dados não podem sofrer posterior tratamento incompatível com as finalidades primárias para as quais foram coletados (princípio da limitação da finalidade)⁹¹; e que só podem ser transferidos dados pessoais entre as partes de um acordo se a parte contratante que os receber assegurar um nível de proteção dos dados que seja pelo menos equivalente ao aplicável, nesse caso concreto, pelo país que os fornecer (princípio da equivalência da proteção)⁹².

⁸³ Associado ao direito de acesso, o dever de informar refere-se à obrigação de o responsável pelo tratamento ou o seu representante fornecer à pessoa em causa pelo menos as informações relativas à identidade do responsável pelo tratamento e do seu representante, se for o caso, bem como às finalidades do tratamento a que os dados se destinam e as categorias de dados pessoais envolvidos. Cf. artigo 10 da Diretiva 95/46/CE.

⁸⁴ Direito de o indivíduo obter, junto ao responsável pelo tratamento de dados pessoais em determinado organismo público, livremente e sem restrições, com periodicidade razoável e sem demora ou custos excessivos, a confirmação de terem ou não sido tratados dados respeitantes à sua pessoa e, em caso positivo, informações sobre quais foram os dados sujeitos a tratamento e a origem dos mesmos, os fins a que se destina ou destinou esse tratamento, as categorias de dados sobre os quais incidiu, o tempo de conservação e, se eventualmente transmitidos a terceiros, os seus destinatários ou categorias de destinatários. Cf. item 41 dos Consideranda e artigo 12, ambos da Diretiva 95/46.

⁸⁵ Direito de o titular dos dados se opor ao tratamento dos seus dados pessoais quando o seu consentimento não foi necessário para o recolhimento do dado e este tratamento destina-se à proteção de seus próprios interesses vitais; ou, mais frequentemente, à comercialização direta dos dados. Cf. artigo 14 da Diretiva 95/46/CE e item 25 dos *Consideranda*.

⁸⁶ Direito de o titular de dados obter do responsável pelo tratamento a eliminação dos seus dados pessoais sempre que, após a devida apuração, ficar demonstrado que o tratamento não atendeu aos princípios da lealdade, finalidade, necessidade, adequação e proporcionalidade ou foi realizado em violação às normas que respeitam aos dados que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, a filiação sindical, ou aspectos genéticos, relativos à saúde, à situação médica ou à orientação sexual de pessoas, ou que a conservação dos dados pessoais já ultrapassou o período de tempo necessário para a realização das finalidades primárias a que foram captados, não havendo mais motivos legítimos para que sejam conservados, salvo se referidos dados devam ser conservados para efeitos de prova ou por interesse histórico. Cf. artigo, 12, “b” da Diretiva 95/46/CE.

⁸⁷ De sorte que a pessoa em causa possa ter ciência da existência dos tratamentos e obter, no momento em que os dados lhe são pedidos, uma informação rigorosa e completa das circunstâncias da coleta. Cf. Item 38 dos *Consideranda* e artigo 6º “a” da Diretiva 95/46/CE.

⁸⁸ Cf. artigo 6º, 1, “d” da Diretiva 95/46/CE.

⁸⁹ Ou seja, os dados recolhidos devem ser aptos a realizar o objetivo prosseguido e não irem além do que é absolutamente necessário para o alcançar. Cf. Art 6º, 1, “c” e “e” da Diretiva 95/46/CE.

⁹⁰ A fundamentação do motivo determinante do ato é essencial ao seu controle finalístico.

⁹¹ Sabendo que os dados pessoais devem ser recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podem eles sofrer posterior tratamento incompatível com essas finalidades. Cf. artigo 6º, 1, “b” da Diretiva 95/46/CE.

⁹² Cf. artigo 25 da Diretiva 95/46/CE.

O tratamento dos dados apenas pode ocorrer com o consentimento inequívoco da pessoa em causa ou ser necessário para a celebração ou execução de um contrato que a vincule; para o cumprimento de uma obrigação legal à qual o responsável pelo tratamento esteja sujeito; para a execução de uma missão de interesse público ou o exercício da autoridade pública de que é investido o responsável pelo tratamento; ou ainda se o tratamento for necessário para a proteção de interesses vitais da pessoa em causa, como de ordem médica, de investigação criminal, de segurança pública, ou para a proteção de outros interesses plenamente justificados no caso concreto.

Estabelece a Diretiva 95/46/CE a responsabilidade civil objetiva do responsável pelo tratamento ilegal dos dados pessoais quanto aos danos causados e derivados de sua atividade, quando o resultado não respeitar os direitos das pessoas em causa. Com efeito, a exoneração da responsabilidade só ocorrerá nas hipóteses de o responsável pelo tratamento dos dados provar a sua não autoria, a culpa exclusiva ou concorrente da vítima ou força maior, regra extensível às pessoas de direito público ou privado⁹³.

Essencial para o equilíbrio do sistema é a função de *controller*, outorgada a uma autoridade nacional. Consideradas como elos essenciais na cadeia de garantias das pessoas quanto à transparência do tratamento de dados, as autoridades de controle, nomeadas no âmbito dos diferentes Estados-membros, possuem total independência⁹⁴ no exercício de suas funções e estão investidas de poderes de instauração de inquérito e outros necessários ao desempenho das suas funções, tais como: o de acesso aos dados objeto de tratamento, podendo recolher todas as informações necessárias à apuração que realiza; o de ordenar o bloqueio, o apagamento ou a destruição dos dados; o de proibir temporária ou definitivamente o tratamento; o de dirigir uma advertência ou uma censura ao responsável pelo tratamento ou o de remeter a questão para os parlamentos nacionais ou para outras instituições políticas. As autoridades de controle possuem *legitimatío ad causam* ativa para processos e oficiam à forma de *ombudsman*, uma vez que “[...]qualquer pessoa ou associação que a represente pode apresentar à autoridade de controle um pedido para proteção dos seus direitos e liberdades no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais”⁹⁵.

⁹³ Cf. Item 55 dos *Consideranda*.

⁹⁴ Cf. decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 9 de março de 2010 no processo C-518/07, Comissão/Alemanha (Coletânea 2010, p. I-1885). Disponível em: <curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=C-518/07>. Acesso em: 30 de julho 2012.

⁹⁵ Cf. artigo 28, 4 da Diretiva 95/46/CE.

6. As prometidas inovações da lei brasileira: virtudes e riscos.

Já foi visto como os riscos conexos à gestão das informações pessoais pelos bancos de dados públicos como, *e.g.*, o da imensa possibilidade de agregação e cruzamento dos dados coletados, sob as mais diversas formas pelo Estado, foram intensificados pelos meios telemáticos. Com o avanço da tecnologia se tornou mais rápida a busca por dados pessoais mas, sem que garantias adequadas sejam oferecidas, a rapidez do trânsito de dados pode conduzir a distorções e a discriminações.

No ordenamento jurídico brasileiro estão atualmente em debate novos modelos de gestão de dados que prestigiam o denominado *Governo Transparente* e que, de alguma maneira, dizem respeito a informações pessoais. É o que ocorre, por exemplo, com a identificação eleitoral biométrica⁹⁶, a cidadania digital com o reconhecimento biométrico e por *chip do cidadão*⁹⁷; a facilidade no acesso aos dados pessoais constantes no domínio público (registros públicos)⁹⁸; o exame genético criminal, com a criação de um banco de DNA de condenados por crimes violentos⁹⁹; o chip obrigatoriamente instalado nos veículos¹⁰⁰; ou mesmo o Marco Civil da Internet¹⁰¹.

Cabe ressaltar que a Lei de Acesso à Informação prevê que os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação de atos em sítios oficiais da rede mundial de computadores, para fins de dar cumprimento ao direito de acesso do cidadão (artigo 6º caput e §2º da referida lei). Em seu bojo, traz a lei novas bases para o debate interinstitucional acerca do conceito de privacidade, uma vez que em seu artigo 31 dispõe sobre a divulgação ou acesso por terceiros das informações pessoais, diante do consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

⁹⁶ O equipamento identifica o eleitor pelas impressões digitais.

⁹⁷ Lei nº 9.454, de 7 de abril de 1997, que institui o número único de Registro de Identidade Civil (RIC). O documento, que irá implementar a cidadania digital no país, reunirá em um só cartão os números do CPF (Cadastro de Pessoa Física), carteira de trabalho, CNH (carteira nacional de habilitação), passaporte e o título de eleitor. Terá ainda a impressão digital do titular, foto, assinatura eletrônica e contará com um sistema de tecnologia composto por microchip, bem como a gravação dos dados a laser no documento. No chip do RIC também ficarão armazenadas informações como sexo, nacionalidade, data de nascimento, filiação, naturalidade, assinatura, órgão emissor, local de expedição, data de expedição e data de validade do cartão, que será de 20 anos.

⁹⁸ Lei 12.527 de 18 de novembro de 2011, regulamenta o acesso a informações. Esta lei prevê que os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores, para fins de dar cumprimento ao direito de acesso a informações (artigo 6º caput e § 2º da referida lei).

⁹⁹ Lei 12.654, de 28 de maio de 2012 prevê a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. A lei determina a formação do primeiro banco de dados genéticos do país.

¹⁰⁰ O sistema obrigatório de rastreamento e localização de veículos e similares é denominado de 'Kit Antifurto', no portal do cidadão. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias>>. Acesso em: 11 de agosto 2012.

¹⁰¹ Projeto de Lei (PL) nº 2.2126/2011, relator deputado Alessandro Molon, que trata do Marco Civil da Internet. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesweb/fichadetramitacao=517255>>. Acesso em: 13 de maio 2012.

A legislação abre ressalva, em seguida, para acrescentar que não será exigido tal consentimento quando servirem as informações ao interesse público e geral preponderante.

Ante os conceitos abertos, competirá ao órgão gestor uniformizar orientações administrativas, porém antes caberá a cada autoridade competente, no âmbito das instituições detentoras de dados pessoais, a interpretação quanto aos limites da proteção à privacidade garantida na lei. Some-se a isto a dificuldade encontrada pelo fato de que mesmo os projetos de lei em curso, já elencados, não estabelecem mecanismos de controle da coerência das deliberações públicas, através da determinação de princípios e práticas que lhes aproxime da transparência e da imparcialidade.

Considerações Finais

O direito fundamental à autodeterminação informativa traduz a faculdade de o indivíduo determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais por terceiros, inclusive pelo Estado. Como instrumento da cidadania, serve esse direito fundamental à realização do princípio da dignidade da pessoa humana, como também à tarefa de contenção de riscos de desvios de finalidade, imparcialidade e não transparência das deliberações institucionais em tema de captação, tratamento e comunicação de dados pessoais pelos organismos do Estado. Com efeito, em um tempo no qual o Governo da Transparência assume formas na legislação pátria - como mostra a recente Lei de Acesso à Informação e outras em debate no Congresso Nacional, caso do Marco Civil da Internet -, coibir desvios e elevar o nível de proteção dos direitos humanos é missão de relevância capital para o Brasil do futuro e de urgente implantação no Brasil do presente.

A importância da expressão encontrada pelos magistrados do Tribunal Constitucional alemão -*Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung*, ou *direito fundamental à autodeterminação informativa* -, prende-se menos a um direito de cunho individual, e que pode, equivocadamente, levar a alguma pressuposição de matriz patrimonial, e mais à identificação da sua titularidade no Homem, aquele que é “a medida de todas as coisas”¹⁰² e a cujo benefício se dirigem os princípios da dignidade da pessoa humana e da livre formação da personalidade .

Ao pleno exercício do *direito à autodeterminação informativa*, apresentam-se os institutos do direito de ação e do direito de petição, aquele através dos instrumentos oferecidos pela legislação processual, tais como o *Habeas Data*, o Mandado de Segurança, as

¹⁰² No axioma de Protágoras, o primeiro a voltar-se para a natureza humana. Cf. MAGEE, Brian. **História da Filosofia**. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p.18.

Ações Ordinárias e Cautelares, e este através dos requerimentos e recursos administrativos que, protocolizados perante os órgãos e autoridades competentes, no âmbito de suas atribuições de coleta e gestão de dados pessoais permitem, gratuitamente, a expressão do direito de acesso e de retificação, de apagamento, de oposição, de limitação do tratamento e de portabilidade, para a tomada das medidas cabíveis, em prazo razoável.

O *direito à autodeterminação informativa* também se apresenta sob uma vertente de deveres de *facere* e *non facere* a serem observados pelos organismos de captação e de tratamento de dados pessoais para a prevenção de lesões a direitos nessa área¹⁰³. Dentre estes deveres, se apresenta o de informar, como também o de obediência aos princípios que norteiam essa atividade administrativa.

Isto visto, é possível falar no *direito à autodeterminação informativa* como efetivo instrumento de controle sobre a atividade administrativa no setor de tratamento de dados pessoais, espécie de controle externo a ser exercido pelo indivíduo ou por instituições credenciadas, para que os órgãos públicos envolvidos nessa função obedeçam às boas práticas a que estão vinculados e para a proteção não somente dos dados pessoais, mas, com estes, da cidadania, da liberdade e da democracia.

Nesse panorama, não apenas mostra-se necessária a percepção pelo indivíduo do direito fundamental que titulariza, para assim exercer o controle da informação que flui sobre si mesmo, como também se faz urgente a adoção, pela lei brasileira, de parâmetros deliberativos que norteiem o atuar das instituições públicas nacionais nessa temática. A bem de conferir aos sistema jurídico brasileiro as mais modernas soluções na proteção de dados pessoais, válida será a aproximação desta legislação futura dos critérios adotados na da União Europeia e na norte-americana, para assim capacitar o Brasil a manter sua posição de relevo no setor do comércio internacional e, principalmente, no cenário da defesa integral dos Direitos Humanos.

¹⁰³ Cf. HESSE, *op. cit.*, p.36-39: “As competências legislativas, administrativas e judiciais encontram seu limite sempre nos direitos fundamentais; estes excluem da competência estatal o âmbito que protegem, e, nessa medida, vedam sua intervenção [...] Dessa forma, num Estado de Direito, os direitos fundamentais operam como limite da ação estatal [...] Os direitos fundamentais influem em todo o Direito – inclusive no Direito Administrativo e Direito Processual – não só quando tem por objeto as relações jurídicas dos cidadãos com os poderes públicos mas também quando regulam as relações jurídicas entre os particulares. Em tal medida servem de pauta tanto para o legislador como para as demais instâncias que aplicam o Direito, as quais, ao estabelecer, interpretar e pôr em prática normas jurídicas, deverão ter em conta o efeito dos direitos fundamentais.”

Referências Bibliográficas

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da sociedade da informação: estudos**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. “Sociedade da Informação e mundo globalizado”. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Editora Coimbra, 2003.

BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Briguiet, 1924.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: A filosofia política e as lições dos clássicos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

CANOTILHO, J.J.. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed.. Coimbra: Ed. Almedina, 2003.

EIRAS, Agostinho. **Segredo de Justiça e controlo de dados pessoais informatizados**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Os direitos fundamentais implícitos e seu reflexo no sistema constitucional brasileiro”. In **Revista Jurídica**, Brasília, Vol. 8, n. 82, p.01-08, dez.-jan., 2007.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. In **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. “Informática y protección de datos personales.” In **Cuadernos y Debates**, nº 43, 1993.

_____. “Perspectivas del derecho a la autodeterminación informativa”. In **Revista de Internet, Derecho y Política**, nº 5, 2007.

MAGEE, Brian. **História da Filosofia**. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p.18.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard. “El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas”. **Revista Internet, Derecho y Política**, nº 5, 2007.

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

NISSENBAUM, Helen. **Privacidad amenazada. Tecnología, política y la integridad de la vida social**. México D.F.: Oceano, 2011.

Revista OAB-RJ nº19, Direitos Humanos, 2º quadrimestre de 1982.(Declaração dos Direitos do Homem, 1948, tradução oficial).

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

_____. “La conservación de los datos del tráfico en las comunicaciones electrónicas”. **Revista de Internet, Derecho y Política – IDP**, Vol. 3, noviembre, 2006.

SOLOVE, Daniel. **Nothing to Hide: The false tradeoff between privacy and security** . Yale University Press: i-books, 2011.

WESTIN, Alan. **Privacy and Freedom**. New York: Atheneum, 1967.

WHITTINGTON, Keith. **Constitutional construction: divided powers and constitutional meaning**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.