

## Privacidade, proteção de dados e autodeterminação informativa

**MARIA CLÁUDIA MÉRCIO CACHAPUZ**

Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais (UFRGS). Graduada em Comunicação Social/Jornalismo pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Doutora em Direito Civil (UFRGS). Professora (Unilasalle). Juíza de Direito.

Artigo recebido em 07/07/2013 e aprovado em 27/01/2014.

*SUMÁRIO: 1 Introdução • 2 A proteção aos dados nominativos e o direito de acesso • 3 O controle na transmissão de dados nominativos • 4 Conclusão • 5 Referências.*

**RESUMO:** Este artigo propõe a discussão sobre autodeterminação informativa, compreendendo o tema da confiança e do consentimento em face das atividades específicas de armazenamento, registro e transmissão de dados. Propõe o debate sobre o acesso pelo indivíduo às informações existentes nos registros públicos a seu respeito e sobre como se dá a gestão das informações nos bancos de dados nominativos. O artigo ainda se preocupa em debater o conceito de autodeterminação informativa, o direito geral de liberdade diante da possibilidade de sua restrição. No texto, além da apreciação sobre os princípios orientadores de um direito de acesso, há o debate sobre o controle na transmissão de dados nominativos – a transmissão de dados transfronteiras - e a responsabilidade civil pela gestão dos bancos e sobre a implantação de mecanismos administrativos de controle, além da responsabilidade jurídica pertinente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Privacidade • Autodeterminação informativa • Proteção de dados • Direito de acesso • Responsabilidade civil.

## Privacy, data protection and informational self-determination

CONTENTS: *1 Introduction • 2 The protection of personal data and the right to access • 3 Control of the transmission of personal data • 4 Conclusion • 5 References.*

SUMMARY: This paper proposes a discussion on informational self-determination, including the issue of trust and consent in view of the specific activities of storage, recording and transmission of personal data. Proposes the debate regarding the reciprocity of conduct in the public sphere concerning the act of knowing which informations are there about the individual and how the treatment of information is manifested by the management of nominative databases. The article also discuss the concept of informational self-determination and how it provides a general right to freedom to the possibility of the exercise of its restriction. In the text, in addition to the assessment of the guiding principles of a right to access, there is the debate about controlling the transmission of personal data – transnational data transmission and civil liability in the management of database, which proposed the establishment of administrative mechanisms of control, and the relevant legal responsibility.

KEYWORDS: Privacy • Informational self-determination • Data protection • Right to access • Civil liability.

## Privacidad, protección de datos y la autodeterminación informativa

CONTENIDO: *1 Introducción • 2 La protección de los datos personales y el derecho de acceso • 3 Control de la transmisión de datos personales • 4 Conclusión • 5 Referencias.*

RESUMEN: Este artículo propone una discusión sobre la autodeterminación informativa, incluida la cuestión de la confianza y del consentimiento tomando en consideración las actividades específicas de almacenamiento, registro y transmisión de datos personales. Propone el debate sobre el acceso del individuo a las informaciones existentes en los registros públicos a su respecto. El artículo también discute el concepto de autodeterminación informativa, el derecho general de libertad frente a la posibilidad de su restricción. En el texto, además de la evaluación de los principios rectores de un derecho de acceso, está el debate sobre el control de la transmisión de datos personales - frontera de transmisión de datos - y la responsabilidad de la gestión de la información, y sobre la implementación de mecanismos administrativos de control y la responsabilidad jurídica pertinente.

PALABRAS CLAVE: Privacidad • Autodeterminación informativa • Protección de datos • Derecho de acceso • Responsabilidad civil.

## 1 Introdução

João Carlos Gabrois conheceu o pai, militante político, pela primeira vez aos 19 anos de idade. O encontro ocorreu em meio a pastas de documentos numa sala da Secretaria de Cultura do Estado de São Paulo em março de 1992. A foto de André Gabrois, integrante do Partido Comunista do Brasil e morto no incidente conhecido como Guerrilha do Araguaia em 1973, era apenas uma entre as centenas espalhadas na mesa. Como muitos outros familiares de desaparecidos, João Carlos apenas revelava o desejo de saber onde se encontravam os restos mortais do pai, para proporcionar-lhe “um sepultamento normal, desses que todas as famílias fazem”<sup>1</sup>.

O relato oferecido pela família Gabrois não é diverso ao de outras famílias também vítimas do desconhecimento de dados e de informações sobre parentes desaparecidos no período dos governos militares no Brasil. Também não se diferencia de narrativas decorrentes de episódios históricos semelhantes presenciados, há algumas décadas, em países da América Latina. A falta de acesso a informações privilegiadas – por vezes, sob a alegação de preservação de um interesse público mais relevante, de soberania nacional –, mesmo após o período de chamada abertura democrática, demonstra o nítido reflexo de que uma das formas mais efetivas de domínio sobre o indivíduo – e, especificamente, sobre o exercício da autonomia privada – se dá pelo controle da privacidade. Não foram poucas as famílias que ficaram sem enterrar ou reverenciar seus mortos por desconhecerem o paradeiro dos mesmos. Em contrapartida, o silêncio privilegiou a situação político-jurídica de quem contribuiu para que pessoas desaparecidas não fossem enterradas por seus próprios familiares.

Em que pese se possa, hoje, reconhecer uma superação do episódio, inicialmente narrado pelo sacrifício dos próprios cofres públicos no pagamento de indenizações pelos ilícitos reconhecidos no passado político brasileiro e pela publicação de uma normativa ampla em relação ao acesso de informações públicas (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011), muito há ainda que ser feito em relação à interpretação da normatividade posta, de forma a garantir-se efetividade e correta aplicação aos enunciados dogmáticos editados.

A proposta de análise do conceito de *autodeterminação informativa* nesse contexto visa compreender uma situação jurídica corriqueiramente levada à apreciação

---

1 Relato reproduzido em trecho da reportagem “Uma luz no porão”, de autoria de Antônio Carlos Prado e Luís Fernando Sá, publicada na Revista Isto É/Senhor, nº 1173, de 25.03.1992. Sobre a matéria já dediquei parcial estudo em CACHAPUZ, 1997.

dos tribunais: o enfrentamento da tutela da privacidade quando em discussão o registro, o armazenamento e a transmissão de dados pessoais. Cabe reconhecer, em que medida, é possível realizar-se o registro e a manutenção de dados nominativos em bancos cadastrais públicos e privados, enfrentando os princípios pertinentes à matéria – o acesso, o esquecimento, a transmissão. A questão de fundo é, na essência, o problema do “impulso à auto-exposição” (ARENDT, 1993, p. 28), não apenas porque a pessoa participa de uma vida comum com os demais, compartilhando experiência tecnológica e informações próprias a seu tempo, mas, fundamentalmente, porque também o indivíduo deseja *aparecer* e, em determinada medida, fazer-se visto, “por feitos e palavras” (ARENDT, 1993, p. 28), pelos demais<sup>2</sup>.

A ação e a reação sistemática ao avanço da ciência, especialmente em áreas de maior desenvolvimento tecnológico, revela a tendência do homem contemporâneo de aprender a lidar com a sua individualidade sem necessariamente abdicar de um benefício tecnológico que lhe facilita o contato com uma esfera pública de relacionamento. Paul Virilio menciona o exemplo de uma pessoa que “para lutar contra os fantasmas que pareciam persegui-la” (VIRILIO, 1999, p. 61) instala câmeras de vídeo na residência, permitindo que os visitantes de seu espaço de divulgação na Internet possam auxiliá-la no combate a eventuais fantasmas, num exercício não muito diferente daquele usufruído por quem explora a própria imagem em espaços destinados a efetivos diários de confissão pública, como o *Facebook*. Poder-se-ia, portanto, questionar em que medida a esfera pública - ou aquilo que a represente no mundo das aparências (ARENDT, 1993) - tem-se traduzido em espaço de reflexão ao indivíduo – na essência, resguardado ao privado –, ou mesmo até que ponto se pode reconhecer uma nova concepção de liberdade para o desenvolvimento (livre) da personalidade na sociedade contemporânea.

Em sentença de 15 de dezembro de 1983 (BVerfGE 65,1), o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao analisar a extensão de questionamento possível ao cidadão por meio de uma legislação censitária, reconheceu a possibilidade de uma autodeterminação informativa a todo indivíduo, de forma que toda e qualquer informação pessoal só se tornasse pública se tutelada por um determinado interesse público, porque conhecida do titular a sua existência e com quem é compartilhada. Isso significa compreender que informações compartilhadas só podem permanecer públicas porque existente o conhecimento do titular acerca de sua extensão.

---

2 Ver estudo sobre liberdade e acesso à informação, pela análise da “autodeterminação informacional”, em Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2001, p. 242).

Ainda assim, a liberdade de autorização individual ao que se faz divulgado permite restrições, considerando o Tribunal Constitucional que:

A autodeterminação é uma condição elementar de funcionamento de uma comunidade democrática fundada sobre capacidade de agir conjuntamente de seus cidadãos. [...] A informação, ainda quando relacionada a pessoa, apresenta uma figuração da realidade social, a qual não pode ser exclusivamente subordinada ao afetado (BVerfGE 65,1 – tradução nossa).

Ao afirmar a liberdade de conduta, embora esta não se encontre insuscetível de restrição, o Tribunal Constitucional permite, abstratamente, uma reciprocidade de conduta<sup>3</sup> na esfera pública (confiança externa) para conhecer e tornar conhecido o que é íntimo e privado. Possibilita o Tribunal Constitucional que se compatibilizem princípios de liberdade e de dignidade humana, reconhecendo tanto o livre arbítrio ao indivíduo – e, assim, a possibilidade de discutir uma vontade no âmbito público – como a proteção ao que é de sua essência (a dignidade). Daí a possibilidade de se “garantir a esfera pessoal estrita da vida e a conservação de suas condições básicas” (ALEXY, 2001b, p. 356 – tradução nossa) sem que se abduca de uma concepção igualmente ampla de liberdade ao indivíduo e, mais especificamente, de livre desenvolvimento de sua personalidade.

A concepção de autodeterminação informativa, nos termos como acolhida pelo tribunal alemão, autoriza, então, o critério de objetivação da vontade em relação à conduta de tornar público aquilo que pertence, com exclusividade e reserva, ao indivíduo. Segue, de forma muito próxima, a condição de universalização da conduta, como critério de igualdade num plano ideal, a fim de justificar, por uma figura abstrata, a restrição de um direito de liberdade individual. Para agir de forma livre, é necessário que o indivíduo possa determinar a sua ação numa esfera pública – o que só se torna possível na medida em que exista também uma autolimitação<sup>4</sup>.

3 Tércio Sampaio Ferraz Júnior, citando Wolfgang Hoffmann-Riem, esclarece que o que denomina como “autodeterminação informacional” não é um “direito de defesa privatístico do indivíduo que se põe à parte da sociedade, mas objetiva possibilitar a cada um uma participação em processos de comunicações” (FERRAZ JR., 2001, p. 242).

4 Seguindo o pensamento de Galuppo, “isso reconduz, inevitavelmente, à questão do imperativo categórico: devemos buscar aquilo que universalmente pode ser reconhecido como direito de todos para fundamentar a limitação da liberdade, que só pode ser, como já disse, *autolimitação*, pois esta limitação surge exatamente para garantir a coexistência de direitos legítimos, que só podem ser os direitos universalizáveis” (GALUPPO, 2002, p. 95).

A possibilidade de restrição à liberdade assegurada em abstrato – ainda que exigida uma ponderação por razões sérias a toda a restrição que seja efetuada -, em outras palavras, é o que assegura a efetiva possibilidade de exercício de um direito de liberdade, potencializando a autonomia do indivíduo<sup>5</sup>. Num espectro mais amplo, é o que garante a não violação de direitos humanos, na medida em que permite, a todo o momento, o exame de uma gênese crítica pela reserva do espaço próprio ao pensar.

Como a concepção de uma autodeterminação informativa reforça a estrutura das esferas para o exame do que é privado também em relação às informações referentes à personalidade, o destaque conferido à situação de um direito mais concreto – acesso, armazenamento e transmissão de dados informativos – dentre os demais direitos de personalidade, contribui para a precisão de cláusulas gerais e permite analisar, de forma específica, a situação empírica que corriqueiramente se dispõe à análise dos tribunais.

## 2 A proteção aos dados nominativos e o direito de acesso

Em relação ao tratamento dispensado à proteção de dados nominativos<sup>6</sup>, matéria que desafia a comunidade jurídica contemporânea relativamente à questão da privacidade, o conceito de autodeterminação informativa tem igualmente contribuído para orientar a atividade do intérprete, ao reconhecer a autonomia do indivíduo tanto dirigida ao controle e à transmissão de informações personalíssimas como encaminhada à possibilidade de acesso a qualquer informação. Tal qual acentua Agostinho Eiras, à luz da experiência portuguesa, “são objectivos fundamentais das normas sobre protecção de dados a transparência dos actos de administração, a

---

5 É o que acentua Gadamer, referindo-se à tarefa assumida pelo Direito na realização de uma idéia de justiça: “O ‘direito’ é, no fundo, o grande ordenamento criado pelos homens que nos coloca limites, mas também nos permite superar a discórdia e, quando não nos entendemos, somos mal interpretados ou, inclusive, nos maltratamos, nos permite reordenar tudo de novo e inseri-lo numa realidade comum. Nós não ‘fazemos’ tudo isso; tudo isso nos sucede” (GADAMER, 1997, p. 102 – tradução nossa).

6 Consideram-se dados nominativos aquelas informações relativas às pessoas físicas identificadas ou identificáveis (no caso, uma identificação direta ou indireta, que possa ser promovida a partir dos dados que se apresentam processados separadamente ou conjuntamente). Há aceitação de que o termo “dados nominativos” seja utilizado da mesma forma que “dados pessoais” ou “dados de caráter pessoal”. Os dados nominativos devem corresponder a informações capazes de permitir uma identificação de seus titulares. Ou seja, capazes de criar uma relação de associação a uma pessoa determinada ou determinável em concreto, autorizando, em contrapartida, uma garantia protetiva à sua intimidade e vida privada. Conferir a discussão específica da matéria em doutrina atualizada de ORTIZ, 2002, p. 139.

reserva da vida privada e a garantia dos direitos do homem. As informações fichadas pelas autoridades públicas e privadas devem ser transparentes” (EIRAS, 1992, p. 68).

Dessa forma, fundamental para identificar uma efetiva proteção às informações pessoais dos indivíduos numa sociedade informatizada é a possibilidade de que o controle sobre o armazenamento e a transmissão de dados possa ser realizado pelo titular da informação. Ou seja, é uma supervisão efetivada tanto em relação à justificação conferida por um interesse público no armazenamento de dados, como em relação à justificação de uma transmissão do conteúdo informativo a terceiros, reconhecida sempre a possibilidade de interferência do indivíduo nesse processo de acesso e correção de dados.

Isso se vê reconhecido, num primeiro momento, a partir do estabelecimento – inclusive legislativo – de um amplo direito de acesso dos indivíduos às suas informações nominativas.

Identifica-se uma tendência de edição e aprimoramento de leis específicas sobre a matéria, especialmente em países integrantes da Comunidade Europeia, após a divulgação da Diretiva 95/46/EC. Uma preocupação que, em países da Europa e da América do Norte já se revelava, na década de 1970, existente, ainda quando preponderante uma atividade de armazenamento manual de dados – no caso, principalmente dos chamados “dados sensíveis”, através de fichários não informatizados. No Brasil, a preocupação no estabelecimento de garantias especiais à proteção de dados pessoais se fez refletida, principalmente, nas relações de consumo, passando a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 a disciplinar a atuação dos bancos cadastrais ligados à atividade específica de consumo.

Atualmente, tem-se a publicação recente da Lei nº 12.527/2011, dispondo sobre tratamento da informação, com enfoque específico na garantia do direito de acesso às informações armazenadas em bancos públicos e privados de dados. Isto não afasta a possibilidade de se examinar a matéria, de forma mais ampla, a partir do espectro das relações civis, e não, de forma pontual, das relações específicas de consumo. A disciplina conferida pelo art. 21 do novo Código Civil oferece o exame mais amplo que se pretende a matéria, regrando abrangentemente a proteção da exclusividade. A Lei nº 8.078/1990, na medida em que reservada às relações de consumo, passa, portanto, a complementar o ordenamento jurídico civil, preocupando-se com o problema da autodeterminação informativa no espaço de relacionamento em que, de forma especial e mais corriqueiramente, as situações de ameaça à intimidade e à vida privada se manifestam a partir da divulgação de informações pessoais.



No âmbito constitucional, inovadora se apresentou a criação de um remédio constitucional como o *habeas data*, ainda no texto original da Constituição Federal (art. 5º, inc. LXXII), destinado a possibilitar o acesso e a retificação de informações a qualquer pessoa. Na prática jurisprudencial, a previsão constitucional tem se traduzido antes como um norte jurídico – de prerrogativa constitucional relativa ao acesso a informações nominativas –, do que propriamente como um efetivo instrumento de uso forense para a defesa de interesses privados. Nos tribunais, a defesa do direito de acesso tem sido postulada, com frequência, por meio de tutelas inibitórias mais amplas, que abranjam, cumulativamente, a possibilidade indenizatória em face de prejuízo demonstrado em concreto – situação inatingível por meio de um remédio constitucional.

O próprio armazenamento de dados pessoais está informado por um princípio de acesso amplo aos titulares das informações, seja para o reconhecimento de existência do próprio registro, seja para a verificação da extensão, veracidade e correção das informações armazenadas. Por isso, ressalta-se a relevância de uma previsão normativa específica, como existente na Lei nº 8.078/1990, impondo a comunicação de registro de dados pessoais do consumidor em cadastro de consumo e de crédito. No caso de formação de banco cadastral para o qual não fornece o indivíduo pessoalmente o conteúdo informativo – quanto mais, referindo-se, em regra, ao armazenamento de dados desfavoráveis a seus integrantes pela constatação de uma situação de inadimplência no mercado de consumo (art. 43, §§ 4º e 5º da Lei nº 8.078/1990) ou pelo oferecimento de reclamações contra fornecedores de produtos e serviços (art. 44) –, fundamental é o titular da informação ter, desde logo – e, portanto, desde o momento do armazenamento de uma informação –, ciência de que integra uma listagem informativa. E tal listagem pode, até mesmo, conter informações que lhe sejam, pelos efeitos gerados, desfavoráveis.

Se o direito de acesso é marcado, inicialmente, por um princípio de conhecimento acerca do armazenamento de dados, é pelo princípio da transparência ou da publicidade<sup>7</sup> que atinge a realização plena de um conceito de autodeterminação in-

---

7 Esclarece Ana Ortiz (1998, p. 247), com enfoque à experiência espanhola de disciplina sobre a proteção de dados pessoais geridos por bancos cadastrais: “Sem a proclamação do princípio da publicidade, os direitos dos cidadãos se ressentiriam e padeceriam de um grave rompimento em sua efetividade e realização” (tradução nossa).

formativa<sup>8</sup>. É que não basta saber sobre a existência de um registro de informações pessoais, se, em concreto, não é fornecida ao titular das informações a possibilidade de fiscalização do conteúdo existente em registro. De fato, ainda que tolerável, a formação de bancos de dados com informações negativas em relação ao seu titular – porque considerada relevante a proteção das relações de crédito sob um princípio de lealdade contratual entre os integrantes de um mercado de negócios e de consumo –, não pode ignorar a realidade factual mais verídica possível, guardada a mesma tônica de confiança – abstratamente considerada – exigida aos relacionamentos privados. Por isso a necessidade para o indivíduo, como garantia de um amplo direito de acesso às informações pessoais armazenadas em bancos cadastrais, de que não só ele tenha conhecimento quanto à existência de inscrição em banco de dados, como tenha, ainda, a possibilidade de alterar o conteúdo de um registro não correspondente à realidade descrita, independentemente da sua natureza – se de crédito, de consumo, de associação (ideológica, política, religiosa, cultural).

Assim, é também resultante de um amplo direito de acesso o exame da medida de extensão do registro de informações pessoais efetuado. Mais precisamente, aborda-se aqui não apenas a possibilidade de uma restrição sobre o conteúdo informativo, como também a hipótese de pertinência do registro sobre determinado interesse público, pela qualidade da informação. A ideia de qualidade da informação aparece, via de regra, como uma das condições de sustentação e de proteção de uma esfera de privacidade<sup>9</sup>, quando analisados modernos sistemas de interconexão de dados pessoais por bancos cadastrais.

Tomando o exemplo do ordenamento jurídico norte-americano – dos mais remotos em matéria de disciplina sobre proteção de dados nominativos –, encontra-se

---

8 Agostinho Eiras (1992, p.78) chega a afirmar que um direito mais concreto à autodeterminação informativa se desdobra em outros tantos direitos que visam assegurar a atuação do indivíduo frente a seu patrimônio informativo.

9 Assim, explica Ana Isabel Ortiz (2002, p. 211): “A ‘qualidade dos dados’ como princípio sobre o qual se assenta a licitude da coleta e do tratamento posterior dos dados deve ser contemplada em uma dupla perspectiva: a ‘qualidade do dado pessoal’ e a finalidade do tratamento. Portanto, os dados alcançam determinada qualidade e é lícito seu tratamento porque são colocados em relação com os fins legítimos que inspiram esse tratamento. Assim, o dado será adequado quando se encontrar diretamente relacionado com a finalidade concreta e quando for necessário para o seu cumprimento; porém, por outro lado, também será adequado quando responder à veracidade e à exatidão, e à integridade da informação relativa à pessoa e, finalmente, o dado não será excessivo quando for respeitada a dita finalidade, isto é, quando os dados sejam estritamente necessários para o cumprimento dessa finalidade e quando sua compilação não seja abusiva e nem desproporcional à finalidade de cada tratamento” (tradução nossa).

no Privacy Act, de 1974, a preocupação de que as agências de coleta e de armazenamento de dados retenham apenas aquelas informações que se tornem relevantes e que justifiquem o próprio cadastramento<sup>10</sup>. Mesma preocupação evidencia-se na política pública de controle da privacidade, especificamente em relação às agências norte-americanas de armazenamento de dados no setor privado. Entre os princípios de privacidade estabelecidos a partir do programa de Information Infrastructure Task Force, editado em 1995 pelo governo federal, encontra-se um princípio de promoção de “qualidade da informação”. Ou seja, a informação pessoal deve ser “exata, atual, completa e relevante para as finalidades que justificam sua coleta e sua utilização”<sup>11</sup>.

Diferente não é a situação mais recente da Lei nº 12.527/2011 para o Brasil. Ainda que haja a possibilidade de previsão de informações de caráter sigiloso, por que submetidas temporariamente à restrição de acesso público em razão da imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado, preocupou-se a legislação em estabelecer graus e prazos de sigilo, sem que se possa vetar a possibilidade de discussão do interessado quanto ao acesso, inclusive por meio de recurso administrativo, quando necessário, cabendo à instituição pública, necessariamente, indicar a autoridade competente ao exame da matéria. Portanto, mesmo quando sigilosa a informação, não se descarta a necessidade de que a autoridade pública justifique a negativa de acesso, qualificando o interesse público mais relevante e graduando a concessão da informação na medida de sua disponibilidade pública de acesso.

A qualidade da informação importa ainda no reconhecimento de um princípio com atuação simultânea, e não menos relevante, relacionado ao tempo de registro das informações pessoais. Fala-se, por isso, no princípio do esquecimento<sup>12</sup>, orientado pela compreensão de que o próprio gestor do banco cadastral se compromete a

10 Pelo Privacy Act, as agências de controle de bancos cadastrais ligadas ao setor público devem atender os seguintes princípios: “(1) armazenar apenas informação pessoal que seja relevante e necessária; (2) coletar o máximo de informação possível sobre determinado assunto; (3) manter arquivos de forma completa e atual; (4) estabelecer mecanismos administrativos e técnicos de segurança sobre os registros” (CATE, 1997, p. 77).

11 Tal se deduz da tradução livre à regulamentação de um princípio de “qualidade da informação” (item nº 6 do capítulo de princípios e comentários da Information Infrastructure Task Force).

12 Como antes já havia anotado, “a disciplina decorre da compreensão de que informações desfavoráveis sobre determinada pessoa não podem permanecer armazenadas em caráter perpétuo, a ponto de prejudicarem outras relações de convívio da pessoa atingida – principalmente relações de consumo –, tendo em vista dados antigos, até mesmo coletados de forma equivocada e sobre os quais não foi exercitado o direito de retificação. A Lei brasileira de Defesa do Consumidor, neste ponto, é específica, prevendo duração máxima de cinco anos para as informações negativas cadastradas em bancos de dados sobre consumo” (CACHAPUZ, 1997, p. 389).

manter atualizados os registros, fiscalizando o tempo de sua permanência. Não por outra razão disciplina a Diretiva 95/46/EC, de 24 de outubro de 1995, destinada aos países membros da Comunidade Europeia, em seu artigo 6º, alínea “e”, que o registro de um dado pessoal deve ser armazenado de tal forma que possibilite a identificação da própria relevância de sua manutenção. Vê-se a obrigação, inclusive, de que sejam promovidas formas de resguardo das informações que tenham de ser registradas por um longo período, em razão de sua importância histórica, estatística ou científica.

No Brasil, muito se discutiu sobre a melhor interpretação a ser conferida ao tempo de registro previsto aos bancos cadastrais de consumo, em face da previsão legislativa constante no § 1º do art. 43 da Lei nº 8.078/1990. O Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que “nenhum dado negativo persistirá em bancos de dados e cadastros de consumidores por prazo superior a cinco anos. Tratando-se, entretanto, de dívida não paga, não se fornecerá a seu respeito informação, pelos sistemas de proteção de crédito, de que possa resultar dificuldade de acesso ao crédito, se, em prazo menor, verificar-se a prescrição (Ver BRASIL, 1992 e, mais recentemente, no mesmo sentido, quando do tema da gestão de bancos públicos e privados de informações, as decisões que seguem da 4ª Turma e da 2ª Seção: BRASIL, 2005; BRASIL, 2008). A solução para dívidas que tenham a possibilidade de prescrição da ação em tempo inferior a cinco anos encaminha-se no sentido de promoção de uma suspensão ao ato de tornar pública a informação – salvo em hipótese suficientemente justificada que não se fizesse estritamente relacionada à mora do devedor e, por certo, a partir de uma ponderação promovida no nível dos princípios –, ainda que o cancelamento definitivo do registro só ocorra posteriormente<sup>13</sup>. Em caráter excepcional, contudo, reconhece-se sentido inovador da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça na matéria, em voto do Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, ao identificar possibilidade de prescrição em tempo inferior ao de cinco anos quando a matéria discutida escapar da seara de consumo. No caso, restou aplicada a prescrição prevista no § 3º do art. 206 do Código Civil brasileiro,

tendo em vista que a inscrição indevida decorre de um vício de adequação do serviço realizado pelo banco [...], não sendo caso de reparação de danos

---

13 Solução adicional foi ainda criada pela Lei nº 12.527/2011, no art. 24, estabelecendo prazo adicional para informações públicas consideradas sigilosas, com relação à gestão de bancos públicos de informações. Nesse sentido, os prazos estabelecidos seguem uma data limite de manutenção do sigilo, ainda que a documentação – pelo seu caráter histórico ou estatístico, inclusive –, possa restar armazenada por tempo superior.

causados por fato do produto ou serviço, requisitos essenciais para a aplicação do prazo prescricional descrito no artigo 27 do CDC (BRASIL, 2013).

Também se encontra relacionada a um direito mais amplo de acesso às informações nominativas do indivíduo que se vejam registradas em banco cadastral a característica essencial da veracidade do conteúdo informativo armazenado. Isso corresponde, em resumo, à ideia de que todo registro deve preservar uma nota de autenticidade em relação ao seu conteúdo. Isso implica a necessidade de que as informações armazenadas sejam não apenas precisas como completas.

A Diretiva Europeia de outubro de 1995, ao arrolar os princípios que norteiam a proteção à privacidade em relação ao processamento de dados nominativos, preocupou-se em conferir completude ao conceito de veracidade das informações registradas, permitindo, assim, o afastamento – pela retificação, pelo bloqueio ou pelo cancelamento – de toda e qualquer informação que não atinja esta característica de exatidão exigida<sup>14</sup>. Conforme a disciplina legislativa, “todo razoável esforço deve ser efetuado para assegurar que o dado que seja impreciso ou incompleto, considerado a partir da finalidade para a qual foi coletado e pela qual está sendo armazenado, seja apagado ou retificado” (Diretiva 95/46/EC, art. 6º, n. 1, alínea “d”). Não há, então, como dissociar a compreensão de manutenção de um registro adequado, dada a veracidade de seu conteúdo, de uma garantia concomitante pelo direito à retificação, bloqueio ou cancelamento de informações que não correspondam, na sua integralidade, à realidade dos fatos espelhados. Situação que, na recente legislação nacional, resta amparada com a possibilidade, inclusive, de caracterização de ilícito, pelas disposições normativas do art. 32 da Lei nº 12.527/2011.

Por fim, é relacionada à ideia de um direito amplo de acesso a informações nominativas registradas em bancos cadastrais a própria concepção de correção dos dados. Ou seja, não basta que o registro corresponda a uma situação factual, e, sim, que a informação esteja de acordo com o momento atual de registro, sobretudo, na hipótese de um parcial pagamento de dívida pelo consumidor, que imponha a atualização dos valores informados ao banco cadastral de relação de consumidores inadimplentes. A correção dos dados informativos é característica complementar à de veracidade das informações, remetendo também a uma possibilidade de retificação de conteúdo informativo quando evidenciado qualquer equívoco em concreto.

14 Isso abrange, inclusive, o direito do indivíduo a conhecer a lógica empregada para a compilação dos dados em determinado tipo de arquivo ou registro. Ver a redação do § 41 do preâmbulo da Diretiva 95/46/EC, de 24 de outubro de 1995.

Como a tutela da autodeterminação informativa apropria-se de conceitos relacionados tanto a um espaço de interferência marcante do direito de liberdade (esfera privada) como de interferência mais acentuada do direito de igualdade (esfera pública), identifica-se, também, num direito de acesso a dados informativos a possibilidade de o indivíduo ter acesso a informações que lhe sejam justificadamente importantes ou de revelação essencial. Abstratamente, a hipótese responde ao conceito de autodeterminação informativa como trabalhado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, pois exige a reciprocidade de conduta a quem se dispõe à liberação dos dados e a quem pretende obter determinado acesso. Ou seja, permite-se, pelo exercício da ponderação, a partir da análise de situações concretas envolvendo direitos fundamentais, que dados nominativos sejam tornados públicos quando suficientemente evidenciada a sua relevância ao interessado. Isso ocorre porque o mesmo interesse ideal de acesso atinge toda a coletividade. O exemplo trazido pela Diretiva Europeia de outubro de 1995 é o registro de dados históricos, estatísticos ou científicos que, por suas características peculiares, devam ter adequado acesso, útil e rápido, a qualquer indivíduo<sup>15</sup>. E, no caso, estende-se o exemplo também aos dados nominativos relacionados a personalidades ou eventos com importância pública – porque considerados relevantes a uma esfera pública de convivência e determinantes de uma justificação científica<sup>16</sup>.

---

15 Conforme o texto do § 34 do preâmbulo da Diretiva 95/46/EC, os Estados membros se encontram autorizados a promoverem o armazenamento de dados sensíveis, cujo registro se encontre justificado pelo interesse público relevante em áreas como a de saúde pública e promoção social, especialmente quando necessários para o aprimoramento de serviços públicos de assistência.

16 É como consta na Diretiva 95/46/EC, entre as justificativas apresentadas no § 29 para a regulação de uma proteção específica à transmissão de dados pessoais, em que acolhido previamente o interesse público de caráter histórico, científico ou estatístico para determinadas informações pessoais. Pertinente é essa questão, portanto, em relação ao recente debate sobre as biografias não autorizadas. Para a resolução do conflito, é imprescindível que, no tema, enfrente-se o problema da ponderação entre princípios e da possibilidade ampla de restrições a direitos fundamentais. No caso, por se tratar, ao fundo, quanto à discussão de um direito geral de liberdade, capaz de sofrer restrições quando sujeito a ponderações em relação ao caso concreto estabelecido no âmbito das relações entre privados. O que não colide, de forma alguma, com a proibição constitucional à censura, como disposta no art. 220 da Constituição Federal. Nesse artigo, tem-se norma jurídica específica que tutela a relação do cidadão perante o Estado. Entre privados, a discussão jurídica a ser trabalhada é justamente a de ponderação, na análise de liberdades colidentes, a partir de princípios que alcançam, no valor abstrato, mesma preponderância jurídica. Assim, em relação aos princípios acolhidos nos incisos IV e X do art. 5<sup>a</sup> da Constituição Federal, a serem sujeitos a uma ponderação quando evidenciado o conflito pertinente a uma publicação não-autorizada entre privados. Para melhor elucidar o tema, ver CACHAPUZ, 2006.

Na recente experiência brasileira, evidencia-se esse trabalho de garantia ao acesso de informações como objeto central da edição da Lei nº 12.527/2011, inclusive preocupando-se a normativa em oferecer, ainda *a priori*, como norte de interpretação (art. 31), a ponderação específica entre situações de reserva (privacidade) e de interesse público ao se tratar de informação pessoal, ainda que sempre sujeita eventual ameaça de lesão à apreciação judicial específica. O que pode incluir a situação de observação à ponderação – com possibilidade de restrição ao próprio consentimento, quando justificado – para fazer preceder o interesse público de acesso à informação em face do interesse particular do titular da informação, como na hipótese de observância de um direito humano preponderante. Interpretação, por certo, que deve inspirar, na mesma medida, o sentido inverso de pretensão, quando preponderantes condições fáticas e jurídicas que esbarrem em direitos humanos daqueles que tenham o interesse de acesso – e nessa medida justificado – a informações classificadas como sigilosas.

Espera-se, a partir da concepção de uma autonomia informativa, portanto, que haja uma reciprocidade ideal de comportamento na esfera pública de todos os que participem de um movimento de troca de informações. Primeiro, porque toda restrição à liberdade de transmissão de informações, apoiada em princípios de conhecimento, qualidade, esquecimento, veracidade e correção dos dados informativos, não interessa exclusivamente ao titular da informação, e, sim, a toda coletividade, para ter acesso aos dados armazenados. Segundo, porque a exigência de reciprocidade envolve tanto o interesse, puro e simples, de restrição de uma liberdade, como a promoção de uma conduta responsável a todo aquele que se dispõe, reciprocamente, a participar do espaço de troca de informações.

### 3 O controle na transmissão de dados nominativos

À amplitude de um direito de acesso corresponde, na mesma medida, o sentido de desenvolvimento na transmissão de dados nominativos numa escala mundial<sup>17</sup>. Ao justificar o estabelecimento de uma responsabilidade específica pela transmissão indevida ou abusiva de dados através de bancos cadastrais, reconhece hoje a comunidade internacional não apenas uma realidade de desenvolvimento tecnológico, como um estímulo ao intercâmbio de informações, considerando-o necessário para o desenvolvimento de um mercado comum de cooperação internacional. O estabelecimento de uma normatização específica à proteção de dados tem em vista, por isso mesmo, que o “aprimoramento na cooperação científica e tecnológica e na introdução orientada de novas redes de telecomunicações na Comunidade necessita e facilita o fluxo de dados pessoais transfronteiras” (Diretiva 95/46/EC, Preâmbulo, § 6<sup>a</sup>).

No que diz respeito à transmissão de dados, duas questões aparecem em maior evidência, sinalizando as preocupações contemporâneas sobre privacidade. A primeira é relacionada à transmissão de dados transfronteiras e seus reflexos, especialmente em países de desenvolvimento tecnológico inferior. A segunda, já associada diretamente ao problema da observação de uma proteção à intimidade ou à vida privada, refere-se à responsabilidade decorrente de uma transmissão indevida de dados nominativos e às formas de controle que se apresentam possíveis em face do aparato tecnológico hoje existente.

Para o exame de tais questões, parte-se, em verdade, da constatação da própria realidade tecnológica disponível e da influência que ela exerce sobre o controle da informação. A transmissão de dados informativos, como consequência, é uma atividade irreversível e, provavelmente, determinante do próprio grau de integra-

17 A própria Diretiva 95/46/EC, de 24 de outubro de 1995, no preâmbulo, justifica a necessidade de proteção específica a um direito de privacidade decorrente da transmissão de dados pessoais pelo fato de que deve ser facilitada a comunicação de dados, das mais diversas naturezas, transfronteiras. O mesmo restou endossado pelo texto da Diretiva 97/66/EC, de 15 de dezembro de 1997, editada em complemento à Diretiva 95/46/EC, especialmente no § 1<sup>a</sup> do art. 1<sup>o</sup>, ao descrever a promoção de uma transmissão livre de dados como garantia aos direitos fundamentais e à liberdade, fomentado, de forma igualitária, o mesmo nível de proteção ao direito de privacidade dos cidadãos que integram os Estados membros da Comunidade Europeia. Cláudia Lima Marques, porém, acredita ser possível que haja a movimentação na Comunidade Europeia no sentido de construção de uma diretiva para a limitação de transmissão de informações livres pela Internet em algumas áreas bastante específicas, como na hipótese de informações relativas a menores, violência, segurança e saúde pública e preconceito racial. Entre os princípios essenciais de uma proposta de Diretiva para a regulação do comércio eletrônico estaria, portanto, o “princípio da derrogação de acesso facilitado” (MARQUES, 1999, p. 232).



ção econômica, social e cultural que venha a ser evidenciado na formação de mercados comunitários entre países<sup>18</sup>. Por isso a Diretiva Europeia de 1995, complementada pela Diretiva 97/66/EU, ao tratar do tema da privacidade, ressalta que o estabelecimento de uma integração econômica e social entre os países membros da comunidade depende, substancialmente, do aprimoramento de um sistema de troca de informações em relação a seus mercados internos e à forma de disciplina das atividades econômicas e sociais no âmbito público (relações com autoridades e entidades estatais) e privado (negócios jurídicos entre particulares) dos países (Diretiva 95/46/EC, Preâmbulo, § 5º).

A discussão sobre a sistematização do fluxo de dados transfronteiras não aparece configurada apenas em relação a países integrantes de mercados comuns mais desenvolvidos. Ao contrário, há preocupação crescente com o alcance internacional à proteção da privacidade nas relações internas e externas dos países, independentemente do nível econômico de desenvolvimento, de forma a gerar uma efetiva regulamentação transnacional sobre a transmissão de dados nominativos, possibilitando a expressão de um princípio de segurança comercial e jurídica nesse processo de comunicação<sup>19</sup>. Alguns países têm se preparado legislativamente para enfrentar o problema da transmissão de dados nominativos, promovendo também políticas globais de desenvolvimento tecnológico e científico – e, inclusive, o conhecimento jurídico específico –, de forma a estimular os demais países a, na mesma medida,

---

18 Chega a referir Manuel Castells, mencionando o avanço da comunicação em rede, como no caso da Internet, que "o único modo de controlar a rede é não fazer parte dela, e esse é um preço alto a ser pago por qualquer instituição ou organização, já que a rede se torna abrangente e leva todos os tipos de informação para o mundo inteiro" (CASTELLS, 1999, p. 375).

19 A Diretiva Europeia 95/46/EC chega a estabelecer um capítulo próprio à transmissão de dados informativos a denominados países do Terceiro Mundo, elencando princípios que devem ser observados em concreto (art. 25).

oferecer proteção adequada às situações de conflito que possam decorrer do fluxo de dados transfronteiras<sup>20</sup>.

Isso não impede, contudo, a crítica, coerente e originária dos países com desenvolvimento tecnológico mais defasado, em relação a essa construção de uma política global por países ou comunidades integrantes do chamado Primeiro Mundo, justamente por estar tal política promovendo uma efetiva forma de controle sobre os processos de informação. Por exemplo, existe um amplo registro de informações sobre a situação de países menos favorecidos economicamente por parte de países com melhor desenvolvimento – no caso, o armazenamento de dados de um evidente predomínio tecnológico e de um desenvolvimento científico precoce –, quando a recíproca não encontra correspondência no fluxo de informações trabalhado em países com desenvolvimento tecnológico mais limitado.

Essa disparidade de conhecimento informativo decorre, até mesmo, da proteção jurídica de que se valem os países mais desenvolvidos tecnologicamente, preservando conteúdos informativos próprios, enquanto estimulam, transfronteiras, de forma bastante flexível, o fluxo das informações externas. É uma disparidade de tratamento capaz de auxiliar a manutenção de uma dominação tecnológica por agentes interessados no controle do processo de transferência de informações, distanciando os países menos favorecidos economicamente de uma participação igualitária no rentável mercado internacional de fluxo de informações. Como refere Jorge Oscar Alende (1990, p. 502 – tradução nossa), “o princípio da liberdade de fluxos, baseado no princípio da liberdade de informação, nunca pode ser interpretado de maneira tal que imponha a um Estado uma obrigação de ‘não fazer’, quando o ‘fazer’ de outros, dentro da sua jurisdição, tende a lesar seus interesses”.

20 Como em outra oportunidade já referi, há uma preocupação em instituir organismos específicos para o debate desta proteção, por meio do Conselho da Europa e da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), visando à formulação de resoluções que possam regular a matéria entre países. Ainda assim, a própria doutrina chegou a reconhecer por algum tempo que esse mercado de transmissão de dados se apresentava ainda restrito àqueles países que pudessem oferecer garantias jurídicas efetivas de desenvolvimento de um processo seguro de trocas de informações: “Bem observa Vittorio Frosini que esse fluxo de dados, por convenção internacional (especificamente a Convenção Europeia de 1988, oriunda de debates da OCDE), tem validade condicionada a países que oferecem equivalência de proteção de dados, observada tal igualdade em relação às normas internas de regulação do direito de privacidade na área da Informática” (CACHAPUZ, 1997, p. 396). Hoje vê-se a orientação inclusive em decisão do Parlamento Europeu e do Conselho da Comunidade Europeia, Decisão nº 1151/2003/CE, de 16 de Junho de 2003, que altera a Decisão nº 276/1999/CE, ao prever a adoção de “um plano de ação comunitário plurianual para fomentar uma utilização mais segura da internet através do combate aos conteúdos ilegais e lesivos nas redes mundiais” (decisão publicada em <http://www.europa.eu.int>. Acesso em: 22 set. 2003).

Importa, assim, destacar as tentativas de aproximação de legislações, em âmbito comunitário, em relação a políticas voltadas à defesa do consumidor. Nesse sentido, é exemplar o texto da Declaração Presidencial dos Direitos Fundamentais dos Consumidores do Mercosul, firmada, em 15 de dezembro de 2000, pelos governos do Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai (MERCOSUL, 2003). O documento tem como objetivos, entre outros, (a) “ampliar a oferta e qualidade dos produtos e serviços disponíveis, assegurando o direito de acesso e escolha dos consumidores, a fim de melhorar suas condições de vida”; (b) “reafirmar a necessidade de que seus setores produtivos disponham de condições adequadas para uma melhor inserção no mercado internacional”; e (c) fomentar “o equilíbrio na relação de consumo, baseado na boa-fé”. A pretensão é que “o consumidor, como agente econômico e sujeito de direito, disponha de uma proteção especial em atenção à sua vulnerabilidade”, na medida em que contempladas garantias jurídicas efetivas de tutela a direitos fundamentais. Em matéria de privacidade, aplica-se à promoção de um “equilíbrio nas relações de consumo, assegurado o respeito aos valores de dignidade e lealdade, com fundamento na boa-fé, conforme a legislação vigente em cada Estado Parte” (alínea “b”), bem como de um “fornecimento de serviços – tanto públicos como privados – e produtos em condições adequadas e seguras” (alínea “c”) e de uma “efetiva prevenção e reparação por danos patrimoniais e extrapatrimoniais causados ao consumidor” (alínea “e”).

No âmbito das relações externas e especialmente com outros organismos comunitários, destaca-se o texto do *Acuerdo Marco Interregional de Cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros y el Mercado Comum del Sur y sus Estados Partes* firmado em 15 de dezembro de 1995, em Madri, e assinado pelos países integrantes da Comunidade Européia e do Mercosul (MERCOSUL, 2003), em que resta estabelecida, no artigo 16, a cooperação transfronteiras em matéria de telecomunicações e tecnologias de informação, com a finalidade de “impulsionar” a formação de uma sociedade de informação. O documento, ainda que deficiente quanto ao estabelecimento de políticas efetivas de tratamento igualitário em matéria de comércio eletrônico de dados transfronteiras, traduz a preocupação internacional no estabelecimento de um “campo seguro” para a troca de experiências tecnológicas.

Entre as iniciativas de fiscalização da atividade de transmissão de dados nominativos, destaca-se a gestão dos bancos de dados. Trata-se de atividade desenvolvida nas últimas décadas para a geração de mecanismos de controle que atuem na supervisão tanto da formação dos bancos de dados como da transferência de informação a usuários ou entre bancos registraes. Na Alemanha, no âmbito privado,

ainda na vigência da Lei Federal sobre Proteção de dados (*Bundesdatenschutzgesetz* ou *BDSG*) essa atividade é reservada a um profissional que deve ser contratado por todas as empresas que operem com a manipulação de dados informativos e que possuam mais de cinco funcionários ou colaboradores. É a figura do “garante da proteção de dados”, que passa a ter a responsabilidade pela fiscalização dos tratamentos informatizados adotados pela empresa, devendo assegurar a observação à lei interna sobre proteção de dados informativos<sup>21</sup>. No âmbito público, mesma supervisão no mercado interno de transmissão de dados restou oferecida por meio de um órgão de fiscalização, ao qual qualquer cidadão pode oferecer queixa específica quanto à forma de prestação do serviço público.

Em relação ao processo de fluxo de informações transfronteiras, prevê, no mesmo sentido, a Diretiva Europeia de 1995 a necessidade de que os países membros se organizem na fiscalização da atividade de transmissão de dados pela criação de um órgão de supervisão com a responsabilidade de monitorar a aplicação da disciplina prevista na Diretiva nos países integrantes da Comunidade Europeia. Essa supervisão garante poderes específicos tanto de investigação como de intervenção no processo de fluxo de dados informativos, inclusive para garantir a qualidade da informação.

Os procedimentos administrativos não afastam, porém, a responsabilidade jurídica que possa decorrer de uma gestão abusiva de bancos de dados informativos. Todo estímulo legislativo e principalmente o esforço doutrinário reconhece a flexibilidade possível na transferência de informações, na mesma medida em que promove uma correspondente proteção jurídica que evite procedimentos considerados temerários em relação à transmissão de dados nominativos. Isso porque à aceitação dos avanços tecnológicos nessa área de comunicação se contrapõe a própria expectativa de preservação individual a uma esfera de privacidade, valendo-se dos mesmos argumentos antes referidos para a constatação, em concreto, de situações que possam ser consideradas conflituosas.

Especificamente em relação à proteção de dados informativos, têm se evidenciado três campos distintos de construção de uma doutrina de responsabilidade: o da responsabilidade penal, operando-se a tipificação de delitos pelo uso abusivo da

---

21 No caso, a responsabilidade é pela fiscalização da obediência às regras e princípios previstos no ordenamento jurídico e não uma limitação da apuração de responsabilidade civil ao agente da atividade de “garantidor” da gestão dos bancos cadastrais. Ao contrário, a própria Lei alemã sobre a proteção de dados pessoais amplia o leque de possíveis responsáveis por uma transmissão indevida de dados nominativos, para todos aqueles que estejam relacionados ao processo de transferência de informações.

informação submetida a um tratamento informático<sup>22</sup>; o da responsabilidade contratual, decorrente do estabelecimento de contratos entre bancos gestores de dados informativos<sup>23</sup>; e o da responsabilidade extracontratual – que ora interessa de forma específica –, correspondendo à apuração de um fato originário de uma transmissão indevida ou abusiva de dados nominativos, em regra visando à proteção direta à intimidade ou à vida privada do titular das informações processadas.

Pode-se afirmar, num mesmo caminho, que a efetiva proteção jurídica a uma esfera de privacidade, a partir de um conceito de autodeterminação informativa, ocorre pelo reconhecimento de uma correlata estrutura jurídica de responsabilização civil a quem se utilize, indevidamente, de um conteúdo informativo, gerando, no

- 
- 22 A responsabilidade criminal veio estabelecida em alguns ordenamentos jurídicos pela tipificação de condutas delituosas especificamente relacionadas à atividade informática, inclusive pelo fato de o indivíduo operar uma transmissão indevida de dados pessoais. Assim, de forma embrionária, a Lei inglesa do Uso Indevido do Computador, ainda em 1990, disciplinou sobre “crimes de mau uso de computador”, considerando crime, por exemplo, (artigo 1) a ação de pessoa que faz com que um computador execute qualquer função com o propósito de conseguir acesso a qualquer programa, a quaisquer dados armazenados em qualquer computador, sendo o acesso pretendido não-autorizado. No caso, exigiu-se que a conduta do agente fosse dirigida a prejudicar o funcionamento do computador, impedir ou dificultar o acesso a programa ou a dados ou ainda prejudicar a própria confiabilidade dos dados. Também a Lei alemã, de 27 de janeiro de 1977, inicialmente, estabeleceu ser crime a ação daquele que, sem autorização, transmitisse, alterasse, retirasse ou se apropriasse de dados pessoais protegidos pela Lei, que não fossem de domínio público, contidos em bancos cadastrais (§ 41). Em relação às sanções dispostas na Lei francesa, de 06 de agosto de 1978, como esclarecem Frayssinet e Kayser (1983, p. 41), a tipificação de condutas penais teve por finalidade principal assegurar a proteção das pessoas em relação à manipulação indevida de dados registrados e, mais ainda, “do desvio de informações de suas finalidades” inicialmente estabelecidas para a criação de um tratamento informático.
- 23 Na hipótese de uma responsabilidade contratual na área da transmissão indevida de dados, a possibilidade indenizatória resta identificada na reparação de um prejuízo decorrente de inadimplemento contratual relacionado aos contratos de uso de tratamentos automatizados, firmados entre empresas manipuladoras de dados e entre estes gestores de bancos de dados e terceiros interessados na aquisição de informações já armazenadas. Sobre as cláusulas abusivas relacionadas à conclusão de contratos informáticos, ver CACHAPUZ, 1997, p. 402. O que ainda cumpre acrescentar é a possibilidade contemporânea de se identificar uma responsabilidade contratual decorrente de uma “quebra de confiança”, em regra ocorrida pela divulgação de informações pessoais conferidas a terceiros mediante sigilo ou para a realização de uma finalidade específica. Havendo o rompimento da relação de confiança estabelecida – e, no caso, uma confiança estabelecida em bases contratuais, pelo prévio contato estabelecido entre as partes –, tem entendido a jurisprudência que cabe ao indivíduo lesado a justa reparação, reconhecido o caráter negocial da relação mantida. Assim o decidido no processo AG 295664, em que uma empresa de televisão é condenada a pagar indenização pela divulgação da identificação de entrevistada a que se tinha comprometido não revelar (BRASIL, 2000). Reconhece o STJ, no caso, haver um ilícito de natureza contratual.

mínimo, probabilidade de dano ao titular da informação. Dada a eficácia tecnológica dos meios de transmissão dos dados nominativos, o problema contemporâneo reside em saber quem responsabilizar por uma transmissão indevida desses dados – em razão de equívoco quanto à extensão, veracidade ou correção da informação de dados transmitida. Isso decorre da dificuldade de configurar uma ideia de culpa exclusiva a determinado agente do processo de transferência da informação – que envolve desde o gestor do banco de dados até o digitador ou o encarregado da coleta da informação.

Por isso se justifica o encaminhamento legislativo e doutrinário inicial pela configuração de uma responsabilidade objetiva, quando se tratar de violação de uma esfera privada em relação a dados pessoais que sofram um tratamento especializado pela gestão de bancos cadastrais. A Diretiva Europeia de 25 de julho de 1985 (DIRETIVA 85/374/CEE), nos artigos 4º e 7º, acolheu tal instituto de responsabilidade civil no âmbito da proteção à intimidade e à vida privada, prevendo a possibilidade de configuração de uma responsabilidade objetiva pela geração de um prejuízo, a partir da simples transmissão indevida (fato) da informação (produto). Ao lesado caberia exclusivamente “a prova do dano, do defeito e do nexa causal entre o defeito e o dano” (DIRETIVA 85/374/CEE).

Por meio da Diretiva Europeia de 24 de outubro de 1995, o panorama da forma de caracterização da responsabilidade civil sentiu sensível alteração. Ao disciplinar sobre os instrumentos judiciais e sobre a responsabilidade gerada para a proteção do indivíduo na hipótese de uma indevida transmissão de dados pessoais, previu a Diretiva a possibilidade, a quem tenha o controle pela transmissão de dados nominativos, de excepcionar a sua responsabilidade, no todo ou em parte, se provar que não foi responsável pela geração de um prejuízo ao indivíduo lesado (Diretiva 95/46/EC, art. 23, § 2º). Isso não chega a alterar a característica objetiva da responsabilidade, mas passa a admitir a possibilidade de produção de provas liberatórias ao responsável, afastando o risco da atividade para o reconhecimento da responsabilidade civil em face de um prejuízo evidenciado em concreto. Ou seja, ainda que não centrada na apuração de uma prova da culpa do agente causador do dano – a partir de elemento que possa caracterizar a responsabilidade subjetiva –, permite-se a exclusão da responsabilidade (objetiva) do agente pela prova deste de que não contribuiu para o evento danoso.

A temeridade, no caso, decorre da abrangência que pode ser considerada pelo intérprete a essa ideia de prova da ausência de uma contribuição ao evento danoso. Em outras palavras, a prova pode ser exclusiva à questão da causalidade – o que

aproxima a interpretação dos efeitos alcançados por uma responsabilidade objetiva fundada no risco – ou abrangente da possibilidade de demonstração, pelo agente supostamente causador do dano, de que tenha agido com a diligência necessária no processamento da informação não podendo ser responsabilizado pelo dano causado. Esta última situação aproxima a interpretação jurídica de uma argumentação construída a partir da compreensão de que a informação não é produto e, sim, integrante de um *serviço* prestado por terceiro, para o qual há o compromisso de que seja empregada toda a diligência necessária no cumprimento da obrigação assumida pelo responsável.

A jurisprudência brasileira, em discussão dirigida ao aspecto fiscal da transmissão de dados informativos, tem-se orientado no sentido de que a informação comercializada por empresas manipuladoras de dados seja considerada o resultado de uma atividade de prestação de serviço (BRASIL, 1997). Reconhece-se na atuação de uma entidade gestora de banco cadastral uma relação de efetiva prestação de serviço a consumidores e terceiros, e não de compra e venda de determinado produto.

Mesmo sem o enfrentamento direto da matéria sobre responsabilidade civil decorrente da má gestão de bancos cadastrais, a decisão do STJ evidencia a construção jurisprudencial de visualização da prestação de serviço, identificando o responsável pela gestão de bancos de dados como fornecedor de um serviço. Deduz-se daí, por uma coerência de argumentação, uma possível preferência jurisprudencial pela corrente que defende a configuração de uma responsabilidade extracontratual objetiva com admissão da produção de provas liberatórias<sup>24</sup>, especialmente quando se tratar de hipótese de fornecimento de um serviço no mercado de consumo.

---

24 Segue-se, assim, a possibilidade de aplicação da disciplina legislativa prevista no art. 14 da Lei nº 8.078/1990, em que se identifica um acidente de consumo pela prestação de um serviço defeituoso ao consumidor – titular da informação. No caso, há o reconhecimento de que a transferência de dados – principalmente se realizada pelo armazenamento de dados pessoais - para fins de consumo interno ou externo - traduz-se numa atividade de efetiva prestação de serviços, gerando a obrigação de reparação ao consumidor lesado quando o serviço “não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar” (art. 14, § 1º). As hipóteses liberatórias da responsabilidade se fazem configuradas nos limites previstos no § 3º do art. 14 da Lei de Defesa do Consumidor.

## 4 Conclusão

A maior flexibilidade em relação à adoção de um instituto de responsabilidade civil que admita a produção de provas liberatórias ao responsável pela má gestão de um banco de dados em determinado caso concreto, em termos, é também decorrente da própria extensão conferida a um conceito de autodeterminação informativa. Na medida em que a situação de tutela pretendida é originada de uma relação de consumo, pressupõe-se maior amplitude à troca de informações, justamente porque passa o titular da informação a utilizar-se de seus dados pelo interesse voltado à promoção de ações junto a uma esfera pública de relacionamento.

Diferente é o caso para aquelas hipóteses concretas em que, mesmo se tratando de gestão de banco de dados e de transmissão de informações nominativas, não exista a configuração de uma relação de consumo e, sim, de uma relação da vida civil do indivíduo. Nesse caso, nada impede o acolhimento da hipótese de uma responsabilização civil sem aferição de culpa, pela aplicação simultânea dos artigos 21 e 187 do Código Civil. Obviamente, exigindo do intérprete jurídico a necessária ponderação de princípios, na análise de liberdades colidentes.

De toda forma, essencial é reconhecer, pelo trabalho dos tribunais, uma preocupação específica com o problema da transmissão de dados pessoais e a correlata necessidade de estabelecimento de uma devida garantia à proteção da intimidade e da vida privada. Ainda que não se traduza tal preocupação por meio de uma lei especial ou mesmo pela identificação de um direito autônomo decorrente do conceito de “autodeterminação informativa”, impõe-se reconhecer uma estrutura, segura e capaz de identificar seriedade no tratamento da matéria pelo intérprete, que, de forma alguma, afaste a aplicação de uma teoria das esferas e de princípios de exclusividade e proporcionalidade na análise do tratamento dispensado aos dados nominativos. E isto, porque é relevante a apreciação de princípios pertinentes à matéria, como aqueles relativos ao acesso, à veracidade da informação, ao esquecimento e à transmissão de dados nominativos.

Por certo, empiricamente, o problema da titularidade sobre dados pessoais é o que mais aproxima as esferas pública e privada de uma zona intermediária entre o oculto e o exibido. Tal constatação não afasta o exame das possibilidades jurídicas também implicadas em concreto. Ao contrário, por si só, passa a exigir atenção especial do intérprete, a fim de que promova uma argumentação coerente na apreciação da colisão de direitos fundamentais, quando evidenciada esta na situação real de conflito entre liberdades.



## 5 Referências

ALENDE, Jorge Oscar. La transmisión internacional de información: Problemática. Cursos de acción en America Latina. **Congreso Internacional de Informática y Derecho**. Buenos Aires, 1990.

ARENDE, Hannah. **A vida do espírito**: o pensar, o querer, o julgar, 2. ed. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1993.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm)>. Acesso em: julho de 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em julho de 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 14624/RS. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. **Diário da Justiça**. Brasília, 19 out. 1992, p. 18245.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial no 41630/SP. Relator: Ministro Ari Pargendler. **Diário da Justiça**. Brasília, 14 abr.1997, p. 12705.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo nº 295664. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. **Diário da Justiça**. Brasília, 26 mai.2000.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 752135/RS. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. **Diário da Justiça**. Brasília, 5 set. 2005, p. 433.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 873690/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. **Diário da Justiça**. Brasília, 10 out. 2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo nº 1418421/RS. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. **Diário da Justiça**. Brasília, 13 ago. 2013.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. Informática e proteção de dados. Os freios necessários à automação. **Ajuris**, ano XXIV, v. 70, julho 1997.

\_\_\_\_\_. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro**. Uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede - A era da informação**: Economia, sociedade e cultura (vol. I), 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CATE, Fred H. **Privacy in the information age**. Washington, DC: Brookings Institution Press, 1997.

DIRETIVA 85/374/CEE. Disponível em: <<http://www.europa.eu.int>>. Acesso em: 22 de setembro de 2009.

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

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A liberdade como autonomia de acesso à informação. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.) **Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FRAYSSINET, Jean; KAYSER, Pierre. A lei de 06 de agosto de 1978, relativa à Informática, fichários e liberdades e o decreto de 17 de julho de 1978. **RPGE**, n. 13 (35), Porto Alegre, 1983.

GADAMER, Hans-Georg. Histórica y lenguaje: una respuesta. In: KOSELLECK, Reinhart; GADAMER, Hans-Georg. **Historia y hermenéutica**. Barcelona: Ediciones Piados, 1997.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**. Estado democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Comentários à ética do discurso**. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

MARQUES, Cláudia Lima. Qual o futuro do direito do consumidor? **Revista de Direito do Consumidor**, n. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1999.

MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. **Direito da informática**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

MERCOSUL. **Portal**. Disponível em: <<http://www.mercosul.org>>. Acesso em: mar. 2003.

ORTIZ, Ana Isabel Herrán. **El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales**. Madrid: Dykinson, 2002.

\_\_\_\_\_. **La violación de la intimidad en la protección de datos personales**. Madrid: Dykinson, 1998.

VIRILIO, Paul. **A bomba informática**. São Paulo: Estação Liberdade, 1999.