

**DO CABIMENTO DO *HABEAS DATA* EM FACE DOS AGENTES DE
TRATAMENTO DE DADOS CONFORME A LGPD**

**THE CAPACITY OF *HABEAS DATA* IN FACE OF DATA PROCESSING AGENTS
ACCORDING TO LGPD**

Regina Linden Ruaro*
Duilio Landell de Moura Berni**

RESUMO: O presente artigo sustenta a tese de que a ação constitucional de *habeas data* é impetrável em face dos controladores, enquanto agentes de tratamento de dados, em caso de recusa de acesso aos titulares, sejam esses agentes uma pessoa natural ou uma pessoa jurídica, tanto de direito público, como de direito privado. A metodologia utilizada parte do raciocínio reflexivo teórico de estudos doutrinários e também da legislação brasileira de proteção de dados pessoais, tendo como norte a Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. O método de abordagem escolhido é o hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: *Habeas data*. Proteção de dados pessoais. Agentes de tratamento de dados. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

ABSTRACT: The present article supports the thesis that the constitutional *habeas data* act applies to controllers, as a data processing agents, in their refusal to access data, whether these agents are a natural person or a legal person, both under public or private law. The methodology used is based on the theoretical reflective reasoning of doctrinal studies and also on the Brazilian legislation for the protection of personal data, having as its guide the Brazilian Constitution and the General Data Protection Law. The method of approach chosen is hypothetical-deductive.

Keywords: *Habeas data*. Personal data protection. Data processing agents. Brazilian Personal Data Protection Law.

* Professora Titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Doutora em Direito pela *Universidad Complutense de Madrid* (1993), com Pós-doutorado na *Universidad de San Pablo-CEU* de Madrid (2008). Compõe o Grupo Internacional de Pesquisa; *Protección de datos, transparencia, seguridad y mercado*. E-mail: ruaro@pucrs.br.

**Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PPGDIR/PUCRS. Advogado e parecerista. E-mail: duilioberni@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A importância do fluxo dos dados pessoais para a sociedade atual é tema tão promovido que já não comporta sequer dúvida; é verdadeiro truísmo. “Os dados são o novo petróleo”; “Se o serviço na internet é de graça, então você é o produto” – são frases também já consagradas e que revelam tanto a medida de como os dados são valiosos, como demonstram que as nossas esferas privada e íntima são objeto de transações pelos mais variados agentes, sobretudo com um viés econômico.

Como exemplo, no ano de 2010, o jovem austríaco Maximillian Schrems, então estudante de Direito, requereu que o Facebook lhe enviasse todos os dados que detinha que diziam respeito à sua pessoa. Para sua surpresa, obteve como resposta um arquivo eletrônico em formato PDF que continha 1.200 páginas. Ali estavam identificados todos os endereços IP dos computadores com que ele havia se logado, todas as mensagens e conversas de *chat* que ele enviou, quem havia lhe “cutucado” e dados relativos a sua localização enquanto estava acessando o aplicativo, dentre tantos outros dados pessoais. Além disso, ele encontrou muitas informações relacionadas a itens que ele já havia deliberadamente excluído, como mensagens pessoais e *posts* dirigidos abertamente aos seus amigos. Ele ainda conseguiu identificar 57 categorias as quais estavam ligadas tais informações.¹

Muitas pessoas navegam na internet despreocupadamente, já que esta é uma atividade corriqueira, que faz parte do cotidiano de muitos milhões de indivíduos. Com a assimilação pelos seres humanos da utilização da internet, ela é interiorizada na própria rede neural e, após isso, com a utilização concomitante por várias pessoas, ela passa a fazer parte da (nova) rede social em que se vive, sobretudo, pelo caráter multimídia da própria internet.²

A preocupação surge, contudo, quando se percebe que a utilização das TICs³ pode

¹ *HOW much data did Facebook have on one man? 1,200 pages of data in 57 categories. Wired.* 22 dez. 2012. Disponível em: <https://www.wired.co.uk/article/privacy-versus-facebook> . Acesso em 22 set. 2020.

² Nesse sentido: *Just as technology becomes part of the neural network of the mind, it also becomes part of the social network of humanity. And never has this been more the case than with information and communication technologies, which function not only as the electricity of the twenty-first century but also as the printing press, library, television, and telephone, not to mention school, social club, mall, debating society, and gambling den. In: WARSCHAUER, Mark. Technology and social inclusion: rethinking the digital divide.* Massachusetts: MIT, 2004. p. 215.

³ Tecnologias da Informação e Comunicação. Em língua inglesa, o termo é conhecido pela sigla *ICT*, isto é *Information and Communications Technology*. Conforme a Wikipedia: “*Information and communications*

também manifestar um caráter perverso, opressor e invasor da privacidade, com o potencial de atingir o livre desenvolvimento da personalidade, como analogamente já foi revelado e antecipado na ficção, por exemplo, pela extraordinária obra literária “1984” de George Orwell.⁴ Uma análise jurídica pioneira sobre o tema no Brasil, levantando preocupações que vieram a se confirmar, destacando ainda o papel de defesa da ação de *habeas data*, foi feita por Milton Fernandes, em meados da década de 1990. Assim ele já advertia:

Os meios de captação audiovisual coletam e propagam, através da percepção sensorial, acústica e óptica, dados, imagens e informações. A eletrônica vem obtendo, nos dois campos, verdadeiros milagres. Mencionam publicações especializadas que as paredes têm olhos e ouvidos eletrônicos.⁵

Diante desse cenário, para o pleno exercício de uma cidadania digital, é necessário dotar os cidadãos cada vez mais de ferramentas que lhes possibilitem ter acesso aos seus dados, bem como para que possam efetivamente buscar alguma proteção, fazendo jus às regras e princípios estabelecidos pela legislação, especialmente pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)⁶. Um dos princípios vetores da referida lei é o da autodeterminação informativa. Assim, é necessário apontar a admissibilidade da ação constitucional do *habeas data* também no âmbito dos bancos de dados que tenham como agentes de tratamento uma pessoa natural ou uma pessoa jurídica de direito privado. Para tanto, primeiro será apresentada uma visão sistêmica da proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro, para após ser feito um aprofundamento específico no *habeas data* e nos conceitos correlatos de dados, informações

technology or information and communication technology (ICT), is often used as an extended synonym for information technology (IT), but is a more specific term that stresses the role of unified communications and the integration of telecommunications (telephone lines and wireless signals), computers as well as necessary enterprise software, middleware, storage, and audio-visual systems, which enable users to access, store, transmit, and manipulate information. The term ICT is now also used to refer to the convergence of audio-visual and telephone networks with computer networks through a single cabling or link system. There are large economic incentives (huge cost savings due to elimination of the telephone network) to merge the audio-visual, building management and telephone network with the computer network system using a single unified system of cabling, signal distribution and management.”. INFORMATION and communications technology. In: **WIKIPEDIA**: the free encyclopedia. [San Francisco, CA: Wikimedia Foundation, 2010]. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Information_and_communications_technology>. Acesso em 18 nov. 2012.

⁴ORWELL, George. 1984. 16 ed. trad. de Wilson Velloso. São Paulo: Comp. Ed. Nacional, 1983.

⁵FERNANDES, Milton. O “habeas data” como defesa à ameaça tecnológica. **Revista dos Tribunais**. Vol. 704. p. 63 – 70. Jun. 1994.

⁶Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

e banco de dados. Finalmente, serão apresentadas as conclusões alcançadas.

2. A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O presente tópico parte do princípio de que a proteção dos dados pessoais é um direito fundamental no Brasil, ainda que não incluído expressamente no catálogo desses direitos. Compreende-se que o mesmo é decorrente do regime e dos princípios e direitos adotados pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), inseridos no catálogo, materialmente, aberto do seu artigo 5º.⁷ Ainda, numa visão sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro, a publicação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) consagrou, dentre tantos outros direitos e garantias ao titular dos dados, a proteção ao livre desenvolvimento da personalidade humana que é – certamente – uma das vertentes do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, presente já na abertura da Constituição.⁸

Na CRFB, a proteção dos dados pessoais dos cidadãos brasileiros e dos estrangeiros, com dados tratados no Brasil, decorre da interpretação sistêmica dos seguintes dispositivos: artigo 1º, inciso III (princípio da dignidade da pessoa humana); 5º, *caput* (direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança), inciso III (vedação à tortura e a qualquer tratamento desumano ou degradante), inciso X (inviolabilidade de vida privada), inciso XII (sigilo das comunicações e das correspondências), inciso LXXII (*habeas data*), sendo os direitos e garantias fundamentais normas de aplicação imediata.⁹

⁷Nesse sentido, vide SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: DONEDA, Danilo [et al.]. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 23.

⁸Um histórico do instituto da proteção de pessoais no Brasil é apresentado por Danilo Doneda, em DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: Tratado de proteção de dados pessoais. DONEDA, Danilo [et al.]. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 3-20. Em sede de conclusão, ele afirma que “Verifica-se, portanto, que o percurso formativo da LGPD foi capaz de garantir que um instrumental jurídico que, a princípio, poderia parecer exógeno em relação a uma determinada tradição jurídica pátria, acabou, em face da intensidade dos debates e iniciativas para obter o retorno da sociedade, por se amoldar ao perfil do nosso ordenamento jurídico.”. p.19.

⁹Nesse sentido, apontando esta visão sistêmica e também o conflito de interesses entre a proteção de dados e o livre mercado, veja-se: RUARO, R. L.; MOLINARO, Carlos Alberto. Conflito real ou aparente de interesses entre o direito fundamental à proteção de dados pessoais e o livre mercado. In: Regina Linden Ruaro, Carlos Alberto Molinaro e Jose Luis Piñar Mañas. (Org.). **Privacidade e Proteção de Dados Pessoais na Sociedade Digital**. Recife: Editora FI, 2017.

Conforme referido anteriormente, se o tratamento pernicioso dos dados pessoais pode acarretar numa afronta ao livre desenvolvimento da personalidade, não resta dúvida de que o ordenamento jurídico deve conceber meios eficazes para sua proteção. Outrossim, qualquer tentativa de reificação do ser humano, por meio da utilização abusiva ou ilicitamente discriminatória de seus dados pessoais, deverá ser refutada na medida em que representaria um tratamento desumano. Note-se que a Inteligência Artificial já desenvolve técnicas para a análise preditiva de comportamentos humanos, inclusive com evidências de algoritmos negativamente discriminatórios, o que – em alguns casos – poderia representar em afronta à própria liberdade do indivíduo, à sua segurança e ao princípio da igualdade.¹⁰

Ademais, a proteção dos dados pessoais insere-se no mesmo regime de proteção da vida privada e do sigilo das comunicações e das correspondências, sendo esses alguns dos reflexos e dos desdobramentos da proteção mais ampla que abarca o livre desenvolvimento da personalidade do ser humano, embora reconheça-se a existência de jurisprudência refratária a esse entendimento.¹¹ No plano legislativo infraconstitucional, já se consagrou que o pleno exercício dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural só seriam possíveis quando houvesse uma proteção robusta dos seus dados pessoais, conforme disposto no artigo 1º da LGPD. De outro modo, haveria violação à dignidade da pessoa humana.

Conforme vem-se afirmando, embora não esteja presente expressamente no catálogo de direitos fundamentais¹², a proteção dos dados pessoais – no plano constitucional – é reconduzível a partir de uma visão sistêmica da própria Constituição brasileira e ainda levando-

¹⁰ Veja-se: CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Discriminação algorítmica e transparência na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**. Vol. 8/2020. Jul - Set 2020. Também sobre o tema: *BIASED Algorithms Are Easier to Fix Than Biased People*. **The New York Times**. Por Sendhil Mullainathan 06 dez. 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/12/06/business/algorithm-bias-fix.html>. Acesso em 30 set. 2020

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus* 91.867/PA. HABEAS CORPUS. NULIDADE [...] 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. Rel. Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**. 20 set. 2012.

¹² A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 17/2019 busca ampliar a redação do inciso XII do artigo 5º da CRFB, nos seguintes termos: 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, bem como é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais;

se em consideração a historicidade e inexauribilidade dos próprios direitos fundamentais. Nesse sentido foi a decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no deferimento de liminar em medida cautelar, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6387, que buscou suspender a eficácia da Medida Provisória 954/2020, para determinar que não poderia ser imposto o compartilhamento de dados pessoais entre as companhias telefônicas e o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), nem mesmo sob o argumento de proteção à saúde pública, em razão da pandemia de COVID-19.¹³ Parte da fundamentação da decisão foi nos seguintes termos:

[...]

15. O art. 2º da MP n. 954/2020 impõe às empresas prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC e do Serviço Móvel Pessoal – SMP o compartilhamento, com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, da relação de nomes, números de telefone e endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas.

Tais informações, relacionadas à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, configuram dados pessoais e integram, nessa medida, o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII). Sua manipulação e tratamento, desse modo, hão de observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delineados pela proteção constitucional.

Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais.

Danilo Doneda, já em 2011, apontava pela necessidade de um esforço conjunto a ser empreendido entre a doutrina e a jurisprudência, buscando o favorecimento dessa interpretação “mais fiel ao nosso tempo”, no sentido de abarcar a proteção dos dados pessoais como “passo necessário à integração da personalidade em sua acepção mais completa na[s] vicissitudes da

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 6387. [Sem ementa]. Relatora. Min. Rosa Weber. **Diário de Justiça Eletrônico**. Publ. 28 abr. 2020. A construção de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais, também conforme a referida decisão, é apresentada detidamente por MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. In: DONEDA, Danilo [et al.]. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 61-72.

Sociedade da Informação”.¹⁴

Na legislação infraconstitucional brasileira, além disso, a proteção dos dados pessoais começa a ser construída a partir do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078/1990, que prevê – já no início da década de 1990 – o direito de acesso às informações existentes em bancos dados e cadastros de consumidores. O Código Civil (Lei nº 10.406/2002), em capítulo próprio, inovando neste aspecto, trouxe a proteção dos direitos da personalidade, assegurando no artigo 20, dentre outros direitos, a proteção da imagem da pessoa natural.

Na mesma linha de defesa do consumidor, porém já com uma noção de dado pessoal sensível, a Lei de Histórico de Crédito (Lei nº 12.414/2011) proibiu anotações em cadastros de informações ligadas à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas. No plano dos dados e informações detidas pelo Poder Público e por entidades privadas que recebam recursos públicos, a Lei de Acesso a Informação (LAI), Lei nº 12.527/2011, veio assegurar o acesso a tais informações, disciplinando inclusive o procedimento administrativo para seu acesso, em mais um microsistema. Finalmente, o Marco Civil da Internet (MCI), Lei nº 12.965/2014, dentre tantos outros direitos e garantias, prevê a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, assegurando ao usuário da internet, isto é, ao titular dos dados pessoais, informações claras e completas sobre a coleta, o uso, o armazenamento, o tratamento e a proteção de seus dados pessoais.

Todas essas disposições fazem parte do sistema brasileiro de proteção de dados pessoais e todas elas têm a sua importância uma vez que, até 2018, o Brasil não contava com uma lei específica reguladora da matéria. A publicação da LGPD – lei sobre a proteção de dados, lei de aplicação geral e não setorial – veio trazer, dentre tantas outras inovações, uma uniformização a essa tutela.

Voltando ao plano constitucional e ao ponto focal do presente estudo, a ação de *habeas data* consagra-se como importante instrumento para assegurar o acesso a informações pessoais, conforme previsão no artigo 5º, inciso LXXII, da CRFB, e regulamentação pela Lei nº

¹⁴ In: DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. Também reconhecendo a proteção dos dados pessoais como um direito fundamental: MENDES, L. Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*, Série IDP - Linha de pesquisa acadêmica. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 168.

9.507/1997, a chamada Lei do *Habeas Data*.¹⁵ Há inclusive referência expressa a essa lei no artigo 38 da Lei de Acesso à Informação, que estabelece a sua aplicação no que diz respeito aos dados de pessoas, física ou jurídica, constante de registro ou de banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público.

E é sob este aspecto que o presente estudo pretende se concentrar: o livre acesso pelo titular às informações atinentes aos seus dados pessoais. Como irá se demonstrar, essa busca pela informação poderá se dar tanto em relação a uma pessoa jurídica de direito público, como em relação a um ente de direito privado, quando for agente de tratamento e estiver ocupando a posição de controlador. Note-se que a LGPD, conforme seu artigo 5º, incisos VI e VII, diferencia o controlador (pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais) do operador (pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador). A diferença fundamental, portanto, é o que o controlador é o agente a quem competem as decisões que geram as ações de tratamento. O operador seria o agente que executa essas ações em nome do controlador.

Defender a sua oponibilidade unicamente em relação ao Poder Público – sob um pretenso respaldo na Constituição e/ou na legislação infraconstitucional – abriria todo um campo para violações a direitos fundamentais pelos entes privados. Tal raciocínio atenta ao Direito.

Ou seja, de nada valeria a proteção legal, se o titular não pudesse ter livre acesso aos dados que são tratados – seja este agente uma pessoa natural ou jurídica, seja de direito público ou de direito privado. Diante da recusa de acesso a informações pelo agente de tratamento dos dados, o titular, pessoa natural, tem viabilizado como uma garantia constitucional a ação de *habeas data*. Já que não há dúvida sobre o que seja um banco de dados sob os cuidados de entidade governamental, no próximo tópico será explorada a noção de banco de dados de

¹⁵ Para uma visão do instituto do *habeas data* na América Latina, ver: PARRAGUEZ KOBEL, Luisa; CALDERA, Erick. *Cyber Security and Habeas Data: The Latin American Response to Information Security and Data Protection*. *OASIS*, n.º 24, nov. 2016, p. 109-28. <https://doi.org/10.18601/16577558.n24.07>. Uma visão do instituto na Colômbia, inclusive com jurisprudência e bases principiológicas, é apresentada em: GORDILLO TRINA, José Fernando; RESTREPO YEPES, Olga Cecilia. *Introducción al análisis del derecho fundamental del hábeas data*. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Vol. 6. n. 2. 2004. p. 351-385. Bogotá. Colombia. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2314936>. Acesso em 28 set. 2020.

“caráter público” e a sua possível abrangência para os agentes de tratamento, nos termos definidos pela LGPD.

Finalmente, e não menos importante, vale a confirmação doutrinária de Ingo Wolfgang Sarlet, alinhada à sua teoria geral dos direitos fundamentais, para quem o direito à proteção de dados pessoais pode ser qualificado como um direito humano e fundamental, relacionado a outros princípios e direitos fundamentais, tanto em sentido formal, como material, tendo como objeto os dados pessoais. Ele ainda aponta que, além do Estado, os particulares são também destinatários desse dever de proteção.¹⁶

3. O *HABEAS DATA*, OS BANCOS DE DADOS E A LGPD

Antes de adentrar na questão específica da conceituação da expressão “bancos de dados de caráter público” proposto pela Lei do *Habeas Data*, é necessário esmiuçar os outros conceitos que a compõe. A palavra “dado” vem do latim “*datum*” e significa na sua acepção original um presente, uma dádiva. O plural de “*datum*” é “*data*”. O conceito de dado atualmente está intimamente ligado às TIC, sendo um dado uma unidade de informação, sem perder de vista aquela noção, ainda que implicitamente, que o considerava como uma dádiva.

O arcabouço teórico que permitiu a instrumentalização do dado como matéria-prima da computação é atribuído ao matemático norte-americano Claude E. Shannon, que, no ano de 1948, publicou um artigo científico intitulado “*A Mathematical Theory of Communication*”. Nesse artigo ele traz a definição seminal da expressão “*binary digit*”, isto é, a menor unidade possível de informação, também conhecida como “bit”, que atribui a J.W. Tukey.¹⁷ Um dígito binário poderia ter o valor de “0” ou “1”, de “sim” ou “não”, de “ligado” ou “desligado”, de “verdadeiro” ou “falso”.

Dados, portanto, são unidades de informação. São a representação de algo ou de um evento. Dados podem ser a representação de palavras, imagens, sons, o código genético, a

¹⁶ In: SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: DONEDA, Danilo [et al.]. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 21-60.

¹⁷ Esta história é narrada em GLEICK, James. *A informação: uma história, uma teoria, uma enxurrada*. Trad. Augusto Calil. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 11-20.

velocidade do vento, a íris humana e até a maneira de caminhar de uma pessoa. Conforme descrito, existem dados que são relacionáveis aos seres humanos e uma infinidade de outros que não. Por definição legal, um “dado pessoal” é a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”.¹⁸

Conceito conexo ao de “dado”, portanto, é o conceito de “informação”, que na legislação pátria vem assim definido, conforme o artigo 4º, inciso I, da LAI: “informação: dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato”.

Já um banco de dados seria “o equivalente eletrônico de um armário de arquivamento; ou seja, ele é um repositório ou recipiente para uma coleção de arquivos de dados computadorizados”.¹⁹ Um sistema de banco de dados é “um sistema computadorizado de manutenção de registros.”²⁰ O conjunto de vinhos que compõem uma adega é uma base de dados, assim como, por exemplo, as variações meteorológicas e de temperatura de determinada cidade. Tudo isso pode ser reduzido a dados, formando uma base de dados. Um conjunto de bases de dados formam um banco de dados. Assim, por “dados” entende-se o que realmente é armazenado no banco de dados – o dado em estado bruto, primitivo. A “informação” é o significado que esses dados podem ter para determinado usuário do sistema de banco de dados. São os dados produzindo conhecimento.

Ao presente estudo interessam os dados pessoais, na sua acepção legal, tanto os dados pessoais propriamente ditos (“informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”) como os dados pessoais sensíveis (“dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico,

¹⁸ Esta é a definição da LGPD, conforme o seu artigo 5º, inciso I. O artigo 14, inciso I, do Decreto nº 8.771/2016, decreto que regulamenta o Marco Civil da Internet, assim define dado pessoal: dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locais ou identificadores eletrônicos, quando estes estiverem relacionados a uma pessoa

¹⁹ DATE, C.J. **Introdução a sistemas de banco de dados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003. p. 3

²⁰ DATE, C.J. **Introdução**. 2003. p. 3. O autor ainda refere que: Os usuários de um sistema de banco de dados podem realizar (ou melhor, solicitar que o sistema realize) diversas operações envolvendo tais arquivos – por exemplo: acrescentar novos arquivos ao banco de dados; inserir dados em arquivos existentes; buscar dados de arquivos existentes; excluir dados de arquivos existentes; alterar dados em arquivos existentes e remover arquivos existentes do banco de dados.p.3.

quando vinculado a uma pessoa natural”), bem como ainda os dados pessoais de crianças e adolescentes, merecedores de uma tutela especial pela LGPD, nos termos do artigo 14. Quando for usada a expressão “dados pessoais” neste texto, ela servirá para se referir ao gênero que engloba as três espécies anteriormente identificadas. Nessa senda, para a LGPD, banco de dados é “conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico”.

A tutela da proteção dos dados pessoais se manifesta na relação jurídica entre o titular dos dados e o(s) agente(s) de tratamento, que pode(m) ser tanto um operador, como um controlador. Nesta relação, de um lado estará o sujeito titular dos dados pessoais e do outro lado da relação estará um ou mais sujeitos, representado(s) pela figura do agente de tratamento. O objeto dessa relação jurídica é o dado pessoal. Ocorre que a oponibilidade ao requerimento dos direitos de acesso está adstrita ao agente controlador dos dados, nos termos do *caput* do artigo 18 da LGPD.

Quanto ao *habeas data*, sua previsão constitucional está expressa no artigo 5º, inciso LXXII, CRFB.²¹ Tais direitos de acesso e retificação estão ligados à ideia da autodeterminação informativa que cada indivíduo possui sobre os dados de que é titular. Laura Schertel Mendes, numa abordagem vertical sobre este tema, recria o direito à autodeterminação informativa desde o seu nascedouro a partir da decisão sobre o recenseamento de 1983, da Corte Constitucional Alemã, até suas repercussões no ordenamento jurídico brasileiro, como um direito de eficácia inclusive no âmbito das relações entre os particulares, com especial destaque para o papel da ação constitucional do *habeas data*.²²

Segundo determina a Lei nº 9.507/1997, a lei regulamentadora do *habeas data*, o remédio foi ampliado para três hipóteses de concessão, conforme disposto no seu artigo 7º.²³ O

²¹ Artigo 5º, inciso LXXII, CRFB – conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

²² MENDES, L. Schertel. *Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda*. Direitos Fundamentais e Justiça: DFJ, Belo Horizonte, v. 12, n. 39, p. 185-216, jun./dez. 2018. Nesse sentido também: NOJIRI, Sérgio. O *habeas data* e o direito à autodeterminação informativa. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Habeas Data*. São Paulo: RT, 1998. p. 362 e segs.

²³ Artigo 7º Conceder-se-á *habeas data*: I - para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público; II - para

primeiro inciso, trata do conhecimento dos dados pessoais “constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público”. A lei traz ainda a possibilidade de retificação de dados pessoais e a possibilidade de anotação nos assentamentos do interessado de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável, e que esteja sob pendência judicial ou extrajudicial, conforme disposto em seu artigo 7º, incisos II e III. O presente estudo terá como foco, contudo, somente a hipótese do inciso I.

Quanto à primeira hipótese legal, a questão fundamental é definir o que é um “registro ou banco de dados de caráter público”, já que as entidades governamentais não são o objeto do presente estudo. As dificuldades interpretativas começam com um artigo sem *caput*, já que este foi vetado. Mas as razões do veto dizem muito sobre o objeto do presente estudo.²⁴

A prática demonstrou que isso não ocorreu, nem do ponto de vista administrativo e tampouco em relação à futura judicialização, via *habeas data*, vez que este remédio constitucional pode ser tranquilamente qualificado como raro em relação a sua presença nos foros e tribunais.

Quanto à expressão “banco de dados de caráter público”, a própria Lei nº 9.507/1997 traz a sua definição no parágrafo único (subsistente) do artigo 1º, o qual teve o *caput* vetado, conforme a seguir:

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

A partir da ficção legal estabelecida pelo parágrafo único do artigo 1º, virtualmente todo e qualquer registro ou banco de dados pode ser considerado de “caráter público”, inclusive aqueles armazenados por entes privados, já que são dotados do atributo da transmissibilidade.

a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; III - para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

²⁴O *caput* do artigo 1º da Lei nº 9.507/1997 tinha a seguinte redação: Art. 1º Toda pessoa tem o direito de acesso a informações relativas à sua pessoa, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público.

Também, por ser mais protetiva ao titular e viabilizadora do direito de acesso, esta é a interpretação que mais se adéqua aos planos constitucional e infraconstitucional. Assim, ao definir o que é “caráter público”, a lei acabou por ampliar a própria ideia que a expressão traz em si, rompendo até mesmo com a dicotomia público/privado, já que admite o “caráter público” de um banco de dados privado, quando as informações ali contidas possam ser transmitidas a terceiros. Veja-se que a primeira parte do parágrafo em questão assim afirma: “Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros”. Isto é dizer, todo registro que possa ser transmitido a terceiros tem caráter público.

Embora não prevista expressamente pelo constituinte pátrio, no corpo da teoria geral dos direitos fundamentais, há que se reconhecer a sua eficácia horizontal, isto é, a vinculação entre os particulares no seu reconhecimento. Nesse sentido é a consagrada doutrina apresentada por Ingo Wolfgang Sarlet, já que os direitos e liberdades individuais também merecem proteção em face de detentores de poder social, econômico e – toma-se a liberdade de acrescentar – poder tecnológico. Por certo que também esses entes - que não o próprio Estado – merecem tutela, na chamada proteção global dos direitos fundamentais.²⁵

Favorável à interpretação mais ampla da expressão “caráter público” é a lição de José Carlos Barbosa Moreira, que refere ser “fora de dúvida que a cláusula derradeira, sob pena de tornar-se supérflua e redundante, só pode aludir a entidades não-governamentais”. E complementa afirmando que a ideia essencial é a proteção em relação à comunicabilidade a terceiros, que não precisa ser atual, bastando apenas a possibilidade de transmissão.²⁶

A segunda parte do parágrafo em questão também considera de caráter público todo registro ou banco de dados “que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou

²⁵SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 378. Ainda segundo o celebrado autor, trata-se de assegurar a proteção quando “se cuida indubitavelmente de relações desiguais de poder”. In: SARLET. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 381.

²⁶In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O habeas data brasileiro e sua lei regulamentadora*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 16-37, 1998. p. 92-3. Também assim: LIMA, Francisco Gerson Marques de Lima. Breves anotações à Lei 9.507/97 (Lei do Habeas Data). Revista dos Tribunais. Vol. 750/1998. p. 86 – 94. Abr. 1998. São Paulo: RT. LIPPMANN, Ernesto. *O habeas data visto pela doutrina e interpretado pelos tribunais*. Revista dos Tribunais. Vol. 723. p. 116. Jan. 1996. TALAMINI, Eduardo. *O processo do habeas data: breve exame*. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Vol. 10. 2015. p. 1737 – 1749. Ago. 2015.

depositária das informações.”. Não será, contudo, sobre este ponto que o presente estudo se debruçará.

Conforme a dicção da Lei do Habeas Data e as próprias características de remédio do instituto, a busca de socorro só deverá ocorrer quando houver recusa, expressa ou tácita, na concessão de acesso aos dados pessoais do titular.

Veja-se que o acesso à Justiça nesses casos é até mesmo facilitado, já que a Constituição assegura que esta é uma ação que tramita gratuitamente, sem custas (artigo 5º, inciso LXXVII, da CRFB).

Conforme narrado anteriormente, entende-se que o foco de proteção da lei do *habeas data*, a Lei nº 9.507/1997, está nos dados pessoais considerados em si mesmos, não sendo o fator mais relevante perquirir quem é o detentor desses dados, já que o “caráter público” atribuído pela lei refere-se e abrange virtualmente qualquer informação transmissível a terceiros. Ou seja, somente a dicção do referido parágrafo único do artigo 1º da Lei do *Habeas Data* já seria suficiente para se compreender como admissível esta ação constitucional frente a entidades de direito privado.

Contudo, o sistema de proteção de dados pessoais brasileiro, coroado com a publicação da LGPD, não deixa margens de dúvidas sobre o cabimento da referida ação em casos de recusa ao acesso do titular aos seus dados e às suas informações de cunho pessoal, especialmente diante da expressa normatividade dos princípios da boa-fé, do livre acesso, da transparência e da prestação de contas.

Para que haja proteção e a defesa em caso de abusos, é necessário que se tenha conhecimento de quais dados pessoais são tratados. É o seu acesso pelo titular que irá viabilizar o exame da observância de outros princípios não menos importantes que os citados anteriormente, como o da finalidade, da adequação, da necessidade do tratamento, da qualidade dos dados e da não discriminação.

Também no capítulo da LGPD que trata dos direitos dos titulares dos dados pessoais, há suporte à sua proteção em diversas regras específicas – recordando-se que a oponibilidade se dá em face do agente controlador dos dados. Note-se ainda – e não menos importante – que o postulado da máxima eficácia tendente à efetividade dos direitos fundamentais deve se fazer

valer, não sendo meras palavras soltas.

Assim, qualquer registro ou banco de dados de um ente privado acaba por ter “caráter público”, na acepção da lei do *habeas data*, já que tais registros ou dados sempre poderão ser transmitidos a terceiros. Contudo, do ponto de vista da transmissibilidade das informações *per se*, criteriosamente analisada, mesmo sendo elementar afirmar, deve ser afirmado que uma folha de papel escrito ou impresso já guardava essa propriedade, na medida em que sempre pôde ser entregue a uma outra pessoa ou copiada, ou ainda, mais recentemente, já podia ser fotocopiada, repassando-se assim também as informações ali contidas.

As TICs, a seu turno, acentuam estupidamente a rapidez e o volume de informações que pode ser transmitido a outras pessoas de uma maneira nunca antes vista na história da humanidade. A transmissão das informações em arquivos eletrônicos hoje já é feita de maneira imediata, instantânea. E o volume de informações que pode ser repassado num único e simples gesto – o pressionar de um botão, um comando, um *click* – pode corresponder à transmissão das informações de uma inteira biblioteca de antigamente.

O presente estudo não problematiza a outra hipótese legal do parágrafo único em questão, que afirma que também se revestirão de “caráter público” os registros ou banco de dados que não forem de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações, por parecer por demais evidente a incidência de proteção legal também nesses casos – ainda que se tratem de entes privados. Parece, contudo, que a Lei nº 9.507/1997, mesmo com o veto do *caput* do artigo 1º,²⁷ acabou por manter a proteção dos dados pessoais em todos os níveis, gerando uma adequada conformação ao sistema jurídico de proteção de dados brasileiro.²⁸

²⁷O *caput* do artigo 1º tinha a seguinte redação: “Art. 1º Toda pessoa tem o direito de acesso a informações relativas à sua pessoa, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público.”.

²⁸Nas razões do veto do *caput* do artigo 1º consta que “Os preceitos desbordam sensivelmente a configuração constitucional do *habeas data*, impondo obrigações aos entes governamentais ou de caráter público sem qualquer respaldo na Carta Constitucional. A definição constitucional do *habeas data* é precisa, não permitindo a conformação pretendida nestes dispositivos.”.

CONCLUSÕES

Diante do exposto, verificou-se que o *habeas data*, no contexto de uma sociedade em que a informação tem um papel maiúsculo, é um importante instrumento de defesa para que os titulares dos dados pessoais possam ter ciência das suas informações que estão sob a guarda inclusive de particulares. A proteção dos dados pessoais está presente no sistema jurídico brasileiro, sendo este um direito fundamental implícito no catálogo constitucional, conforme reconhecido doutrinariamente e também por decisão judicial do STF. No plano da legislação ordinária, a proteção dos dados pessoais está amplamente consagrada.

Tal dever de proteção aos dados pessoais compete ao Poder Público e também aos particulares, na chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Os direitos e liberdades individuais também merecem proteção em face de detentores de poder social, econômico e tecnológico que não seja o próprio Estado.

O titular dos dados pessoais, a seu turno, tem o direito de obter dos agentes de tratamento de dados, notadamente do controlador, seja ele uma pessoa natural ou uma pessoa jurídica, tanto de direito público, como de direito privado, informações sobre o tratamento dos seus dados, sob qual finalidade são tratados e de que maneira se faz esse tratamento. Tem o direito de saber se o controlador transfere esses dados a terceiros e ainda por quanto tempo dura ou irá durar esse tratamento.

A proteção dos dados pessoais, inclusive quanto à sua autenticidade e integralidade, é um direito imediatamente relacionado à dignidade da pessoa humana, estando conexo aos direitos da personalidade, todos direitos de matriz constitucional e que garantem também a correção dos dados que digam respeito aos titulares.

REFERÊNCIAS

BIASED Algorithms Are Easier to Fix Than Biased People. The New York Times. Por Sendhil Mullainathan 06 dez. 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/12/06/business/algorithm-bias-fix.html> . Acesso em 30 set. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus 91.867/PA. *HABEAS CORPUS*. NULIDADE: [...] 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. Relator Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**. Publ. 20 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 6387. [Sem ementa]. Relatora. Min. Rosa Weber. **Diário de Justiça Eletrônico**. Publ. 28 abr. 2020.

CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Discriminação algorítmica e transparência na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**. Vol. 8/2020. Jul - Set 2020.

DATE, C.J. **Introdução a sistemas de banco de dados**. Trad. Daniel Vieira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: Tratado de proteção de dados pessoais. DONEDA, Danilo [et al.]. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 3-20

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

FERNANDES, Milton. O “habeas data” como defesa à ameaça tecnológica. **Revista dos Tribunais**. Vol. 704. p. 63 – 70. Jun. 1994.

GLEICK, James. **A informação: uma história, uma teoria, uma enxurrada**. Trad. Augusto Calil. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

GORDILLO TRINA, José Fernando; RESTREPO YEPES, Olga Cecilia. *Introducción al análisis del derecho fundamental del hábeas data*. **Revista Estudios Socio-Jurídicos**. Vol. 6. n. 2. 2004. p. 351-385. Bogotá. Colombia. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2314936>. Acesso em 28 set. 2020.

HOW much data did Facebook have on one man? 1,200 pages of data in 57 categories. Wired. 22 dez. 2012. Disponível em: <https://www.wired.co.uk/article/privacy-versus-facebook> .

Acesso em 22 set. 2020.

INFORMATION and communications technology. In: **WIKIPEDIA**: the free encyclopedia. [San Francisco, CA: Wikimedia Foundation, 2010]. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Information_and_communications_technology>. Acesso em 18 nov. 2012.

LIMA, Francisco Gerson Marques de Lima . Breves anotações à Lei 9.507/97 (Lei do Habeas Data). **Revista dos Tribunais**. Vol. 750/1998. p. 86 – 94. Abr. 1998. São Paulo: RT.

LIPPMANN, Ernesto. O *habeas data* visto pela doutrina e interpretado pelos tribunais. **Revista dos Tribunais**. Vol. 723. p. 116. Jan. 1996.

MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. In: DONEDA, Danilo [et al.]. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 61-72.

MENDES, L. Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**, Série IDP - Linha de pesquisa acadêmica. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MENDES, L. Schertel. **Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda**. Direitos Fundamentais e Justiça: **DFJ, Belo Horizonte**, v. 12, n. 39, p. 185-216, jun./dez. 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O *habeas data* brasileiro e sua lei regulamentadora. *Revista da EMERJ*, **Rio de Janeiro**, v. 1, n. 1, p. 16-37, 1998.

NOJIRI, Sérgio. O *habeas data* e o direito à autodeterminação informativa. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Habeas Data**. São Paulo: RT, 1998. p. 356-71.

ORWELL, George. 1984. 16 ed. trad. de Wilson Velloso. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1983.

PARRAGUEZ KOBEC, Luisa; CALDERA, Erick. *Cyber Security and Habeas Data: The Latin American Response to Information Security and Data Protection*. **OASIS**, n.º 24, nov. 2016, p. 109-28. <https://doi.org/10.18601/16577558.n24.07>.

RUARO, R. L.; MOLINARO, Carlos Alberto. Conflito real ou aparente de interesses entre o direito fundamental à proteção de dados pessoais e o livre mercado. In: Regina Linden Ruaro, Carlos Alberto Molinaro e Jose Luis Piñar Mañas. (Org.). **Privacidade e Proteção de Dados Pessoais na Sociedade Digital**. Recife: Editora FI, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: DONEDA, Danilo [et al.]. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 21-60.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TALAMINI, Eduardo. O processo do habeas data: breve exame. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional.** Vol. 10. 2015. p. 1737 – 1749. Ago. 2015.

WARSCHAUER, Mark. *Technology and social inclusion: rethinking the digital divide.* Massachusetts: MIT Press, 2004.