

**O HABEAS DATA NO ORDENAMENTO
BRASILEIRO E A PROTEÇÃO DE DADOS
PESSOAIS: UMA INTEGRAÇÃO AUSENTE**

DANILO DONEDA

Há tempo que se evoca um habeas data, o desenvolvimento indispensável do habeas corpus, em torno do qual a liberdade pessoal se consolidou ao longo da história. É nesta perspectiva que se coloca, hoje, a privacidade, a tal ponto que podemos afirmar que a tutela dos dados pessoais tornou-se um componente essencial da nova cidadania.
(Stefano Rodotà)

O HABEAS DATA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: UMA INTEGRAÇÃO AUSENTE

Danilo Doneda* **

RESUMEN

Se vaya delimitar el ámbito del recurso de habeas data desde sus antecedentes y orígenes doctrinarios y legislativos. Después de tomar en cuenta los límites y la eficacia de la protección de datos en el ordenamiento jurídico brasileño, en el cual el recurso de habeas data tiene función primordial, intenta probar si hay o no un modelo latino-americano de protección de datos, y, por otro lado, si el ordenamiento brasileño es eficaz en la tarea de suministrar a los datos personales una protección que sea eficiente y adecuada, teniendo se en consideración el desarrollo doctrinario actual de ese tema.

ABSTRACT

From the doctrinal and legislative origins of habeas data, the author pursues to analyse its profile and scope in Brazilian law as well as asking if it would be possible to name a certain latin-american habeas data general model for data protection. Finally, the Brazilian data protection framework is questioned about its viability in order to comply with the actual relevance of data protection issues.

Keywords: Habeas Data. Privacidad. Data protection. Privacy. Protección de datos. Brasil.

* Mestre e doutor em direito civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pesquisador visitante na Università degli Studi di Camerino, Itália. Professor de direito civil. Página pessoal: <http://www.doneda.net>.

** O autor agradece a contribuição de José Renato Gaziero Cella.

A proteção de dados pessoais, um tema que apresenta um razoável grau de maturação em diversos ordenamentos jurídicos, enfrenta barreiras formais e materiais ao seu pleno desenvolvimento no ordenamento brasileiro. Pode-se identificar como uma barreira formal o fato de o Brasil ter sido a primeira nação a introduzir em seu ordenamento o Habeas Data – em sintonia com um boa parte dos estudos mais autorizados sobre a matéria à sua época – sem que isto tenha gerado um ambiente propício para o desenvolvimento ulterior da disciplina.

No presente estudo verifica-se o contraste entre o desenvolvimento e a aplicação da ação constitucional de Habeas Data prevista na Constituição brasileira de 1988 e algumas particularidades de outros países no desenvolvimento do habeas data no seio de seus próprios ordenamentos jurídicos, verificando-se a viabilidade deste instrumento para que se obtenha um patamar adequado para a proteção de dados pessoais

1

A proteção de dados pessoais no ordenamento brasileiro não se estrutura a partir de um complexo normativo unitário, porém em uma série de disposições cujo propósito e alcance nos são fornecidos pela leitura da cláusula geral de proteção a pessoa humana¹.

Previamente advirta-se para o fato de que a Constituição brasileira contempla o problema da informação inicialmente através das garantias à

1 As diretrizes presentes nos artigos 1º, II e III da Constituição Federal, elegendo a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República, somadas à adoção do princípio da igualdade substancial (art.3º, III), e da isonomia formal do art. 5º, acrescido da garantia residual constante do artigo 5º, § 2º condicionam todo o ordenamento jurídico e autorizam a verificação da existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de uma cláusula geral de proteção à personalidade. Sobre o tema, v. Gustavo Tepedino. "Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil", in: Temas de direito civil. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

liberdade de expressão² e do direito à informação³, que deverão eventualmente ser confrontados com a proteção da personalidade e, em especial, com o direito à privacidade.

Além disso, a Constituição considera invioláveis a vida privada e a intimidade (art. 5º, X), especificamente a interceptação de comunicações telefônicas, telegráficas ou de dados (artigo 5º, XII), bem como institui a ação de habeas data (art. 5º, LXXII), que prevê um direito genérico de acesso e retificação dos dados pessoais.

A Constituição ainda protege alguns certos específicos relacionados à privacidade, proibindo a invasão de domicílio (art 5º, XI) e a violação de correspondência (art 5º, XII)⁴.

A legislação ordinária faz referência a um conjunto de situações, tanto existenciais quanto patrimoniais, nas quais se verifica a necessidade da ponderação de interesses relacionados à privacidade. Nesse sentido existem disposições esparsas, seja no direito civil⁵, bem como outras

2 Constituição brasileira, art. 5º, IX; art. 220.

3 Constituição brasileira, art. 5º, XIV; art. 220; incluindo o direito ao recebimento de informações de interesse coletivo ou particular dos órgãos públicos (art. 5º, XXXIII), bem como o direito à obtenção de certidões de repartições públicas (art. 5º, XXXIV).

4 Ambos os casos fazem parte da tradição constitucional brasileira e encontram-se em todas as Constituições, a começar pela Constituição Política do Império do Brasil (1824) que no artigo 179 (que trata das garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros), dispõe: "VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar".

(...) XXVII. O Segredo das cartas é inviolavel. A Administração do Correio fica rigorosamente responsavel por qualquer infracção deste Artigo".

5 Em relação ao direito de vizinhança, o Código Civil anterior, de 1916, já estabelecia certas limitações ao direito de construir (vide seus artigos 573, 576 e 577) que levavam em consideração a privacidade.

de natureza processual⁶, penal⁷, em normas setoriais⁸, além de outras, de natureza comercial⁹ ou tributária¹⁰, que guardam semelhança ao menos formal com a proteção da privacidade. Além destas normativas, existem também previsões sobre privacidade em códigos de conduta e de auto-regulamentação e também normas deontológicas¹¹. De todas estas normas, um número considerável foi produzido em um período que poderíamos definir como pré-constitucional no que se refere à privacidade, isto é, antes da sua consideração como um direito fundamental constitucionalmente previsto e tutelado, exigindo portanto do intérprete especial atenção na sua adequação ao novo paradigma.

Dentre a legislação infra-constitucional, merece destaque tanto a regulamentação da ação de habeas data que, após introduzida pela Constituição de 1988, foi regulamentada pela Lei

9507/97, bem como os preceitos sobre a proteção aos dados pessoais em relações de consumo, presentes no Código de Defesa do Consumidor¹² em seus artigos 43 e 44. O habeas data, quanto menos pela influência que exerceu, merece ser observado com um pouco de atenç

2

O habeas data é um instituto originariamente concebido pelo legislador brasileiro, e apresenta a peculiaridade de ter influído em outras legislações latino-americanas, a ponto de podermos (com reservas) tratá-lo como um modelo que circula com certa desenvoltura dentro do continente.

Esta sua inserção em outros ordenamentos latino-americanos não chega a surpreender, após uma breve análise – afinal, fatores de ordem geopolítica parecem ter contribuído decisivamente para isso. Sinteticamente, há de se apontar para o fato de que um instituto do gênero tenha uma especial razão de ser em sociedades recém-saídas de regimes militares, como em diversos países latino-americanos na década de 1980 em diante, em cujas sociedades persistia o trauma pelo uso autoritário da informação¹³.

6 Nas ocasiões nas quais o processo deva correr sob segredo de justiça (art. 155 do Código de Processo Civil).

7 É sempre oportuno lembrar que, em um momento anterior da nossa cultura jurídica, já se apregoou que a tutela da privacidade fosse assunto a ser tratado somente pelo direito público e, mais especificamente, pelo direito penal, como nos faz notar Milton Fernandes. "Os Direitos da personalidade", in: Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 135. Nosso Código Penal realiza a tutela penal da privacidade através de uma série de tipos (do seu art. 150 ao 154) que dizem respeito à violação de domicílio, correspondência e dos segredos. Além disso, o anteprojeto de reforma do Código Penal, atualmente em estudo, prevê em seu artigo 157 uma nova figura típica que seria o crime de violação da vida privada (com o seguinte teor: "Art. 157. Violar, mediante processo técnico ou qualquer outro meio, o resguardo sobre fato, imagem, escrito ou palavra que alguém queira manter na esfera da vida privada"). Sobre o tema, v. Paulo José da Costa Jr. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

8 Como a Lei 5250/67 (Lei de Imprensa), Lei 8069/90, Lei 5988/73, Lei 4595/64.

9 Artigos 17 a 19 do Código Comercial sobre a exibição dos livros de escrituração mercantil.

10 O Código Tributário Nacional prevê a obrigação de sigilo para os agentes do fisco em seu artigo 198.

11 Que podem, por exemplo, estabelecer parâmetros a serem observados entre determinadas classes de profissionais para variações do sigilo profissional.

12 Lei 8.078/90

13 A tal situação faz referência Luís Roberto Barroso: "Uma das distorções mais agudas do ciclo militar-autoritário no Brasil (...) foi o uso e, sobretudo, o abuso na utilização de informações que diferentes organismos armazenavam sobre pessoas. (...) Envolvendo-se na política ordinária, os órgãos de segurança mergulharam em terreno pantanoso de perseguições a adversários, operando freqüentemente nas fronteiras da marginalidade. A chamada comunidade de informações passou a constituir um poder paralelo e agressivo, que, por vezes, sobrepunha-se ao poder político institucional, valendo-se de meios ilícitos para fins condenáveis". Luís Roberto Barroso. "A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e provas ilícitas", in: Habeas Data. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1998, p. 211. Neste mesmo sentido, v. tb. Dalmo de Abreu Dallari, "O habeas data no sistema jurídico brasileiro", in: Revista de la Facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica Del Peru, n. 51, 1997, p. 97 e José Carlos Barbosa Moreira, "O habeas data brasileiro e sua lei

Após o fim destes regimes, um instrumento para a requisição das informações pessoais em mãos do poder público era tanto desejado quanto necessário¹⁴, seja para a tutela dos direitos fundamentais envolvidos como também pelo seu importante papel na formação de uma cultura democrática; para tal parece ter sido originalmente concebido o habeas data – para proporcionar ao cidadão um instrumento para conhecer diretamente e, se necessário, retificar as informações sobre sua própria pessoa armazenadas em bancos de dados¹⁵.

Desta forma, parece que a maior inspiração do nosso legislador não estava diretamente ligada à uma eventual influência do pensamento jurídico europeu ou norte-americano, que à época já possuíam experiência com a temática relativa à utilização da tecnologia para o processamento de dados pessoais. Podemos especular sobre um particularismo, entre cujas causas está o fato de que as conseqüências derivadas de tais tecnologias apresentam-se, de forma geral, defasadas e atenuadas na América Latina do que em países desenvolvidos. Também conta, decisivamente, a falta de um modelo bem estruturado e claro para servir como exemplo – na época, as experiências européias ainda desenvolviam-se isoladamente, cada qual com suas idiosincrasias. De

regulamentadora”, in: Habeas data. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), cit., p. 127.

14 O acesso a registros policiais, mesmo aos antes considerados secretos, foi amplamente favorecido com o surgimento do habeas data. Vale como exemplo o relato da situação paraguaia: “Mediante una provisión de la nueva Constitución paraguaya post-Stroessner, Almada presentó un mandato de habeas data, que permite que las personas accedan a sus registros policiales. A través de sus propias investigaciones privadas y una carta anónima, Almada se enteró que algunos documentos relacionados con su caso podían encontrarse en la comisaría de Lambaré Actuando con discreción y cuidado, Almada pasó esta información al juez Fernández, que ordenó el registro.” Stella Calloni. “Los archivos del horror del operativo Condor”, in: <www.derechos.org/nizkor/doc/condor/calloni.html>.

15 Bancos de dados de carácter público, conforme será discutido a seguir.

uma influência do direito norte-americano, por sua vez, somente se poderia cogitar em modo esporádico, em aspectos particulares, além de que vários de suas características contrariam a lógica do sistema de *civil law* presente nos países da América Latina – não obstante que a falta de coesão do ordenamento brasileiro neste campo permita que alguns autores a interpretem como uma verdadeira opção por uma tutela baseada na norte-americana nesta configuração do ordenamento pátrio¹⁶.

De todo modo, podemos identificar algumas importantes influências externas, sendo a maior delas provavelmente a das Constituições de dois países europeus que – não por acaso – recém-saíam de períodos ditatoriais, Espanha¹⁷ e Portugal¹⁸. Nelas, apresentam-se dispositivos destinados a afrontar os problemas da utilização da informática e, no caso da Constituição portu-

16 José Adércio Leite Sampaio afirma que, “filosoficamente”, haveria uma maior aproximação do sistema permissivo norte-americano do que do sistema restritivo europeu. Tal leitura, conforme veremos, pode ser possível a partir de um corte transversal que revele uma realidade imediata do ordenamento, porém não considera as tendências evolutivas e também a atuação concreta da tábua axiológica presente na Constituição brasileira – o que, não obstante, não passa despercebido pelo autor, ao responder positivamente à questão sobre se “não terá o constituinte cumprido o seu papel, deixando para legisladores e intérpretes estenderem, a partir dos dois princípios, a regulamentação do sistema como um todo?” José Adércio Leite Sampaio. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, pp. 548-549.

17 A Constituição espanhola de 1978 contém os seguintes dispositivos:

Art. 18. – (...) 4. La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos

(...) Art. 105. – (...) b) La Ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”

18 A constituição portuguesa de 1976 dispõe sobre a utilização da informática nos sete incisos de seu artigo 35º, no qual estabelece alguns parâmetros básicos para a proteção de dados pessoais.

guesa, uma referência bastante explícita à proteção de dados pessoais.

Como antecedentes legislativos mais imediatos, note-se que, mesmo antes de 1988, existiam nas legislações estaduais do Rio de Janeiro e de São Paulo leis que dispunham sobre o direito de acesso e retificação de dados pessoais, e ainda apresentavam alguns elementos que até hoje não foram expressos em normativa federal, como o princípio da finalidade ou o consentimento informado¹⁹.

O instituto do *habeas data* foi introduzido pela Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 5º, LXXII²⁰. Seu caráter e seu próprio *nomen iuris* são devidos à influência de José Afonso da Silva²¹ e já estavam presentes no Projeto de Constituição elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (conhecida como Comissão Afonso Arinos). A expressão *habeas data* foi pinçada por José Afonso da Silva, responsável por esta parte do projeto, da obra do espanhol Firmín Morales Prat²². No entanto, não

é Morales Prat a quem se deve a expressão. Em 1981, Vittorio Frosini a utilizava com desenvoltura, após identificar uma "liberdade informática", ou seja, uma extensão da liberdade pessoal como exigência imposta pelo desenvolvimento tecnológico, alude à importância do *habeas corpus* para a liberdade pessoal e acrescenta que: "poder-se-ia dizer, com uma paráfrase de caráter metafórico, que na legislação dos Estados modernos é necessário hoje um *habeas data*, um reconhecimento do direito do cidadão de dispor dos próprios dados pessoais, assim como ele tem o direito de dispor livremente do próprio corpo"²³. E é tranqüilamente possível retroceder ainda mais: note-se que Stefano Rodotà, em 1973, fez menção ao direito de acesso como um *habeas scriptum* – que seria um sinônimo para o *habeas data*²⁴. Aquelas que parecem as menções absolutamente mais remotas do termo "habeas data" remetem, finalmente, ao ano de 1970: mencione-se o artigo de Steven Weber publicado na *University of San Francisco Law Review* intitulado *Habeas Data: The right of privacy versus computer surveillance*²⁵; bem como a declaração prestada pelo professor Alan Westin

19 Trata-se, no Rio de Janeiro, da Lei Estadual nº 824, de 28 de dezembro de 1984, originária de projeto do deputado Eduardo Chuahy, que "Assegura o direito de obtenção de informações pessoais contidas em bancos de dados operando no Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências"; e em São Paulo, da Lei Estadual nº. 5702, de 5 de junho de 1987, que "Concede ao cidadão o direito de acesso às informações nominais sobre sua pessoa". Note-se que a lei paulista refere-se textualmente aos dados em arquivos da administração pública, "inclusive em fichários policiais", o que parece indicar qual seria a provável motivação da norma.

20 Cujo teor é: "Conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo".

21 Clèmerson Merlin Clève. "Habeas data: algumas notas de leitura", in: *Habeas data*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1998, p. 75.

22 O *habeas mentem* seria, para Morales Prat, um aspecto da "privacy pessoal" que atualizaria garantias tradicionais, como a liberdade de domicílio, a presunção da inocência, o direito de defesa, além de outros, que não estariam abarcados pelo "caduco" *habeas corpus* face às situações criadas pelo desenvolvimento tecnológico. Já o

habeas data seria parte de uma estratégia integrada para a "construção de um estatuto jurídico da intimidade" que, considerando uma manifestação da *privacy* como um "direito de controle da circulação de informações pessoais" projetada sobre os bancos de dados, se traduziria em um direito de acesso a estes dados, acompanhado de faculdades em controlar seu conteúdo. Nas palavras do autor, se trata de "que o sujeito possa modular sua 'identidade informática' para que lhe seja fiel". Firmín Morales Prat. *La tutela penal de la intimidad; "Privacy", e informática*. Barcelona: Destino, 1984, pp. 30-43. A expressão *habeas mentem* tinha sido antes utilizada por Stefano Rodotà, em: "Progresso técnico e problemi istituzionali nella gestione delle informazioni", in: *Privacy e banche dati*. Nicola Matteucci (cur.). Bologna: Il Mulino, 1981, p. 131.

23 v. Vittorio Frosini. "La protezione della riservatezza nella società informatica", in: *Informatica e Diritto*. fascículo 1º, janeiro-abril, 1981, pp. 9-10.

24 Rodotà considerava este *habeas scriptum* uma garantia circunscrita a aspectos puramente defensivos da disciplina dos dados pessoais, inábil a formar a sua base. Stefano Rodotà. *Elaboratori elettronici e controllo sociale*. Bologna: Il Mulino, 1973, p. 121.

25 5 U.S.F. Law Review 358, pp. 358-377 (1970).

à revista *National Geographic*, na qual afirma, após mencionar a função que exerceu o habeas corpus na época em que foi criado, que:

"Talvez precisemos hoje de uma espécie de ação de 'habeas data' – que obrigue tanto o governo como corporações privadas a revelar as informações que eles coletaram e que estão utilizando para realizar julgamentos sobre um indivíduo, e a justificar o porquê de fazê-lo"²⁶.

O habeas data, como já intuía Westin, apresenta paralelos com o habeas corpus – cujo significado seria algo como "tenha seu corpo". Tal paralelismo justifica-se pela intenção de se aproveitar da carga semântica que a expressão acumulou, e serve para sua introdução como instrumento de garantia individual. A origem do habeas corpus, como se sabe, é inglesa, mais especificamente a *common law* do alto medievo. Sua evolução posterior foi marcada pela edição de vários *Habeas Corpus Act*²⁷ – a começar pelo primeiro e mais freqüentemente mencionado, de 1679. Blackstone referiu-se ao habeas corpus como *the great and efficacious writ*²⁸ – e esta sua importância o acompanhou quando transportado para os Estados Unidos, assim como para outros países, mesmo os de tradição de *civil law*.

26 Peter White, "Behold the computer revolution", in: *National Geographic*. vol. 138, novembro de 1970, p. 631.

27 O instituto evoluiu de uma possibilidade de petição direta ao soberano, que era mais uma possibilidade deste controlar a administração da justiça, para tornar-se uma garantia do cidadão perante os tribunais do Reino Unido. Para registro, a expressão utilizada, habeas corpus ad subiendum, é a abreviação de uma antiga fórmula processual do common law: "Praecipimus tibi quod 'corpus' x, in custodia vestra detentum, ut dicitur, una cum causa captionis et detentionis suae, quocumque nomine idem x, censeatur in eadem, 'habeas' coram nobis apud Westminster, 'ad subiendum' et recipiendum ea quae cùria nostra de eo ordinari continget hac parte". Paolo Biscairetti de Ruffia. "Habeas corpus" (verb.) in: *Enciclopedia del diritto*. v. XIX, Milano: Giuffrè, 1970, pp. 941-945.

28 William Blackstone. *Commentaries on the law of England*, v. III, Oxford: Clarendon Press, 1765-1769, p. 121.

Mas o tema do habeas corpus não vem à baila senão para salientar alguns traços de seu caráter que foram transmitidos ao habeas data. O habeas data é um instituto de caráter remedial, como o *writ of mandamus* (EUA) ou o *amparo* (Espanha e diversos países da América Latina). No direito brasileiro, é uma das ações constitucionais que fazem parte de um conjunto de instrumentos para a garantia de direitos individuais e coletivos. Esta sua posição no ordenamento deve ser entendida no âmbito de uma reação, que se deu no momento em que a sociedade e o próprio ordenamento se recompunham de um período no qual diversas liberdades individuais foram suprimidas. Neste contexto, o habeas data foi uma das medidas destinadas a sanar um "déficit" de liberdades individuais, bem como de consolidar as bases democráticas do novo sistema e dificultar uma volta a um regime ditatorial²⁹.

Tanto a ação de habeas corpus como a de habeas data oferecem um instrumento de garantia imediata para o cidadão que postula em juízo, respectivamente, o respeito ao seu direito de ir e vir, ou o conhecimento e a retificação de informações pessoais em bancos de dados de caráter público; em ambas é patente seu caráter instrumental em relação ao direito material que protegem.

A introdução do habeas data em nosso ordenamento não foi isenta de críticas – pelo contrário. Para Luís Roberto Barroso, tratava-se de um remédio de valia "no fundo, essencialmente simbólica"³⁰, por tratar de direitos passíveis de tutela através de remédio já existente, como o mandado de segurança. José Carlos Barbosa Moreira parece corroborar esta opinião – ao menos afirma que a prática a abona, ao lembrar

29 J. M. Othon Sidou. *As garantias ativas dos direitos coletivos*. 3ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 452.

30 Luís Roberto Barroso. "A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e provas ilícitas", in: *Habeas data*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo, RT, 1998, p. 212.

que, no longo período de 9 anos nos quais a ação foi órfã de regulamentação, foram utilizadas as normas do próprio mandado de segurança para reger os habeas data impetrados³¹.

Na verdade, a questão formal que envolve o habeas data é uma questão de arquitetura constitucional e o acompanha desde sua gênese. O habeas data é um produto de seu tempo: tendo nascido como remédio para um problema específico, conforme mencionamos, enfrenta o desafio de demonstrar sua aplicabilidade e eficácia em situações bastante diversas³². Voltando ao momento da sua instituição, vemos que o constituinte brasileiro optou por não estabelecer um sistema de garantias individuais expressas positivamente, integrando o direito de acesso, retificação e outros com a principiologia relacionada à proteção de dados pessoais. Preferiu a técnica de reconhecer tais direitos através de uma ação voltada à sua defesa³³— aliás, em oposição ao teor do Projeto da Comissão Afonso Arinos³⁴.

31 José Carlos Barbosa Moreira. "O habeas data brasileiro e sua lei regulamentadora", in: Habeas data. Teresa Arruda Alvim Wambier coord.). São Paulo: RT, 1998, p. 130.

32 Para Dalmo Dallari, "... o habeas data foi criado com objetivos próprios, diferentes daqueles que inspiraram os meios de garantia do direito à informação genericamente considerado". Dalmo de Abreu Dallari. cit., p. 99.

33 No art. 48 do anteprojeto, constava que o habeas data seria concedido ao legítimo interessado para assegurar os direitos tutelados no art. 17; por sua vez, o art. 17 ("Direito de acesso aos registros informáticos") assim dispunha:

"1. Toda pessoa tem direito de acesso aos informes a seu respeito registrados por entidades públicas ou particulares, podendo exigir a retificação de dados e a sua atualização.

2. É vedado o acesso de terceiros a esse registro.

3. Os informes não poderão ser utilizados para tratamento de dados referentes às convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se tratar do processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis.

4. Lei federal definirá quem pode manter registros informáticos, os respectivos fins e o conteúdo".

34 Cf. Clèmerson Merlin Clève. "Habeas data: algumas notas de leitura", in: Habeas data. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1998, p. 77.

Uma pequena análise do instituto do habeas data é necessária para relacioná-lo com outros mecanismos de proteção de dados pessoais, para posteriormente verificarmos a sua aplicação.

Retomando, o habeas data é uma ação constitucional, prevista no artigo 5º, LXXII da Constituição Federal de 1988 com o seguinte teor:

"Conceder-se-á habeas data :

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se preferir fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;"

Um primeiro exame revela que: (i) Trata-se de uma ação que visa a *assegurar* um direito presente em nosso ordenamento jurídico, ainda que não expresso literalmente; (ii) As duas conseqüências positivas possíveis da ação seriam restringir o coato a *revelar* a informação sobre o impetrante e, no caso da sua inexatidão, proceder à sua *retificação*.

Assim também somos introduzidos à terminologia e ao campo de legitimação da ação. Utiliza-se, naturalmente, o termo *impetrante*, sujeito que além de mover a ação aparentemente deve fazê-lo para conhecer apenas as informações que dizem respeito à sua pessoa. A seguir, vemos que a ação somente é possível em caso de bancos de dados "de entidades governamentais ou de caráter público".

Várias conseqüências desta escolha terminológica são hoje claras. Vejamos: ao mesmo tempo que nunca é demais ressaltar que o habeas data formalmente não representa uma mudança no perfil material do direito à privacidade, o fato é que ele serviu para atrair para si a responsabilidade por sua tutela pela respectiva efetivida-

de. Assim, teve o mérito de chamar a atenção do operador e da sociedade para um direito que vinha sendo negligenciado, imprimindo a ele, porém, certas limitações que iriam repercutir na difícil trajetória do reconhecimento da proteção de dados pessoais no país.

Algumas dessas limitações foram, em certa medida, superadas como, por exemplo, o entendimento restritivo segundo o qual a legitimidade para impetrar o habeas data, tratando-se de ação personalíssima, "morreria com o titular", entendimento que hoje parece superado após um longo período de hesitação da jurisprudência³⁵; outras não: mencione-se, por exemplo, a questão da sua aplicabilidade somente a bancos de dados "de entidades governamentais ou de caráter público", presente na norma constitucional. A ambigüidade da expressão "de caráter público" motivou uma atuação positiva da doutrina e da jurisprudência em estender a abrangência da ação para além dos órgãos públicos, entendimento este que prosperou decisivamente com o Código de Defesa do Consumidor³⁶.

35 Esta opinião teve muita força nos primeiros momentos de aplicação da ação, tendo sido este o entendimento originário do próprio José Afonso da Silva – que depois o repensaria – neste sentido restritivo (a este respeito, v. José Afonso da Silva em edição anterior do Curso de direito constitucional positivo. 5ª ed., São Paulo: RT, 1989, pp. 391-392). A jurisprudência apresentava casos nos quais parentes de pessoais mortas pelo regime militar não lograram sucesso ao tentar obter informações sobre estes "desaparecidos" por meio do habeas data. Dalmo Dallari considera isso mais um fator do "esvaziamento do instituto pelos tribunais". Dalmo de Abreu Dallari. cit., p. 104. Tal entendimento começou a ser superado já em 1989 em pronunciamento do antigo TRF (HD nº. 01-DF, 02/02/1989).

36 Esta limitação aos órgãos públicos parece ter sido a (confusa, acrescentaríamos) concepção inicial do legislador. A idéia desta limitação parece também ter embasado o veto presidencial ao artigo 86 do Código de Defesa do Consumidor (Art. 86 – Aplica-se o habeas data à tutela dos direitos e interesses dos consumidores). A fundamentação do veto seria a incompatibilidade com a natureza do habeas data, que seria destinado à tutela contra atos do poder público. De toda forma, como observa Ana Paula Gambogi Carvalho, amparada em ampla doutrina, o veto foi "completamente inócuo, na medida em que o

Outra importante limitação refere-se à tentativa prévia de obtenção dos dados por via administrativa, requisito que, não obstante fosse tido como desnecessário por grande parte da doutrina após a promulgação da Constituição³⁷, teve a seu favor a jurisprudência³⁸ e foi incorporado aos requisitos da ação pela Lei 9.507/97³⁹.

Aquela que é, provavelmente, a maior limitação do habeas data é visível somente quando levamos em consideração todo o contexto no qual se insere: um sistema de proteção de dados pessoais que possui como instrumentos principais de atuação o recurso a uma ação judicial (e isso somente após o périplo administrativo) não se nos apresenta como um sistema adequado às exigências da matéria. Os problemas relacionados ao tratamento de dados pessoais, conforme observamos, processam-se cada vez mais "em branco", sem que o interessado perceba. Este, nas situações em que sabe ou suspeita da falsidade dos seus dados armazenados em algum banco de dados, ou do uso indevido que deles é feito – ou mesmo quando deseja simplesmente fazer uma verificação – encontra-se diante da necessidade de recorrer a uma incerta via administrativa (cujo não atendimento, aliás, não implica diretamente em nenhuma penalidade objetiva ao responsável pelo armazenamento

legislador do CDC, em seu art. 43, §4º, equiparou de forma explícita a atuação dos arquivos de consumo àquela de entidades de caráter público, para fins de aplicação do habeas data". Ana Paula Gambogi Carvalho, "O consumidor e o direito à autodeterminação informacional", in: Revista de Direito do Consumidor, n. 46, abril-junho 2003, pp. 77-119.

37 V. Dalmo de Abreu Dallari. "O habeas data no sistema jurídico brasileiro", cit., p. 104.

38 A matéria foi sumulada pelo STJ, em cuja súmula nº 2 lemos: "Não cabe o habeas data (CF, art. 5º, LXXII, letra "a") se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa".

39 A lei estabeleceu um prazo decadencial para que, diante do imobilismo do responsável pelos dados pessoais, a ação possa ser impetrada mediante a demonstração do decurso do prazo. (art. 8º, § único). Tal solução abrandou a situação anterior, sem no entanto tornar a via administrativa e a judicial alternativas entre si.

dos dados) e, no insucesso desta tentativa, deve utilizar-se do habeas data que, diferentemente do habeas corpus, exige um advogado para sua interposição. Em suma, um tratamento inadequado para um interesse cuja atuação necessita de instrumentos promocionais ágeis e versáteis, capazes de acompanhar a dinâmica das informações pessoais e seu trânsito em um ambiente de segurança e respeito.

3

Conforme nos referimos, o habeas data tornou-se um fenômeno típico do desenvolvimento da proteção de dados pessoais no espaço latino-americano. Este "modelo", porém, apresenta-se com características bastante diversas em cada um dos países que o receberam, não raro apresentando similitudes mais formais do que substanciais.

Cumpra observar que, mesmo na ausência de elementos objetivos que justifiquem a identificação de um corpo comum ao que seria um direito "latino-americano", o habeas data, em caráter excepcional, apresenta-se como um instituto que galgou um grau mínimo de coesão após ter se comunicado entre vários ordenamentos da região. Este "modelo" não é, todavia, uniforme na região: sua abrangência e seu grau de eficácia variam consideravelmente conforme o país que consideramos, além do que existem países que não chegam a se aproximar de um perfil.

De fato, falar em um "modelo" neste caso é antes de tudo uma epígrafe para os fortes contrastes com o qual o habeas data encontrou expressão em cada país. A própria Argentina, muito embora tenha estruturado seu sistema de proteção de dados pessoais a partir da ação de *amparo*, que deu origem ao habeas data, chega hoje a um resultado marcadamente mais próximo ao padrão europeu – a ponto de ter sido o primeiro país latino-americano a receber da União Euro-

péia o juízo positivo de adequação de sua normativa aos padrões da Diretiva 95/46/CE.

Podemos nos questionar se estamos diante de algo que poderíamos classificar como uma "terceira via", alternativa aos modelos presentes na União Européia e nos Estados Unidos da América, ou seja: um modelo de proteção de dados pessoais com características próprias, com alto grau de coesão entre suas manifestações nos diversos ordenamentos nacionais.

A pergunta é pertinente. De fato, é patente que na década de 1990 a ação do habeas data espalhou-se pela América Latina, a partir da inovação do constituinte brasileiro de 1988. Alguns fatores contaram para esta disseminação, como sua inserção entre as medidas que metabolizaram a superação de um período de ditadura militar em diversos países da região. Neste cenário, o habeas data representaria para o cidadão uma forma viável de assegurar o seu direito ao conhecimento das informações sobre si próprio que, além de conotada como direito fundamental, veio a simbolizar um ponto de ruptura com o próprio regime anterior – como símbolo de uma mudança no regime político, dera dado ao cidadão o poder de conhecer algo da memória do regime morto.

Sua estruturação, em muitos casos como uma ação constitucional, garante sua força; sua natureza cautelar, uma rapidez adequada à envergadura deste direito. Efetivamente, uma estrutura como esta contrasta com as soluções para a proteção de dados encontradas tanto na Europa quanto nos Estados Unidos, o que leva alguns autores a proclamar a singularidade e originalidade da posição latino-americana⁴⁰.

A identificação do habeas data como uma "terceira via", no entanto, há de ser encarada com uma série de reservas. À medida que nos afas-

40 V. Alfredo Osvaldo Gozáini. Hábeas data. Protección de datos personales. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2001p. 384.

tamos de alguns de seus pressupostos históricos, o instituto passa a demonstrar a necessidade de adaptação à uma ordem de problemas substancialmente diversa, apesar de ontologicamente ligada à sua origem, que é a proteção de dados pessoais na sociedade da informação. E, em resposta a este desafio, a ação acaba por transmutar-se em um instrumento que emula outros modelos e referências – o que certamente é facilitado pelo fato de que não existam na América Latina mecanismos institucionais, nem mesmo sob forma de tratados, que ajam no sentido de favorecer uma uniformização das regras de proteção de dados pessoais e, conseqüentemente, fortalecer um hipotético sistema próprio e coeso. Tal tendência verifica-se nos mais recentes desenvolvimentos, como o caso do habeas data argentino e sua afinidade com o modelo europeu; vide o caso brasileiro, no qual o Código de Defesa do Consumidor procura suprir e modernizar o habeas data com elementos inspirados no *Fair Credit Reporting Act* norte-americano; vide finalmente o caso chileno, em cuja recente lei de proteção de dados pessoais as influências dos países mais vizinhos não foram as únicas relevantes⁴¹.

A propensão dos ordenamentos latino-americanos a uma espécie de habeas data corresponderia, na verdade, a uma modalidade regional do fenômeno da *convergência*, descrito por Colin Bennett, pelo qual é possível encarar a proteção de dados para além das idiosincrasias nacionais para vê-la como um processo de coordenação de regras no âmbito transnacional, no qual vários países podem estar em diferentes estágios de desenvolvimento, porém referenciados por

41 "La nueva ley de datos personales ha tenido en consideración básicamente modelos legales comparados de España, Francia y Gran Bretaña, así como la experiencia acumulada en Chile, desde 1928 ...". Francisco González Hoch. "Modelos comparados de protección de la información digital y la ley chilena de datos de carácter personal", in: Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada. Santiago: Jorge Wahl Silva, 2001, p. 174.

uma mesma tendência comum⁴². Entre outros motivos, a convergência é um fenômeno observado com particular ênfase na proteção de dados, quanto mais não seja pelas amplas possibilidades de transferência internacional de dados e as respectivas conseqüências para uma legislação excessivamente autocentrada nos limites nacionais.

Retornando à situação brasileira, o exame apartado da aplicação do habeas data em nosso ordenamento, da sua estruturação em outros países da América Latina e do atual momento dos sistemas estrangeiros de proteção de dados pessoais sugere que o legislador brasileiro não conseguiu evitar algumas armadilhas e dificuldades do pioneirismo ao desenvolver este instituto. Tornou-se, por isto, alvo de críticas como a de que "sendo a pátria de nascimento do habeas data, a legislação brasileira é a menos desenvolvida e pode-se dizer que é a que oferece um dos instrumentos de proteção da privacidade mais pobres"⁴³; não raro despontando em recensões comparativas internacionais sobre proteção de dados pessoais de forma crítica – chega-se a acentuar o fato de que mesmo a existência de disposições constitucionais expressas não foram capazes de emprestar efetividade a esta tutela⁴⁴. Tais críticas são procedentes e o seu pano de fundo é o seu alcance excessivamente restrito para tratar de uma realidade – a da informação – que muito se desenvolveu e sofisticou-se nas últimas décadas. Este diagnóstico é partilhado, por exemplo, por Dalmo Dallari, no momento

42 V. Colin Bennett. *Regulating Privacy*. Itahaca: Corell, 1992.

43 Andrés Guadamuz. "Habeas Data: The Latin-American Response to Data Protection", in:

The Journal of Information Law and Technology. v. 2, 2000. <elj.warwick.ac.uk/jilt/00-2> (04/01/2004).

44 "(...) However, some countries, including El Salvador, Honduras, Brazil and Venezuela, lack a comprehensive and solid legal framework beyond constitutional guarantees of access to information." Kati Suominen, "Access to information in Latin America and the Caribbean", in: *Comparative Media Law Journal*, n. 2, 2003, p. 35.

em que reconhece que o habeas data "não se destina a assegurar, genericamente, o direito à informação ou o direito à intimidade"⁴⁵ e, sendo um instrumento restrito basicamente ao direito de acesso e retificação, acaba por tratar de uma realidade complexa em perspectiva meramente unidimensional.

Como já tivemos oportunidade de mencionar, as críticas ao habeas data estão há muito presentes em nossa doutrina. Algumas delas são objeções dogmáticas, feitas quando da introdução da ação pela nossa Constituição de 1988; outras são posteriores e alimentam-se do fato de que a ação teve pouca repercussão na prática dos tribunais⁴⁶; além de outras mais, que sublinham o fato de que a regulamentação advinda em 1997⁴⁷ não resolveu muitos dos problemas que minam sua efetividade.

A referência, sucinta, à evolução jurisprudencial e doutrinária do habeas data nos permite aventar que seus problemas estão, mais que nada, relacionados com a forma pela qual foi concebido e efetivado em nosso ordenamento. Seus problemas intrínsecos levaram a uma espécie de ceticismo quanto às suas reais possibilidades e, a bem da verdade, jamais chegou a se cogitar de se transformar a ação em um remédio de amplo alcance para a generalidade dos problemas relacionados com o tratamento de dados pessoais. Em resumo, a ação mantém até hoje uma certa

estreiteza de alcance presente em seu projeto original.

A opção por não especificar com maior apuro o conteúdo material do habeas data baseou-se em uma falsa suposição: a de que a natureza dos interesses em questão pudesse ser conjugada em torno do binômio acesso/ retificação. E talvez isso bastasse para que realizasse o que seus idealizadores dela esperavam. A simplicidade deste enfoque, que por si só não é de todo condenável, acabou enfraquecida perante a complexidade dos interesses envolvidos e também pela ausência de especificações mais precisas do âmbito de sua atuação e sobre seus parâmetros de atuação, tornados evidentes pela carência de disposição material sobre o assunto na própria Constituição como em lei regulamentar – tanto o é que seus aspectos procedimentais foram estabelecidos por analogia, durante um bom tempo, através de outra ação constitucional, o mandado de segurança. A arquitetura do habeas data brasileiro, portanto, diferia drasticamente das experiências de outros países que enfrentaram diretamente o problema da proteção de dados pessoais, como se observa do próprio dado de que países com experiências mais frutíferas na proteção de dados pessoais tenham especificações bem mais exaustivamente detalhadas e específicas quanto à forma da tutela e dos seus mecanismos – já se afirmou que no enfoque dos direitos relacionados à tecnologia o recurso à princípios não é suficiente, frente à maleabilidade e dinamicidade do fenômeno tecnológico, que requer instrumentos com alto grau de objetividade para uma tutela efetiva dos interesses em questão. Frente a esta realidade, é forçoso concluir que o habeas data brasileiro não se presta absolutamente à proteção de dados pessoais no cenário pautado pela Sociedade da Informação.

Esta espécie de debilidade congênita do instituto proporcionou que suas limitações originárias se desdobrassem em diversas restrições, posteriormente apostas pela jurisprudência que, da

45 Dalmo de Abreu Dallari. "O habeas data no sistema jurídico brasileiro", cit., p. 111.

46 A este propósito vale a menção a uma observação que extrapola o plano estritamente jurídico feita igualmente por Dalmo Dallari, de que o habeas data teria sido acolhido com extrema frieza por tribunais superiores não somente por razões técnicas, mas que também possa ter pesado o fato de os seus componentes, tendo sido nomeados pela ditadura militar, teriam pouca inclinação a encorajar um instrumento que facilitaria que viessem a tona dados que ressaltassem aspectos negativos do findo regime. Dalmo de Abreu Dallari. "O habeas data no sistema jurídico brasileiro", cit., p. 101.

47 Lei 9.507/97.

sua parte, não assimilou o instituto com a amplitude necessária. Os entraves no caminho de sua aplicação foram de tal monta que, antes da lei reguladora de 1997, a maior parte dos habeas data impetrados não receberam julgamento de mérito, tanto que a discussão sobre o próprio cabimento do pedido foi polêmica⁴⁸.

Em suma, tal situação denota que a discussão em torno do habeas data foi levada para o campo equivocado, o da sua estruturação processual⁴⁹. Não que se afirme a não importância desta discussão, pelo contrário – ocorre que este aspecto acabou por obscurecer as pretensões de transformar o instituto em um instrumento de garantia mais amplo e capaz de oferecer respostas adequadas aos desafios de seu tempo – no que, aliás, o legislador argentino, após tomar de empréstimo o instituto do habeas data e desenvolvê-lo, acabou por superar seus próprios criadores.

Apesar de ser um instrumento limitado, por motivos tanto simbólicos como de coerência interna do ordenamento deve-se admitir que a superação dos impasses e indefinições que circundam a proteção de dados pessoais no Brasil passa necessariamente pela redefinição formal do papel do habeas data. Existem basicamente dois caminhos para atingir tal objetivo: o primeiro seria pluralizar a ação de habeas data, fazendo com que atenda, em cada uma de suas vertentes, a fins determinados pelos vários procedimentos necessários à um sistema moderno de proteção de dados pessoais; a segunda consistiria em relegar o habeas data a uma função instrumental, que atenderia basicamente ao direito de acesso e de retificação, um instrumento entre outros em um sistema de proteção de dados pessoais a

ser necessariamente estruturado para além desta ação.

Na verdade, ambas as soluções têm em comum a necessidade de maturação da disciplina de proteção de dados pessoais, a ser estruturada em torno dos princípios e deve contar com instrumentos que proporcionem sua eficácia – um dos quais pode ser o habeas data. A partir daí, a questão que resta é se o habeas ocuparia lugar em uma posição central neste quadro, caso no qual deve ser necessariamente pluralizado; ou se ocuparia espaço apenas residual entre outros remédios, para o que deve ser bem delimitado.

Ao cabo desta verificação, o caráter remedial do sistema de proteção de dados pessoais brasileiro resta claro, e parece mais condizente com as concepções que consideram a proteção de dados pessoais e a própria privacidade apenas sob o aspecto de liberdades negativas. A normativa infraconstitucional não nos resulta compatível com a alçada que uma leitura constitucional dos interesses ligados à proteção de dados pessoais proporciona, porém necessita de instrumentos adequados para a atuação – se não por outro motivo, para proporcionar a efetiva atuação da Constituição no que tange à tutela da personalidade.

A função "simbólica" do habeas data, à qual aludiu Luiz Roberto Barroso, revela um instituto cuja importância, digamos, dogmática ou mesmo cultural na topografia do ordenamento pátrio supera a sua própria efetividade. Dalmo Dallari realizou um diagnóstico que pode ser compartilhado – de que o habeas data é uma garantia para o passado – não por outro motivo que pelo fato de "... ter sido superada a situação política que inspirou sua criação"⁵⁰, sem que o instituto tivesse se renovado. Assim verificamos que o legislador brasileiro, após a primazia da criação

48 Maurício Antonio Ribeiro Lopes; Vera Maria Nusdeo Lopes. "O habeas data no direito brasileiro – retrospectiva crítica da doutrina e da jurisprudência", in: Habeas Data. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1998, p. 247.

49 O que é evidente pelo teor do conjunto das disposições da Lei 9.507/97.

50 Dalmo de Abreu Dallari. "O habeas data no sistema jurídico brasileiro", cit., p. 100.

de um modelo que cativa por sua simplicidade, é hoje, em certa medida, seu prisioneiro.

4

Uma fundamentação bastante robusta tanto para propugnar por uma maior efetividade do habeas data quanto para a tutela dos dados pessoais através de outros instrumentos disponíveis em nosso ordenamento seria a consolidação do entendimento segundo o qual a proteção de dados pessoais é um direito fundamental, garantido constitucionalmente no art. 5º, X e XII, conforme mencionado anteriormente.

Ao derivarmos a proteção de dados pessoais diretamente da privacidade, podemos sustentar que a tutela da privacidade abrange a proteção de dados pessoais. Tal operação, se basta para abarcar a disciplina sob a égide constitucional, arrisca simplificar os fundamentos da tutela de dados pessoais e eventualmente limitar o seu alcance.

Um regime de proteção de dados pessoais evidencia a atuação da cláusula geral da personalidade de tal maneira que o referimento direto à privacidade como seu (maior) fundamento não é nem uma operação automática nem uma opção única. Tomemos um exemplo: a proteção de dados sensíveis, temos que o princípio da isonomia material, em última análise, serve a fundamentar o seu regime diferenciado.

Parece existir no direito brasileiro uma consciência generalizada de que seria possível tratar de forma satisfatória os problemas relacionados às informações pessoais em bancos de dados a partir de uma série de categorizações, de regra generalistas e algo abstratas: seja atribuindo a cada espécie de informação um caráter rigidamente público ou particular; seja em relação ao caráter sigiloso ou não de uma determinada comunicação e assim por diante, para em seguida estabelecer um padrão de tratamento para a

informação segundo a categoria na qual se enquadre. Enfim: com um sistema baseado em etiquetas, permissões ou proibições para o uso de informações específicas, em um sistema binário, sem levar na devida conta os riscos objetivos potencializados pelo tratamento informatizado das informações pessoais que somente se revelam com uma análise do contexto em que a informação foi coletada, sua finalidade, as formas específicas de tratamento, o âmbito em que será tratada e outras variáveis, todas independentes da informação em si.

A sistemática da Constituição brasileira parece, de certa forma, encorajar esta perspectiva dissuasiva. Nela, a proteção da privacidade (através da menção à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, art. 5º, X) encontra-se em um dispositivo, enquanto outro dispositivo (5º, XII) refere-se à inviolabilidade do "sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas".

Uma tal técnica legislativa acabou por fundamentar uma interpretação no mínimo temerosa no que diz respeito à matéria: se, por um lado, a privacidade é considerada um direito fundamental, as informações pessoais em si parecem, a uma parcela no substancial da doutrina, estar protegidas somente no que se refere à sua "comunicação", como pode sugerir o art. 5º, XII, que trata da inviolabilidade da comunicação de dados. Este hiato segrega a tutela da privacidade, esta constitucionalmente protegida, da tutela das informações pessoais em si – que, para esta corrente, gozariam de uma proteção mais tênue. E este hiato possibilita uma perigosa interpretação que pode eximir o aplicador de levar em conta os casos nos quais uma pessoa é ofendida em sua privacidade – ou outros direitos fundamentais – não de forma direta, porém pela utilização abusiva de suas informações pessoais em bancos de dados. Não é necessário ressaltar novamente em quantas circunstâncias as pessoas hoje não são reconhecidas diretamente, porém

através da representação de sua personalidade que é fornecida pelos seus dados pessoais, aprofundando ainda mais a íntima relação entre tais dados e a própria identidade e personalidade de cada um de nós.

Tal interpretação, além de dissonante com a visão segundo a qual privacidade e informações pessoais são temas sempre mais relacionados e, em muitas ocasiões, quase que indistinguíveis entre si, traz consigo o enorme risco de acabar por se tornar uma norma que sugira uma grande permissividade em relação à utilização de informações pessoais – como aliás já vem ocorrendo em parte.

Neste sentido, recentemente, uma decisão do STF, relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence⁵¹, reconheceu a inexistência de uma garantia de inviolabilidade sobre dados armazenados em computador com fulcro em garantias constitucionais, endossando tese de Tércio Sampaio Ferraz Júnior segundo a qual o ordenamento brasileiro tutelaria constitucionalmente o sigilo das comunicações – e não dos dados em si. Nesta decisão fica saliente a dificuldade em tratar do tema da informação pessoal de uma forma diversa daquela binária – sigilo/abertura, público/privado – sem, portanto, refletir a complexidade da matéria da informação.

No estado atual da consolidação da proteção de dados pessoais no ordenamento e na própria cultura jurídica brasileira, o esforço a ser empreendido pela doutrina, em nosso ponto de vista, seria primeiramente o favorecimento de uma interpretação mais fiel ao nosso tempo para os incisos X e XII do art. 5º, isto é, reconhecendo a íntima ligação que passam a ostentar os direitos relacionados à privacidade e à proteção de dados, aliás como única forma de garantir o pleno desenvolvimento da personalidade e ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Infelizmente os problemas e os riscos relacionados à

informação pessoal são demasiadamente complexos para poderem ser submetidos às referidas rotulações binárias com as quais tão frequentemente demandas pontuais são resolvidas sem que a grande questão de fundo seja tocada – qual a real expectativa de privacidade que o cidadão brasileiro pode ostentar em relação aos seus dados pessoais?

51 HC 83.168-1, rel. Sepúlveda Pertence, DJ 02.02.2007.