

Intimidade e Informática - necessidade de regulação jurídica no âmbito internacional, a fim de que sejam protegidos os direitos do cidadão

Têmis Limberger¹

Sumário: Considerações iniciais. 1 Evolução do fenômeno informático. 2 A privacidade e sua criação doutrinária nos EUA e seu desenvolvimento. 3 A importância do direito à intimidade frente à informática e seu aspecto comercial. 4 A necessidade de regulação na esfera internacional. 4.1 A experiência européia. 4.2 Disciplina no âmbito latino-americano, especial ênfase ao direito brasileiro. Considerações finais.

Resumo: O mundo globalizado apresenta problemas que envolvem diferentes países e como tal demanda soluções no âmbito internacional. Hoje assistimos a um incremento tecnológico na possibilidade de lesão aos direitos fundamentais. Assim, os correios eletrônicos não desejados, denominados spams, representam aproximadamente 2/3 do tráfego mundial de mensagens e provocam o desperdício de tempo e dinheiro. Além do elevado custo econômico e desperdício de tempo que estas práticas provocam, a lesão ao direito à intimidade, resta evidente. Por isso, as questões referentes às novas tecnologias e os direitos fundamentais por afetarem a distintos países, passam por soluções de regulação na órbita jurídica internacional.

Palavras-chave: intimidade, informática, regulação jurídica

Abstract: The globalized world presents problems that involve different countries and as such demand solutions in the international scope. Today we attend a technological increment in the possibility of injury to the basic rights. Thus, the e-mails not desired, called spams, approximately represent 2/3 of the world-wide traffic of messages and provoke the wastefulness of time and money beyond the raised economic cost and wastefulness of time that these practical provoke, the injury to the right to the privacy, remains evident. Therefore, the referring questions to the new technologies and the basic rights for affecting the distinct countries, pass for solutions of regulation in international the legal orbit.

Key-words: privacy, computer science, legal regulation

Considerações iniciais

O mundo globalizado apresenta problemas que envolvem diferentes países e como tal demanda soluções no âmbito internacional. Hoje assistimos a um incremento tecnológico na possibilidade de lesão aos direitos fundamentais. Assim, os correios eletrônicos não desejados, denominados *spams*, representam aproximadamente 2/3 do tráfego mundial de mensagens e provocam o desperdício de tempo e dinheiro. Um estudo realizado pela União Européia¹ revelou que a

¹ Mestra em Direito UFRGS, Doutora em Direito pela Universidade Pompeu Fabra em Barcelona. Professora do PPG UNISINOS, Promotora de Justiça/RS.



circulação diária de lixo eletrônico por *e-mail* custa US\$ 9,36 bilhões para os internautas, a cada ano. Considerando que há aproximadamente 500 milhões de internautas no mundo, o *spam* tem um custo individual de US\$ 20,00.

Desta forma, instrumentos que podem ser utilizados para armazenar uma infinidade de conhecimento, bem como para transmiti-lo de uma maneira célere são desvirtuados pelos *spammers* ou até pelo uso de práticas criminosas pelos *hackers*. Assim, além do elevado custo econômico e desperdício de tempo que estas práticas provocam, a lesão ao direito à intimidade, resta evidente. Por isso, as questões referentes às novas tecnologias e os direitos fundamentais por afetarem a distintos países passam por soluções de regulação na órbita jurídica internacional.

1 Evolução do fenômeno informático

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

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

Nesse aspecto, o acesso das pessoas à Informática representa um grande avanço, pois não é somente uma máquina com seu aspecto tecnológico de última geração. Traz consigo a possibilidade de transmitir a informação de uma forma muito mais célere e cada vez se torna mais acessível às pessoas, devido ao tamanho menor dos computadores e à diminuição do preço.

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

combinando os fatores tempo e espaço.

A Internet², a diferença da eletricidade, não transmite uma corrente inerte, senão informação, significa dizer poder³, através de uma linha telefônica. Isso é como uma moeda com duas faces. A primeira é uma vantagem, propicia que a Informática armazene o conhecimento e o transmita de uma maneira rápida. A outra, um risco, pois os direitos podem ser violados. Essa possibilidade exige uma intervenção do poder público como forma de proteção ao cidadão.

O progresso tecnológico e o direito à informação conferem novos aspectos à intimidade. O direito à informação encontra limites, às vezes, em alguns direitos fundamentais, entre eles à intimidade ou ao contrário. Nos casos concretos, se faz um cotejo entre os interesses públicos e privados, a fim de determinar o preponderante. Estando os computadores presentes na vida quotidiana das pessoas, é natural que isso traga implicações no mundo jurídico em muitos aspectos. As transformações fáticas na sociedade implicam desenvolvimento ou criação de novos direitos⁴.

No direito à intimidade se pode visualizar duplo aspecto⁵. O direito à intimidade evoluiu de uma aspecto negativo a um positivo. Surgiu como o direito a não ser incomodado, até se configurar como um direito a exigir prestações concretas das entidades públicas. A evolução da intimidade acompanha as mudanças históricas do Estado. No Estado Liberal, o indivíduo somente assegura proteção de sua intimidade contra atos exteriores. Na fase do Estado Social, com características intervencionistas, o indivíduo pode exigir providências do poder público. No âmbito da Informática, o conhecimento do cidadão com relação ao conteúdo dos bancos de dados, tanto na fase da coleta, quanto no armazenamento dos dados, relativos ao indivíduo. Desta maneira, o *Habeas Data* representa uma nova versão do *Habeas Corpus Act*, na proteção jurídica do cidadão com relação ao fenômeno informático.

2 A privacidade e sua criação doutrinária nos EUA

O direito à intimidade, *the right to privacy*⁶, surgiu por criação doutrinária



de Samuel Warren y Louis D. Brandeis, sendo que este posteriormente se tornou juiz da Suprema Corte. O Senador Samuel Warren considerou que os jornais de Boston haviam exagerado ao divulgar notícias reservadas sobre o matrimônio de sua filha. Warren pediu ajuda ao jurista Brandeis, a fim de verificar se o *common law* oferecia uma norma para proteger a intimidade do cidadão. A partir da análise dos precedentes, se construiu um direito à *privacy*, a partir dos casos de propriedade (*property*), quebras de confiança (*brech of confidence*), violação de direitos autorais (*copyright*) e também os casos de difamação (*defamation*). A conclusão a que chegaram foi de que, através do direito à *privacy*, era possível obter uma proteção jurídica, também no caso de que a interferência na vida privada se produzisse por meio da imprensa.

Warren e Brandeis⁷ conseguiram, três anos após a publicação do artigo, que o Tribunal da Georgia utilizasse pela primeira vez a expressão. Posteriormente, em 1965, a Suprema Corte Americana declarou que o direito à intimidade está implicitamente previsto na Constituição, conferindo-lhe uma grande dimensão.

Em 1960, Willian Prosser⁸ propõe uma sistematização do conceito da *privacy* que até então havia se desenvolvido através dos casos concretos. Assim, direito norte-americano apresenta quatro aspectos de proteção à privacidade. O primeiro consiste em que não haja intromissão no círculo íntimo de uma pessoa, por meio de uma conduta ofensiva ou molesta. A segunda diz respeito à divulgação de fatos privados, que se noticiam ao público, pertencentes ao círculo íntimo das pessoas. Inclui-se o direito ao esquecimento, que seriam os fatos verdadeiros, que, devido à passagem do tempo ou se alguma mudança na vida da pessoa, já haviam deixado de ser conhecidos. Sua divulgação atenta ao direito à intimidade. Em terceiro lugar, a apresentação ao público de circunstâncias pessoais íntimas revestidas de uma falsa aparência - *false public eye*. No caso de divulgar fatos relacionados a uma pessoa, com considerações deformadas ou equivocadas. Por último, a apropriação em benefício próprio, do nome ou da imagem de outra pessoa.

Modernamente, com relação ao *spam*, a solução legislativa encontrada nos Estados Unidos⁹ foi a sua criminalização, com a adoção do sistema *opt-out*, no qual é necessária a vontade do usuário para impedir o envio de novas mensagens. Desta maneira, os *spams* são recebidos e caso o cidadão não deseje mais recebê-

los, envia uma mensagem, cancelando os futuros envios. Esta solução foi adotada no projeto de lei brasileiro¹⁰ .

3 A importância do direito à intimidade frente à informática e seu aspecto comercial

Uma notícia ressalta o que aqui pretende se desenvolver: “Loja filma todas as reações de seus consumidores”¹¹ . Diante da constatação de que as pessoas omitem ou alteram informações quando são perguntados em pesquisas de consumo, determinada Loja de Departamentos¹² resolveu colocar centenas de câmeras de circuito interno de TV, microfones ultrasensíveis e uma central de última geração onde se concentram monitores. Os consumidores são filmados em todas as suas reações: quanto tempo uma pessoa ficou parada diante de um produto, qual o cartaz de ofertas que foi mais observado, qual a sua expressão facial diante das mercadorias e qual a sua reação diante dos preços. O consumidor é observado como um peixe num aquário. Como advertência aos que entram na loja, foi colocado um cartaz com os seguintes dizeres: “ Este lugar está sendo filmado para testes; se isso o incomoda, volte quando este aviso não estiver aqui”¹³ . Ressalta-se que o cartaz está quase sempre no local. Segundo as leis do Estado, os proprietários podem filmar e gravar o quanto quiserem, desde que fiquem longe dos provadores.

Até que ponto um pequeno cartaz é suficiente para advertir os consumidores? O consentimento para a captação dos dados está atendido? Saliente-se que, outras vezes, pode haver câmeras em locais sob o pretexto de vigilância, quando, em realidade, as imagens servem para observar o perfil de consumo, em um completo desvio de finalidade.

Os publicitários perceberam que num questionário o consumidor pode alterar as informações, seja sonegando informações que entender inadequadas, seja respondendo perguntas de forma inverídica. Assim, com as filmagens, a privacidade do consumidor está sendo fortemente invadida, visto que é mais devassada do que se preenchesse a um formulário.

A necessidade de proteger o cidadão juridicamente se origina em que os dados possuem um valor econômico, pela possibilidade de sua comercialização.



Diante das novas técnicas da Informática, a intimidade adquire outro conteúdo. Visa-se resguardar o cidadão com relação aos dados informatizados. Um arquivo informatizado pode guardar um número quase ilimitado de informações. Assim, o indivíduo que confia seus dados deve contar com a tutela jurídica para que sejam utilizados corretamente, quer se trate de um organismo público ou privado.

Os dados traduzem aspectos da personalidade, reveladores do comportamento e preferências, permitem até traçar contornos psicológicos. Desta maneira, pode-se detectar hábitos de consumo que têm importância para a propaganda e o comércio. Através desses, é possível produzir uma imagem total e pormenorizada da pessoa a que se denominaria perfil da personalidade, inclusive na esfera da intimidade, convertendo-se no denominado “homem de cristal”¹⁴.

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

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

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

A função da intimidade no âmbito informático não é apenas proteger a

esfera privada da personalidade, propiciando que o indivíduo não seja incomodado, por meio da má utilização de seus dados. Se pretende evitar, outrossim, que o cidadão seja transformado somente em números¹⁵, tratado como se fosse uma mercadoria, esquecendo-se de seus aspectos subjetivos.

4 A necessidade de regulação na esfera internacional

4.1 A experiência européia

A mais moderna experiência e que destaca a importância do tema é a Constituição Européia¹⁶ que estabelece no art. 7º o respeito pela vida privada e familiar e no art. 8º a proteção dos dados pessoais.

A experiência nos países é diferente. Em alguns, a tutela se estabelece a nível constitucional, outros por meio de lei ou da jurisprudência. No tocante à legislação européia¹⁷, podem ser caracterizadas três gerações, em uma análise dos últimos 30 anos.

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

Nesse período, foram editadas a lei sueca de 11/5/73, a lei dinamarquesa de 18/6/78 e a lei austríaca de 18/10/78, que já é de transição.

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

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



e o resguardo da informação pessoal.

O Convênio de Estrasburgo, de 28/1/81, marca a terceira fase, que se caracteriza pela unificação do direito europeu. O objetivo é a garantia dos direitos e a tentativa de não obstaculizar o desenvolvimento do setor informático. São desse período a lei do Reino Unido de 12/7/84, a nova lei alemã de 20/12/90, a primeira lei de Portugal de 20/4/91, modificada pela de 26/10/98, a lei espanhola de 31/10/92, revogada pela de 13/12/99, bem com a lei italiana de 31/12/96.

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

Na Alemanha, devido à anulação parcial da Lei de Censo da população de 1982, pela sentença do Tribunal Constitucional, em virtude da sentença de 25/12/83¹⁸. O Tribunal extrai do direito fundamental do livre desenvolvimento da personalidade a faculdade de cada indivíduo dispor principalmente sobre a revelação e o uso de seus dados pessoais, para a proteção em função da autodeterminação informativa. Inicia-se, então, um trabalho para aperfeiçoar a lei federal de proteção de dados, aprovada em 20/12/90. A concepção básica da lei não modificou com relação à legislação de 1977. Trata-se de uma lei que preenche lacunas do ordenamento jurídico e desempenha uma função subsidiária, ainda que não complete a totalidade do sistema normativo correspondente.

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

A lei alemã de 1990 estabelece um conjunto de princípios que afetam ao recolhimento e ao processamento dos dados. Essa lei pertence à terceira geração sobre a matéria. Com as características da legislação unificada e a tentativa de não impedir a circulação dos dados, introduz o Princípio da Finalidade, que já havia sido definido pelo Convênio 108 do Conselho de Europa. Substitui a noção de responsável

do banco de dados pelo de organismo depositante. Por fim, a organização, o sistema de controle e a fiscalização se diversificam em função do caráter público ou privado das entidades que armazenam os dados.

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

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

Na Espanha, a previsão normativa começa com o art. 18.4 CE¹⁹. A Constituição espanhola, junto com a portuguesa²⁰, são as duas únicas da Europa a prever o problema dos dados informatizados e a intimidade. São as Constituições mais jovens²¹ da Europa ocidental, que estão atentas a essa problemática. A primeira possui uma vantagem sobre a segunda, uma vez que contém o tratamento da matéria de forma mais sistemática e sucinta. A Espanha, visando adequar-se ao comando da Diretiva Comunitária, editou a Lei Orgânica de Proteção de Dados – LOPD (Lei nº 15, de 13/12/99), em substituição à LORTAD (Lei nº 5/92).

A principal novidade que traz a nova lei espanhola é a ampliação de seu objeto, que até então vinha restringido à proteção da honra e intimidade pessoal e familiar dos cidadãos diante do tratamento de seus dados. A inovação ocorre em duplo aspecto: a) incluem-se no âmbito de proteção da lei todos os bancos de dados, informatizados ou não. Essa é a principal obrigação derivada da Diretiva



Comunitária que deveria ser objeto de transposição no direito interno ao estender a proteção aos arquivos não informatizados; b) protege-se o tratamento de dados pessoais, agora, com relação ao conjunto de liberdades públicas e direitos fundamentais das pessoas, embora permaneça a especial ênfase no âmbito da intimidade.

Dessa maneira, o direito comunitário evoluiu no sentido da Diretiva Comunitária e rumo à Constituição Européia, assinalando nitidamente a unificação das disposições jurídicas.

4.2 Disciplina no âmbito latino-americano, especial enfoque ao direito brasileiro

Até o presente momento, o único país na América Latina a possuir a regulamentação legal no tema de proteção de dados é a Argentina, por meio da Lei nº 25.326, de outubro de 2000.

Os outros países possuem projetos de lei, tal como Uruguai²², ou leis setoriais que podem oferecer uma tutela a essa área.

Importante documento firmado no âmbito ibero-americano, constitui-se na XIII Cumbre celebrada em Santa Cruz de la Sierra, na Bolívia, nos dias 14 e 15 de novembro de 2003, onde se reconheceu de forma expressa a importância do direito fundamental à proteção de dados, ao dispor, no ponto 45, isto: “*Asimismo somos conscientes de que la protección de datos personales es un derecho fundamental de las personas y destacamos la importancia de las iniciativas regulatorias iberoamericanas para proteger la privacidad de los ciudadanos contenidas en la Declaración de La Antigua por la que se crea la Red Americana de Protección de Datos, abierta a todos los países de nuestra Comunidad.*”

No Brasil, ainda não existe proteção jurídica eficaz e disciplinada, acerca da intimidade frente aos bancos de dados informatizados²³. O instituto que se aproxima, ainda que de maneira tímida, é o *habeas data*²⁴ previsto no art. 5º, LXXII, da CF. A Lei nº 9.507/97 estatuiu a regulamentação do preceito constitucional. O veto presidencial²⁵ diminuiu o alcance da lei.

O âmbito de proteção é ainda muito restrito²⁶, uma vez que somente se assegura o conhecimento de informações por parte do cidadão com relação aos bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. O impetrante resta destituído de proteção sempre que estiver diante de entidade de caráter privado. Tal limitação, a toda evidência, fragiliza o instituto²⁷.

A via de proteção jurídica ocorre por via indireta. A partir do art. 5º, X, a CF resguarda a intimidade e o art. 1º, III, da CF, tutela a dignidade da pessoa humana. O art. 5º, XXXII, da CF, protege o direito do consumidor, fazendo com que fosse elaborado o Código de Defesa do Consumidor, que, nos arts. 43/4 do CDC, refere-se ao banco de dados e cadastros dos consumidores. Essas são normas muito mais avançadas e protetivas do que a lei que dispõe sobre o *Habeas Data*.

Considerações finais

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

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

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

Pode-se concluir que tutela dos direitos da pessoa deve ser compatibilizada com as exigências do mundo atual, que almeja a liberdade de informação e a livre circulação dos dados. Em última análise, a Informática é algo que já se incorporou na vida quotidiana moderna. Hoje não se vislumbra retrocesso.



O desafio é como proteger os dados informatizados numa sociedade e num mercado cada vez mais livres de fronteiras, com a denominada globalização. De pouco adianta um país ter um nível de proteção adequado, pois os dados que circulam na Internet transcendem as fronteiras geográficas do Estado, por isso a solução da problemática demanda uma regulação internacional.

² Disponível no *site* <http://www.uol.com.br/folha/informática>

³ A respeito dos reflexos da INTERNET nas modernas relações de consumo, veja-se artigo da Profª Cláudia Lima Marques, “A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos a distância no comércio eletrônico”, Revista de Direito do Consumidor nº 41/ 39.

⁴ Simon Nora y Alain Minc, *Informe Nora-Minc - La informatización de la sociedad*, Colección Popular, Madrid, 1ª reimpressão de 1ª ed. en español, 1982, p. 18.

⁵ O direito muda de conteúdo, conforme os novos tempos. O próprio conceito de liberdade não é o mesmo em todas as épocas. A liberdade dos antigos é diferente da liberdade dos modernos, conforme Benjamin Constant. Para o autor, há duas classes de liberdade. Esta liberdade que conhecemos, hodiernamente, surge com a Revolução Francesa e está relacionada à idéia de governo representativo; atualmente, o direito de estar somente submetido às leis. Nos povos antigos, o indivíduo era soberano nos assuntos públicos e um escravo nas questões privadas. Modernamente, ao contrário, o indivíduo é independente em sua vida privada, não é um soberano mais que em aparência nos assuntos públicos, inclusive nos Estados mais livres. Para Constant, o objetivo dos antigos era a repartição do poder social entre os cidadãos de uma mesma pátria e a isso chamavam de liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança nos assuntos privados e denominam liberdade às garantias concedidas pelas instituições a esses, consoante Benjamin Constant, *Escritos Políticos*, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, CEC, Madrid, 1989, pp. 257-285.

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

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

⁷ Samuel Warren y Louis Brandeis, *Privacy*, *Harvard Law Review*, vol. 4, nº 5, pp. 193/219, 15/12/1890. O motivo que estimulou Warren a escrever foram as intromissões escandalosas dos jornais de Boston em sua vida familiar. Para a tarefa de escrever, convidou a Brandeis. O direito a que nos deixem em paz, oriundo da expressão inglesa *the right to be let alone*, surge com a difusão do jornalismo e a possibilidade de interferir na vida privada.

⁸ Conforme Fernando Herrero-Tejedor, *Honor, intimidad y propia imagen*, 2 ed., Colex, Madrid, 1994, p.39.

⁹ Willian L. Prosser, *Privacy*, *California Law Review*, vol. XLVIII, *University of California*, nº 48, *Berkeley, California*, 1960, pp. 383-423.

¹⁰ Disponível em <http://www.cf6.uol.com.br/consultor/view.cfm?id=11229&ad=a>

¹¹ Disponível em http://www.quatrocantos.com/antispam/textos/projeto_antispam.htm

¹² *Jornal Folha de São Paulo*, 16/6/02, p. A 23.

¹³ Loja *Once Famous*, em Minneapolis (Estado de Minnesota).

¹⁴ *Jornal Folha de São Paulo*, 16/6/02, p. A 23.

¹⁵ Denominação utilizada na Sentença de 15/12/83, do Tribunal Constitucional Alemão, Boletín de Jurisprudencia Constitucional, nº 33, enero de 1984, p. 137, que se trabalhará no item nº 5.

¹⁶ Nos bancos de dados com registro negativo, o controle do consumidor inadimplente é feito por números, qual seja por meio do nº do CPF, conforme referido pelo palestrante Leonardo Roscoe, no 6º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor.

¹⁷ <http://europa.eu.int/futurum>

¹⁸ Importante referir também a experiência nos EUA: o *Freedom of Information Act* (1974) e o *Freedom of Information Reform Act* (1986), que visam assegurar o acesso e à retificação ou complementação das informações. No direito norte-americano, a preocupação se centra nos dados armazenados na administração pública. Estima-se que aí estão cerca de 50% dos dados informatizados do mundo, segundo Robert M. Gellman, “Les trois piliers de la politique de diffusion de l’information publique aux États-Units”, *Revue française d’administration publique*, nº 72, octobre-décembre 1994, p. 602. Por isso, evidentemente merece preocupação os bancos de dados públicos, pela quantidade de informação armazenada nos EUA.

¹⁹ Boletín de Jurisprudência Constitucional nº 33, enero de 1984, p. 137.

²⁰ O art. 18.4, da CE, dispõe: “A lei limitará o uso da informática para garantir a honra e a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício dos direitos.”

²¹ A Constituição portuguesa, em seu artigo 3º, disciplina a utilização da Informática e em seu artigo 26 diz respeito a outros direitos pessoais, entre eles, a reserva da intimidade da vida privada e familiar.

²² Costuma-se estabelecer como marco as Constituições do segundo pós-guerra. Assim, na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, as Constituições Francesa, de 1958, e a Italiana, de 1947, todas elas ainda em vigor. Essas Constituições vão influenciar a mudança das Cartas após a queda de Salazar e Franco, com a mudança dos regimes políticos. Tal exigiu a elaboração de novas Constituições em Portugal e na Espanha. Essas, por sua vez, influenciaram o modelo brasileiro na Constituição de 1988.

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

²³ Proyecto de Ley en los Bancos de Datos (públicos y privados), Carpeta nº 1050/04, repartido 811, de mayo de 2004.



²⁴ Apesar de o Brasil ter recebido a influência das Constituições Portuguesa e Espanhola, que contemplam dispositivos de proteção à intimidade relacionada à Informática, nossa Carta não instituiu comando similar. Sobre o histórico do constitucionalismo e a proteção à Informática ver notas 19 a 21.

²⁵ O *habeas data* foi concebido na Constituição de 1988 como um instrumento essencialmente político. Os membros da Assembléia Nacional Constituinte tinham em mente, sobretudo, os registros do antigo Serviço Nacional de Informações – SNI, durante o regime militar de 1964, conforme Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, 21 ed., Malheiros, São Paulo, 1999, p. 240.

As informações sigilosas, obviamente, restariam protegidas. Não haveria razões para restringir o instituto, sob a alegação de que desborda o conteúdo constitucional. A *mens legis* era específica, os dados constantes nos arquivos do SNI. Esta problemática, todavia, cresceu muito nos últimos anos, adquirindo maiores proporções com relação à idéia da tutela inicial.

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

²⁶ “Art. 1º (Vetado)

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

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

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

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

²⁷ Atualmente se encontram em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1.532/99, que dispõe sobre a elaboração e arquivos de documentos em meios eletromagnéticos; o Projeto de Lei nº 1.682/99, com a disciplina penal referente à matéria; e o Projeto de Lei nº 4.102/93 que regulamenta o art. 5º,XII, da CF, dispondo sobre a inviolabilidade de dados. Caso esses projetos venham a ser convertidos em lei, ocorrerá um incremento da tutela jurídica no ordenamento brasileiro dos direitos do cidadão frente à Informática.

O projeto de lei nº 3.494/00 (do Senado Federal) dispõe sobre a estruturação e o uso de banco de dados sobre a pessoa e disciplina o rito processual do “*habeas data*”.

²⁸ Em que pese não haver uma proteção específica, há quem sustente que seria possível construir tutela jurídica ao não-consumidor, a partir do art. 29 do CDC.