

DA PROTEÇÃO DE DADOS DA PESSOA NATURAL

Cristiano Thadeu e Silva Elias*

Resumo: O *Google Inc.* publicou em 1º de março de 2012 a sua nova política de privacidade e seus novos termos de serviço, o que reaviva o debate sobre os limites à invasão da vida privada que devem ser respeitados pelos agentes econômicos. Esse fato possui, então, o condão de renovar o interesse científico-jurídico para a pesquisa. Não se trata de mera preocupação com o *voyeurismo*. A proteção de dados liga-se à tutela de direitos fundamentais, em face de sistemas que os trata como meios para o lucro ou o poder. Ademais, sabe-se que toda pessoa natural que experimenta a violação desses direitos sente um doloroso sofrimento psíquico. Nesse sentido, o artigo objetiva oferecer um amplo panorama do Direito brasileiro sobre proteção de dados, bem como mostrar um possível horizonte da matéria para o Brasil. Tudo é fundamentado em pesquisa da legislação, da jurisprudência e da doutrina, nacional e estrangeira, utilizando-se do método histórico e analítico.

Palavras-chave: privacidade; proteção de dados; registro e tratamento.

1 Introdução

O *Google Inc.* publicou, em 1º de março de 2012, a sua nova Política de Privacidade, o que reavivou o debate sobre os limites à invasão da vida privada. Esse fato possui, então, o condão de renovar o interesse científico-jurídico para a pesquisa.

Em síntese, a nova Política de Privacidade impõe aos usuários titulares de contas, especialmente do correio eletrônico (*Gmail*), a supervisão automatizada

* Doutorando em Direito Penal na Universidade de São Paulo (USP) e mestre em Direito do Estado pela mesma instituição. Professor adjunto de Direito Penal da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) e advogado. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e da Associação Brasileira dos Constitucionalistas – Instituto Pimenta Bueno.

de dados para o fim de direcionar com mais eficiência a apresentação de publicidade de bens e serviços.

Em um primeiro olhar, parece muitíssimo interessante o propósito. Porém, ao se pensar que toda a plataforma é capaz de registrar imagens, vozes, endereços, telefones e uma infindável série de preferências dos usuários clientes, e até de seus familiares; enfim, tudo isso parece um pouco aterrorizante.

Mas seria injusto provocar apenas o *Google Inc.*, visto que existem outros sistemas que causam igual perplexidade. Nesse sentido, recorde-se o Estado, antigo conhecido pelo apetite devorador de direitos.

Vale lembrar que, no Brasil, a combinação de dados do Conselho de Controle de Atividades Financeiras, Banco Central e Receita Federal; ou Sistema Único de Saúde e Instituto Nacional do Seguro Social alcançam efeitos infinitas vezes mais perversos. Logo, é preocupação de primeira grandeza saber a serviço de quem estão.

Esses questionamentos preliminares demonstram que não se trata de mera preocupação com o *voyeurismo*. A proteção de dados liga-se à tutela de direitos fundamentais, em face de sistemas que os trata como meios para o lucro ou o poder.

Além disso, sabe-se que toda pessoa natural que sofre a violação desses direitos sente um doloroso sofrimento psíquico (WARREN; BRANDEIS, 1890).

Assim, uma série de questionamentos parece oportuna: 1. Quais direitos fundamentais da pessoa natural demandam a proteção de dados? 2. Qual é a proteção legal já existente no ordenamento jurídico brasileiro? 3. Essa proteção legal é suficiente? 4. Existe alguma iniciativa política relevante nessa seara?

Diante dessas questões, o artigo é dividido em quatro partes: 1. introdução; 2. são apresentados os direitos fundamentais que reclamam a proteção de dados; 3. uma visão da proteção de dados vigentes no Brasil; e 4. um breve comentário sobre o anteprojeto de lei de proteção de dados do Ministério da Justiça.

O artigo contempla, então, um objetivo geral de oferecer um panorama sobre o Direito brasileiro sobre proteção de dados, bem como um objetivo específico de mostrar um possível horizonte da matéria para o Brasil.

Tudo é fundamentado em pesquisas da legislação, da jurisprudência e da doutrina nacional e estrangeira, utilizando-se do método histórico e analítico.

Como se vê, esse tema representa um campo fértil para a discussão e criação jurídica, diante de sua relevância, originalidade e atualidade.

2 Dos fundamentos constitucionais

Como visto, a promiscuidade no tratamento de dados da pessoa natural atenta contra direitos fundamentais, a saber, todos aqueles que se colocam sob a égide da privacidade em sentido amplo.

Esses direitos fundamentais são uma conquista histórica da modernidade, cujos primeiros antecedentes são originários da Inglaterra.

Na Idade Média, o que se observava no Direito inglês é que este protegia somente o clero, a nobreza e a burguesia. Trata-se de um legado da Magna Carta que foi jurada somente no interesse dos homens livres do reino. O maior desafio foi, então, estender esses direitos para todo o povo inglês.

Nesse sentido, vale lembrar a máxima de Sir Edward Coke (1552-1634) de que “a casa de todo inglês é o seu castelo”. Segundo o mestre de Londres, o direito à privacidade é de todos e reclama, assim, uma proteção contra a invasão de outrem¹.

Indubitavelmente, isso influenciou o constitucionalismo norte-americano. Nesse sentido, mencione-se a Emenda Constitucional n. IV, de 1791, da Constituição dos Estados Unidos, que serve como paradigma².

Todo o mundo inspira-se no texto constitucional norte-americano, até mesmo a Declaração Universal dos Direitos Humanos dada pela Organização das Nações Unidas em 1948³.

Esses são os arquétipos para a Constituição de 1988, que em seu artigo 5º, nos incisos X a XII, regula analiticamente o direito fundamental à privacidade em sentido amplo⁴.

Portanto, nos termos do texto constitucional brasileiro, o direito à privacidade em sentido amplo é um complexo que abrange: o direito à intimidade; o direito à privacidade em sentido estrito; o direito à imagem; o direito à honra; o direito à inviolabilidade da casa; e o direito à inviolabilidade das comunicações (SILVA, 2006).

Entre esses fundamentos constitucionais, a pesquisa restringe-se ao exame da intimidade, da privacidade em sentido estrito e da honra.

Em primeiro lugar, deve ser definido o conceito de direito à intimidade. O Direito britânico e o Direito norte-americano não diferenciam intimidade e privacidade, consideram aquela uma projeção desta.

Porém, o Direito germânico diferencia as esferas da intimidade e da privacidade da pessoa natural. Assim, a intimidade consiste na esfera mais apertada, relativa aos aspectos da vida da pessoa natural que, convencionalmente, não se revelam a outrem (DOTTI, 1980). Nesse passo, citem-se necessidades fisiológicas, deformidades físicas, doenças graves, práticas sexuais etc.

¹ A doutrina do castelo tem origem em *The Institutes of the Laws of England*, 1628, de Coke, e é multicitada em Direito Constitucional como evidência do surgimento do direito à privacidade, cujas dimensões foram, então, sendo construídas pela jurisprudência, passando a garantir não só a casa como asilo inviolável, mas também a inviolabilidade das comunicações e dos dados pessoais, como se vê hoje.

² Emenda Constitucional IV: “O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas”.

³ Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Art. 12: Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

⁴ Constituição: “Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Em segundo lugar, o direito à privacidade em sentido estrito consiste na esfera mais alargada, relativas aos aspectos da vida da pessoa natural que, convencionalmente, contam com a participação de outrem. Assim, quem circula no interior dessa esfera, não pode sair levando consigo dados coletados sobre o titular para comunicá-los a outrem ou difundi-los em geral. Nesse caso, exemplifique-se a proteção à família, ao trabalhador, ao consumidor e ao contribuinte (FERREIRA FILHO, 1997).

Em terceiro lugar, o direito à honra consiste na proteção da autoestima da pessoa natural, bem como de sua reputação social (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009). Assim, a honra subjetiva ou negativa diz respeito ao próprio sentir da pessoa natural, enquanto a honra objetiva ou positiva, ao sentimento social em relação a essa pessoa.

Finalmente, saliente-se que a Constituição de 1988 não se contenta em somente declarar esses direitos fundamentais, vai além, instruindo-os de garantias fundamentais. Assim, caso sejam violados esses direitos, prescreve que o ofendido tem assegurada a pretensão à indenização material e moral, bem como o direito de resposta proporcional ao agravo.

3 Da proteção legal

A proteção legal a esses direitos fundamentais subdivide-se em privada e pública. A proteção legal privada pode ser especial ou consumerista, regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, e geral ou civil, veiculada pelo Código Civil. Por sua vez, a proteção legal pública pode ser administrativa, encontrada em legislação extravagante, ou, em último caso, penal, presente no Código Penal.

3.1 Consumerista

A proteção privada especial ou consumerista aos dados da pessoa natural é um direito fundamental, regulamentado pelo Código de Defesa do Consumidor, no Título I – *Dos direitos do consumidor*, Capítulo V – *Das práticas comerciais*, Seção VI que trata *Dos bancos de dados e cadastros de consumidores*⁵.

A prática comercial de registro de cadastros de consumidores ou bancos de dados está no cerne da necessidade de proteção de dados da pessoa natural, porque

⁵ Lei n. 8.078/90: "Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores".

é o pretexto perfeito para a violação dos direitos que são fundamentos constitucionais deste estado.

Por essa razão, o Código de Defesa do Consumidor regulamenta o assunto. Estabelecem-se normas de acesso do consumidor aos registros contidos em cadastros ou em bancos de dados; de veracidade e de inteligibilidade das informações registradas; o devido procedimento para a formação; meios para a correção de informações inexatas; bem como regras específicas sobre proteção do crédito.

A doutrina considera que essas regras consumeristas brasileiras inspiram-se no modelo norte-americano do *Fair Credit Report Act*, cuja regulação procura assegurar meios para uma boa qualidade de informação sobre crédito, que é vital para funcionamento eficiente do sistema bancário (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009).

Destarte, torna-se extremamente oportuna a diferenciação entre cadastros de consumidores e bancos de dados.

Preliminarmente, saliente-se que ambos se diferenciam tanto na fonte de informações registradas como também ao destino dado a elas. Em regra, nos cadastros de consumidores, as informações são fornecidas pelo próprio consumidor ao fornecedor do bem ou do serviço. Objetiva-se com esse registro propiciar uma aproximação maior entre as partes, principalmente para viabilizar mais negócios no futuro (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009).

Por sua vez, nos bancos de dados, as informações são, em regra, enviadas pelo fornecedor ao banco, cujos objetivos são os mais variados, todos de interesse dos fornecedores. Então, as finalidades podem ser históricas, estatísticas, protetivas do crédito e até mesmo atuariais. Entre esses bancos de dados, certamente os mais conhecidos são os que têm a finalidade de proteção do crédito, em que se exemplificam o SPCPC, o Serasa e outros (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009).

Em síntese, as ilegalidades mais comuns no trato com cadastros de consumidores e bancos de dados concentram-se no impedimento administrativo ao acesso e à devida correção de informações inexatas, bem como nos danos decorrentes do registro ilícito.

Em primeiro lugar, a objeção administrativa ao acesso e à correção dos dados dos consumidores contidos em bancos ou cadastros é uma situação em que a Constituição garante remédio⁶.

Em segundo lugar, os danos decorrentes do registro ilícito podem decorrer da falsidade ou da obscuridade da informação e da violação das exigências legais para o registro.

⁶ Vide Constituição Federal, art. 5º, "LXXII - conceder-se-á *habeas-data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se preferir fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo". O *habeas-data* é regulamentado pela Lei n. 9.507/97. Assim, é correto concluir que os crimes definidos pela Lei 8.078/90, em seus arts. 72 e 73, relacionados a esse tema, são inconstitucionais, porquanto a existência do remédio constitucional e eventual perdas e danos são suficientes nesta proteção, o que torna aberração a previsão desses crimes.

Em todos os casos, o Código de Defesa do Consumidor assegura-lhe o direito à indenização material e moral pelo dano decorrente do registro ilícito⁷.

Em relação à falsidade ou obscuridade da informação, é muito comum o consumidor procurar o Poder Judiciário para obter indenização, porquanto alega que pagou a sua dívida, entretanto o fornecedor não cancelou o registro no banco de dados de proteção do crédito. Com isso, o consumidor passa a experimentar um sofrimento considerável, a saber, o abalo de seu crédito na praça, lesão à sua honra objetiva, cuja indenização é devida pelo fornecedor⁸.

Já em relação à violação de exigências legais para o registro, é igualmente comum o consumidor procurar o Poder Judiciário, porquanto alega ter sido surpreendido pelo registro no banco de dados de proteção do crédito, sem que tenha recebido a comunicação prévia a que tem direito. Essa situação também os referidos direitos e, portanto, reclama indenização⁹.

Enfim, a jurisprudência firmou o entendimento de que qualquer violação a essas regras impõe ao infrator a obrigação de indenizar o dano material e moral do consumidor, que está dispensado provar o prejuízo experimentado em concreto¹⁰.

Ocorre que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é rigorosa somente em relação aos bancos de dados sobre proteção de crédito. Quando se trata de cadastro de consumidores, a Corte fraqueja, contradizendo sua própria jurisprudência e súmula.

Trata-se da hipótese em que um fornecedor produz cadastro de consumidores sem a comunicação prévia, tampouco com o seu consentimento. Essa situação somente vem à luz porque esse mesmo fornecedor contata, então, o consumidor para lhe propor a aquisição de bens e serviços. Isso é feito mediante carta mala direta ou correio eletrônico (*v.g.* os famigerados *spams*).

⁷ Nesse sentido, já decidi diversas vezes o Superior Tribunal de Justiça. Leia-se a ementa do Recurso Especial n. 51.158: "Responsabilidade civil – Banco – SPC – Dano moral e dano material – Prova. O banco que promove a indevida inscrição de devedor no SPC e em outros bancos de dados responde pela reparação do dano moral dessa inscrição. A exigência de prova do dano moral (extrapatrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência da inscrição irregular. Já, a indenização pelo dano material depende de prova de sua existência, a ser produzida ainda no processo de conhecimento" (relator Ministro Rosado de Aguiar, Diário da Justiça da União de 29 de maio de 1995).

⁸ Já decidi o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 432.062: "paralelamente ao direito de negativar o devedor, há, em contrapartida, o de, em havendo quitação, providenciar, aquela mesma instituição que o inscreveu, a atualização dos dados cadastrais, apontando o pagamento e, em consequência, o desaparecimento do fato que motivou a restrição ao crédito [...] Não é ônus do devedor que pagou, mas, sim, do credor que recebeu, inclusive porque a negativação funciona, essencialmente, como meio de coação, sem razão de ser a continuidade após a regularização da situação" (relator Ministro Aldir Passarinho, Diário da Justiça da União de 03/10/2002).

⁹ Nesse sentido, já julgou o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 373.219: "A inscrição do nome do devedor do cadastro do Serasa deve ser precedida da comunicação exigida no art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor" (relator Ministro Sálvio de Figueiredo, Diário de Justiça da União de 12/08/2002). O Superior Tribunal de Justiça sustentou o mesmo entendimento no Recurso Especial n. 402.958: "Na sistemática do Código de Defesa do Consumidor é imprescindível a comunicação ao consumidor de sua inscrição no cadastro de proteção do crédito. Independentemente da condição que o devedor ostenta – idôneo ou não, fiador ou avalista –, tem direito de ser informado a respeito da negativação de seu nome. Para que a comunicação seja garantista e ultime o fim a que se destina, deverá se dar antes do registro do débito em atraso" (relatora Ministra Nancy Andrighi, Diário de Justiça da União de 30/09/2002). A situação tornou-se tão repetida, que o Superior Tribunal de Justiça resolveu editar a Súmula n. 359 que dispõe: "cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder a inscrição". Aduz ainda o Superior Tribunal de Justiça na Súmula n. 404: "É dispensável o aviso de recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros".

¹⁰ É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento presente no Recurso Especial n. 196.024: "A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto" (relator Ministro Asfor Rocha, Diário de Justiça da União de 03/03/1999).

No caso ilustrado, não há dúvida que ocorre violação das regras, o que, em tese, por toda a jurisprudência vista, ensejaria a obrigação de indenizar o dano. Porém, nesse caso, a jurisprudência prefere decidir que inexistente dano indenizável decorrente desse ato ilícito¹¹.

De certo modo, essa decisão causa perplexidade, porque a Corte concentrou a atenção na tese jurídica do recorrente em vez de se atentar aos fatos.

É certo que se trata de fato trivial o recebimento de malas diretas ou *spams*, mas mesmo o trivial deve obedecer às regras. Caso contrário, a proteção consumerista sucumbe, contrariando a ordem constitucional-legal.

Vale lembrar que o efeito mais deletério do desprezo com que a jurisprudência trata o cadastro de consumidores é a proliferação de vendas clandestinas de cadastros em vias públicas. É notório que na região central de todo grande município é possível encontrar à venda discos em que está compilada uma série de dados pessoais, por vezes dispostos à venda até por assunto, citem-se: dados de advogados, de aposentados, de usuários de serviços públicos, de contribuintes!

Tudo isso é um vexame. Porém, o fornecedor não se intimida em adquirir esse material, porque sabe que poderá constituir o seu próprio cadastro de potenciais consumidores e os contatar, independentemente de seu consentimento ou comunicação prévia, e agora com a bênção da jurisprudência.

Vale lembrar esse entendimento deve ser modificado, porquanto a proteção do consumidor devida pelo Estado não se restringe à indenização daqueles que sofrem o dano, exige ainda o princípio da prevenção, cuja aplicação objetiva amortizar o perigo do cadastro ilícito de consumidores e os danos graves e de difícil reparação.

3.2 Civil

É conhecida a lição de Reale (1999) sobre os princípios que orientam o novo Código Civil. Segundo o mestre de São Paulo e coordenador da comissão de juristas que produziu o anteprojeto, o Código Civil de 2002 é a constituição do cidadão, que tem como princípios basilares a socialidade, a eticidade e a operabilidade.

O princípio da socialidade visa romper com o espírito exclusivamente individualista e patrimonialista do Código Civil anterior, em busca de algo mais adequado à dignidade da pessoa humana. É por essa razão que a nova parte geral possui

¹¹ É o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 844.736, cuja ementa dispõe: "Internet – envio de mensagens eletrônicas – spam – possibilidade de recusa por simples deleção – dano moral não configurado – recurso especial não conhecido. 1 - Segundo a doutrina pátria só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. 2 - Não obstante o inegável incômodo, o envio de mensagens eletrônicas em massa – SPAM – por si só não consubstancia fundamento para justificar a ação de dano moral, notadamente em face da evolução tecnológica que permite o bloqueio, a deleção ou simplesmente a recusada de tais mensagens. 3 - Inexistindo ataques à honra ou à dignidade de quem o recebe as mensagens eletrônicas, não há que se falar em nexo de causalidade a justificar uma condenação por danos morais. 4 - Recurso Especial não conhecido" (relator Ministro Luis Felipe Simão, *Diário de Justiça da União* de 2 de setembro de 2010).

um capítulo dedicado aos direitos da personalidade. Nesse capítulo, encontra-se o princípio da proteção civil ao direito à privacidade¹².

O Código Civil parece ser um pouco singelo, mas é só aparência, porquanto afirma a inviolabilidade da privacidade, bem como confere ao juiz poderes para tomar providências capazes de impedir ou de cessar o perigo no caso concreto (RODRIGUES, 2002).

Além disso, existe um sistema legal sofisticado que obriga o infrator a responder pela indenização material e moral da vítima do ato ilícito.

Portanto, a proteção civil dos dados oferece à pessoa natural não só a possibilidade de, inicialmente, ajuizar uma ação cominatória¹³ com a finalidade de exigir o impedimento ou a cessação das ofensas à privacidade. Nesse caso, o juiz comina multas diárias para dissuadir o réu da prática ou do prosseguimento do ilícito. Evidentemente, sem causar prejuízo a posterior pretensão à indenização dos danos materiais e morais decorrentes do ato ilícito.

O Superior Tribunal de Justiça entende como perfeitamente viável a cobrança cumulada por danos materiais e morais, conforme se observa na antiga Súmula n. 37: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

3.3 Administrativa

Na seara do Direito Público, a primeira proteção cogitável é a administrativa.

A proteção administrativa dos dados da pessoa natural também se inicia no Código de Defesa do Consumidor, no Título I – *Dos direitos do consumidor*, Capítulo V, que trata *Das sanções administrativas*¹⁴.

A doutrina estabelece que tais sanções deverão ser aplicadas pelas autoridades administrativas locais, mediante processo administrativo, cujo destaque é a atuação da Fundação Procon (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009).

Nesse caso, a principal sanção aplicável será a multa¹⁵.

Evidencia-se, então, o exercício de polícia administrativa, que objetiva restringir a liberdade econômica do fornecedor, suas condutas abusivas e fraudulentas, para a preservação do interesse público.

¹² Código Civil: “Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

¹³ Código de Processo Civil, art. 461.

¹⁴ Lei n. 8.078/90: “Art. 56 As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I - multa; II - apreensão do produto; III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI - intervenção administrativa; XII - imposição de contrapropaganda. Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo”.

¹⁵ Lei n. 8.078/90, arts. 55, I e 57, combinado com Decreto n. 2.181/97, art. 13 e seguintes.

Vale lembrar que a polícia administrativa é a atividade da Administração Pública, normativa ou executiva, de condicionar, com fundamento na lei, a liberdade e a propriedade das pessoas, mediante atuação preventiva, repressiva e fiscalizadora, a fim de conformar-lhes ao interesse público (MELLO, 2006).

Porém, a proteção administrativa não se resume a isso.

É possível ainda que servidores públicos concorram para a prática do ato ilícito administrativo. Em tal situação, além da nulidade de todos os atos, interessa sobretudo a punição, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, dos servidores infratores¹⁶.

Nesse caso, se foi dado tratamento promíscuo a dado não protegido por sigilo legal, a sanção administrativa poderá ser simples advertência. Porém, se acometer dado protegido por segredo legal, sanciona-se o servidor público com demissão ou cassação de aposentadoria¹⁷.

Por fim, saliente-se que na seara administrativa-mista, o tratamento promíscuo de dados por parte de agentes públicos em sentido amplo pode configurar ainda ato de improbidade administrativa¹⁸.

Diante disso, o agente público, bem como os particulares que concorreram para o ato de improbidade administrativa, receberam um conjunto de sanções políticas, administrativas e civis, a saber: o ressarcimento integral do dano, se houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos; pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente; e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos¹⁹.

3.4 Penal

A última proteção possível aos dados da pessoa natural é a penal.

A privacidade é bem jurídico tutelado pelo Código Penal, em capítulos bastante diferentes. Nesse sentido, mencionem-se os crimes contra a inviolabilidade de domicílio, os crimes contra a inviolabilidade de correspondência, os crimes contra a inviolabilidade dos segredos e o crime de violação de sigilo funcional.

Por delimitação do tema, a pesquisa restringe-se apenas ao exame das duas últimas hipóteses penais.

¹⁶ Lei n. 8.112/90: "Art. 127. São penalidades disciplinares: I - advertência; II - suspensão; III - demissão; IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade; V - destituição de cargo em comissão; VI - destituição de função comissionada".

¹⁷ Conforme Lei n. 8.112/90, arts. 129; 132, incisos I, IV, IX e XI; e 134.

¹⁸ Lei 8.429/92: "Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...] III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo".

¹⁹ Lei n. 8.429/92, art. 12, III.

Desde já, saliente-se que não se fez menção proposital aos crimes contra a honra, porque é inegável que não foram recebidos pela Constituição de 1988. Esse entendimento está presente no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental 130, em que o Supremo Tribunal Federal declarou que a antiga lei de imprensa não foi recebida pela Constituição, o que incluiu os seus antigos crimes contra a honra.

De modo geral, o crime de *divulgação de segredo*, o crime de *violação de segredo profissional* e o crime de *violação de sigilo funcional* preocupam-se mais com a preservação de segredo do que com o direito à privacidade (INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2012).

Mas, mesmo tendo apenas foco mediato na privacidade, essas regras penais promovem a proteção de dados, porquanto intimidam e penalizam.

Em primeiro lugar, analisa-se o crime de *divulgação de segredo*²⁰. Tutela-se a privacidade de manter em sigilo determinados atos, fatos ou aspectos da vida particular e profissional do indivíduo, cuja divulgação pode causar dano à própria vítima ou a terceiro (BITENCOURT, v. 2, 2010).

Segundo a dicção legal, trata-se de crime próprio que pode ser praticado somente por pessoa destinatária ou detentora de documento particular ou de correspondência confidencial que contiver segredo cuja revelação possa causar dano a alguém. Já a vítima é o titular do documento particular ou da correspondência confidencial, embora, como imaginável, o dano possa ser sofrido por terceiro.

A conduta é divulgar, isto é, tornar públicos ou de conhecimento de inúmeras pessoas, mediante meios de comunicação social, internet, obras literárias e outros (BITENCOURT, v. 2, 2010). Está expresso ainda no texto legal que a conduta deve recair sobre documento particular ou correspondência confidencial. Exige-se carência de justa causa como elemento normativo do tipo. Além disso, o elemento subjetivo desse crime é o dolo.

É um tipo aberto, porquanto a norma penal está em branco, assim, a exigibilidade do segredo está especificada em outros textos legais (BITENCOURT, v. 2, 2010).

A lei posterior agrega-lhe um tipo qualificado, caso o seu objeto material for sistemas de informação ou bancos de dados da Administração Pública (DELMANTO et al., 2010).

O tipo penal ultima-se com regras sobre procedibilidade da ação penal.

Em segundo lugar, analisa-se o crime de *violação de segredo profissional*²¹. Tutela-se a privacidade de manter em sigilo determinadas informações obtidas em

²⁰ Código Penal: "Art. 153 - Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. § 1º Somente se procede mediante representação. 1º - A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. § 2º Quando resultar prejuízo para a Administração Pública, a ação penal será incondicionada".

²¹ Código Penal: "Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. Parágrafo único - Somente se procede mediante representação".

razão de função, ministério, ofício ou profissão, cuja divulgação pode causar dano (BITENCOURT, v. 2, 2010).

Conforme o tipo penal, trata-se de crime próprio que pode ser praticado somente por pessoa que nesse trabalho necessariamente se torna confidente. Já a vítima é a pessoa que tem os seus dados revelados indevidamente, apesar de, como perceptível, o dano possa ser experimentado por outrem.

A conduta é revelar, isto é, dar ciência a alguém sobre os dados obtidos, mediante conversas ou documentos (BITENCOURT, v. 2, 2010). Igualmente, reclama-se carência de justa causa como elemento normativo do tipo. Ademais, o elemento subjetivo do tipo é o dolo.

Outrossim, é um tipo aberto, porquanto a norma penal está em branco, assim, a exigibilidade do segredo está especificada em outros textos legais. Nesse caso, anote-se que a jurisprudência é farta de exemplos sobre o sigilo de advogados, de médicos etc. (DELMANTO et al., 2010).

A dicção legal encerra-se com regras sobre a procedibilidade da ação penal.

Em terceiro e último lugar, analisa-se o crime de *violação de sigilo funcional*²². Tutela-se imediatamente a Administração Pública (BITENCOURT, v. 5, 2010). Mas, como visto, a contenção de dados no intestino do Estado, sem que se tornem conhecidos por alguém estranho ao seu pessoal, possibilita a proteção imediata dos dados dos administrados. Saliente-se ainda que esse crime é expressamente subsidiário, caso o fato tenha contornos de delito mais grave.

De acordo com a hipótese incriminadora, trata-se de crime próprio que pode ser praticado somente por funcionário público. Já a vítima é a Administração Pública que tem os seus dados revelados indevidamente, apesar de, como notório, o dano possa ser experimentado também pelo administrado.

Trata-se de um crime de conduta variável ou tipo misto ou alternativo. A conduta é revelar, isto é, dar ciência a alguém sobre os dados obtidos, mediante conversas ou documentos, bem como facilitar a sua revelação por terceiro (BITENCOURT, 2010). Igualmente, o elemento subjetivo desse crime é o dolo.

Por fim, observa-se que lei posterior agrega-lhe hipóteses de crime equiparado e de crime qualificado. Os crimes equiparados referem-se à violação do sigilo através do sistema informatizado da própria Administração Pública, bem como a utilização indevida de acesso restrito. Por sua vez, o crime é qualificado, na hipótese de dano à própria Administração ou a terceiro, o que é quase inevitável na maioria esmagadora dos casos conforme se vê na jurisprudência (DELMANTO et al., 2010).

²² Código Penal: "Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave. § 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem: I - permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública; II - se utiliza, indevidamente, do acesso restrito. § 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa".

4 Do anteprojeto de lei sobre proteção de dados do Ministério da Justiça

Considerando que o registro de dados em qualquer base, pela regra consumerista vigente, prescinde do consentimento prévio da pessoa, contentando-se singelamente com uma comunicação prévia²³.

Considerando ainda que a jurisprudência brasileira hesita em certos casos.

Tudo isso promove a conscientização sobre a necessidade de um novo marco legal na matéria. Nesse sentido, é muito importante o anteprojeto de lei sobre proteção de dados elaborado pelo antigo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, renomeado como Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor.

Esse anteprojeto de lei sobre proteção de dados deixa de lado o paradigma do modelo norte-americano do *Fair Credit Report Act* utilizado pelo Código de Defesa do Consumidor, para seguir o modelo europeu presente na *Directiva 95/46/CE*.

O anteprojeto estrutura-se em cinco títulos.

O primeiro título cuida da tutela dos dados pessoais em 11 capítulos, a saber: disposições gerais; princípios gerais da proteção de dados; requisitos para o tratamento de dados pessoais; dos direitos do titular; tratamento de dados sensíveis; segurança de dados; comunicação e interconexão dos dados pessoais; do término do tratamento dos dados pessoais; tratamento de dados pessoais no setor público; tratamento de dados pessoais no setor privado; e transferência internacional de dados. Trata-se de um avanço na proteção de dados da pessoa natural.

Já o segundo título cuida da tutela administrativa em dois capítulos, a saber: autoridade de garantia; e sanções administrativas.

Por fim, é seguido de mais dois títulos, a saber: código de boas práticas e disposições finais e transitórias.

Em síntese, o texto tem mais méritos do que deméritos.

Em primeiro lugar, é riquíssimo o seu elenco principiológico: finalidade, necessidade, livre acesso, proporcionalidade, qualidade dos dados, transparência, segurança física e lógica, boa-fé objetiva, responsabilidade e prevenção²⁴.

Em segundo lugar, é elogiável a consagração do consentimento da pessoa como regra geral para o registro e tratamento de dados²⁵.

Em terceiro lugar, é rigoroso ao tratar do registro e tratamento de dados sensíveis²⁶.

²³ Saliente-se que só a Lei n. 12.414/2011, que trata do cadastro positivo de consumidores, vistos como *bons pagadores*, é a única que considera imprescindível o consentimento da pessoa para o registro de seus dados.

²⁴ Art. 8º.

²⁵ Art. 9º a 12.

²⁶ Dispõe o anteprojeto: "Art. 4º Para os fins da presente lei, entende-se como: [...] IV - dados sensíveis: dados pessoais cujo tratamento possa ensejar discriminação do titular, tais como aqueles que revelem a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas ou morais, as opiniões políticas, a filiação sindical, partidária ou a organizações de caráter religioso, filosófico ou político, os referentes à saúde e à vida sexual, bem como os dados genéticos e biométricos [...]". Por sua vez, as regras para o tratamento de dados sensíveis estão nos arts. 20 a 22.

Por fim, contempla uma eficiente regra de responsabilização civil objetiva pelos danos decorrentes do registro e tratamento ilícitos de dados²⁷.

O único lado sombrio desse anteprojeto de lei refere-se às hipóteses de dispensa do consentimento da pessoa, quando o tratamento do dado for necessário para o exercício das funções próprias dos poderes do Estado²⁸.

A falta de limites nessa hipótese de dispensa tem viés autoritário.

Em todo caso, é um marco regulatório bem-vindo.

5 Conclusão

Ante todo o exposto, algumas conclusões sumárias tornam-se devidas.

Em primeiro lugar, a proteção de dados da pessoa natural liga-se, principalmente, à defesa dos direitos à intimidade, à privacidade e à honra, cuja violação indubitavelmente causa deveras sofrimento à vítima. Nesse caso, a Constituição não só assegura direito de resposta proporcional ao agravo, como também indenização material e moral decorrente do ato ilícito praticado.

Em segundo lugar, o sistema legal vigente de proteção de dados no Brasil, embora extenso e diversificado, ainda carece de desenvolvimento normativo. Como visto, a regra mais eficiente de proteção está no Código de Defesa do Consumidor. Porém, a atuação do Poder Judiciário é vigorosa somente quando se trata de bancos de dados de proteção do crédito. Em situações de exclusiva tutela da privacidade, as instâncias superiores toleram a violação, ao fundamento de que inexistente dano indenizável, ou seja, desperdiçando a regra mais protetiva do ordenamento jurídico.

Em terceiro e último lugar, isso justifica a espera da conversão em lei do referido anteprojeto de lei de proteção de dados do Ministério da Justiça, porque além de consagrar o consentimento como regra geral para todo registro e tratamento de dados da pessoa natural, veicula uma elogiável regra de responsabilização objetiva daqueles que praticarem o ato ilícito com esses dados.

DATA PROTECTION OF NATURAL PERSON

Abstract: The Google Inc. has published, on March 1st, 2012, its new Privacy Policy and its new Terms of Service, which revived the debate about the limits to the invasion of privacy that must be respected by the economic agents. So, it has the power to renew the interest for the scientific and legal research. This is not about a fool concern against the voyeurism. This protection deals with very important civil rights, that have been used illegally as a path to pursuit profits and power. Besides, everyone knows that victims of this systems feel a painful mental distress. In this sense, the article aims

²⁷ O Art. 6º, evidentemente, conduz à aplicação do Art. 227, parágrafo único, do Código Civil.

²⁸ Arts. 13, III e 21, VII.

to provide an overview of the Brazilian Law on data protection, as well as showing a possible horizon of matter in Brazil. Everything is based on research of legislation, case law and doctrine, using above all the historical and analytical methods.

Keywords: privacy; data protection; registry and treatment.

Referências

- ANTEPROJETO de lei sobre proteção de dados, 2011. Disponível em: <<http://culturadigital.br/dadospessoais/debata-a-norma/>>. Acesso em: 22 jun. 2012.
- BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2
- BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5.
- BRASIL. Código Civil, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 jun. 2012.
- BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 22 jun. 2012.
- BRASIL. Código de Processo Civil, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 22 jun. 2012.
- BRASIL. Código Penal, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 22 jun. 2012.
- BRASIL. Constituição, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 22 jun. 2012.
- BRASIL. Lei n. 8.112, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 22 jun. 2012.
- BRASIL. Lei n. 8.429, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 22 jun. 2012.
- BRASIL. Lei n. 12.414, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em: 22 jun. 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 51.158. Relator Ministro Rosado de Aguiar, *Diário da Justiça da União*, 29 maio 1995.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 196.024. Relator Ministro Asfor Rocha, *Diário da Justiça da União*, 3 março 1999.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 373.219. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, *Diário da Justiça da União*, 12 agosto 2002.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 402.958. Relatora Ministra Nancy Andrighi, *Diário da Justiça da União*, 30 setembro 2002.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 432.062. Relator Ministro Aldir Passarinho, *Diário da Justiça da União*, 3 outubro 2002.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 844.736. Relator Ministro Luis Felipe Simão, *Diário da Justiça da União*, 2 setembro 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 37. *Diário da Justiça da União*, 17 março 1992.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 359. *Diário da Justiça Eletrônico*, 8 setembro 2008.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 404. *Diário da Justiça Eletrônico*, 24 novembro 2009.
- DELMANTO, C. et al. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DOTTI, R. A. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- ESTADOS UNIDOS. Constituição, 1787 (Traduzida para o português). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 17 jun. 2012.
- FERREIRA FILHO, M. G. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- GOOGLE INC. *Política de privacidade*, 2012. Disponível em: <<http://www.google.com.br/intl/pt-BR/policies/privacy/>>. Acesso em: 17 jun. 2012.
- GOOGLE INC. *Termos de serviço*, 2012. Disponível em: <<http://www.google.com.br/intl/pt-BR/policies/terms/regional.html>>. Acesso em: 17 jun. 2012.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM). *Sobre a tutela da intimidade* (editorial). Boletim do IBCCRIM, ano 20, n. 235, jun. 2012.
- MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- REALE, M. O projeto do novo Código Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REALE JÚNIOR, M. *Instituições de direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- RODRIGUES, S. *Direito civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- UNIÃO EUROPÉIA. *Directiva 95/46/CE*, 1995. Disponível em: <http://www.unic.pt/images/stories/publicacoes200709/Directiva95_46_CE.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2012.
- WARREN, S.; BRANDEIS, L. D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, ano 4, n. 193, 1890.