I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

C755
Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Antonio Celso Baeta Minhoto – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-088-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição e Democracia II durante o Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 23 a 30 de junho de 2020, sob o tema geral "Constituição, Cidades e Crises". O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito em parceria com a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ. Trata-se da primeira experiência de encontro virtual do CONPEDI em quase três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Teoria e hermenêutica constitucionais, bem como a história do Direito Constitucional e a filosofia a ela relacionada, como não poderia deixar de ser, também estão presentes nos artigos.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Prof. Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto - Universidade Cruzeiro do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA Business School/Faculdade Arnaldo/Escola Superior Dom Helder Câmara

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Constituição e Democracia II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Filosofia do Direito ou CONPEDI Law Review. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O “CASO HERZOG” - A PROTEÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O HABEAS DATA

THE HERZOG CASE - THE CONTEMPORARY PROTECTION OF THE PERSONALITY RIGHTS AND THE HABEAS DATA

Nilson Tadeu Reis Campos Silva [1]
Antonio Celso Baeta Minhoto [2]

Resumo

Os direitos fundamentais são uma construção permanente, daí se buscar sua identidade como valorização de projeto de sociedade e do ser humano, através do objeto deste estudo, o habeas data, como instrumento qualificado de salvaguarda das informações mais íntimas do indivíduo, Utilizou-se a pesquisa bibliográfica e o Caso Herzog como referência de análise das bases do habeas data.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Direitos da personalidade, Habeas data, Caso herzog

Abstract/Resumen/Résumé

Fundamental rights are a permanent construction, hence seeking its identity as an appreciation of a project of society and the human being, through the object of this study, habeas data, as a qualified instrument for safeguarding the most intimate information of the individual, bibliographic research and the Herzog Case were used as a reference for analyzing the bases of habeas data.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Personality rights, Habeas data, Herzog case

[1] Pós-doutor (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa); Doutor em Direito (ITE-Bauru); Professor Associado (Universidade Estadual de Maringá) e de pós-graduação stricto sensu da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

[2] Doutor em Direito (ITE - Bauru); Coordenador da Pós-Ead Direito da Universidade Cruzeiro do Sul; Professor das Universidades Libre de Bogotá (Colombia) e Municipal de São Caetano do Sul, SP.

INTRODUÇÃO

Aqueles que se dedicam ao estudo da História da Humanidade costumam afirmar que desde o aparecimento do *Homo sapiens* na Terra a sua fragilidade e a necessidade de sobrevivência da espécie o fez um ser gregário cujo lar era o espaço territorial ocupado ou percorrido pelo grupo para a coleta ou caça de seus alimentos.

Alguns pesquisadores defendem ter sido essa primitiva vida comunitária e igualitária tecida por famílias nucleares e monogâmicas, dividas entre nós (o grupo mais próximo) e eles (todos os demais), por considerarem serem esses comportamentos tipicamente humanos – o que explicaria sua adoção ainda hoje pela maioria das culturas (HARARI, 2016, p. 179).

A evolução do ser humano levou-o a idealizar outros tipos de sociedades além das estruturadas pela família nuclear, pela família estendida e pelas pessoas com quem se relacionavam, dentre elas, o Estado. Até a Revolução Industrial, as sociedades humanas estruturadas por esses tipos de famílias e demais pessoas relacionadas a elas, formavam sistemas de saúde, de educação e de bem-estar, sem interferência estatal.

O Estado, por ser uma das mais complexas organizações engendradas pelo homem, tem tido, no fluir da História e em muitos países, uma relação mais conflituosa do que harmônica com o povo que com ele se relaciona, na medida em que o exercício do poder facilmente pode ser arbitrário - em prejuízo dos interesses e direitos do indivíduo.

Desse modo, no século XVIII, o constitucionalismo, amoldado ao pensamento liberal clássico, surge como resistência ao absolutismo, com três objetivos especiais: a) limitação do poder estatal; b) repartição do poder estatal e; c) proteção aos direitos fundamentais (tutela das liberdades públicas).

Obedecendo aos movimentos cíclicos da sociedade humana, as liberdades individuais, todavia, seguiram sofrendo restrições – ou mesmo supressões – notadamente, mas não só, junto aos Estados totalitários, sendo exemplos significativos, a esse respeito, o nazi-fascismo dos anos 20-30 (Itália/Alemanha), o "Estado Novo" (1937-1945) e a "Ditadura Militar" (1964-1985) no Brasil, bem como em Portugal, com um regime tirânico vigorando de 1926 a 1974. Nestes exemplos todos, a arbitrariedade estatal foi marcada por severo controle da informação e cerceamento das liberdades individuais.

Já no quarto final do século XX, Portugal e Brasil experimentam aberturas e encaminhamentos sociais democráticos. A nomeação de "Estado Democrático de Direito" foi adotada em terras portuguesas pela Constituição de 1976 e a mesma qualificação se deu, no

Brasil, na Constituição de 1988, trazendo ambas um catálogo de liberdades públicas, ou direitos fundamentais, que, a rigor, conformam a positivação, nos textos constitucionais, dos direitos humanos (MIRANDA, 2013, p. 16).

Neste conjunto de proteções ao indivíduo e às liberdades públicas, encontra-se o instituto do *habeas data* como ação constitucional de defesa das informações relacionadas ao indivíduo, inserido na Constituição Federal de 1988 por motivação política, uma vez que o Serviço Nacional de Informações (SNI), banco de dados mantido pelo regime militar de exceção, sonegava o acesso ao seu banco de informações até mesmo à envolvida nas informações ali arquivadas, fustigando de modo evidente o direito fundamental à intimidade e dignidade da pessoa humana (BARACHO, 1986, p. 45).

O habeas data foi criado para impedir que as informações a respeito de um cidadão fossem manipuladas contra ele, impedindo-o de trabalhar, de viver ou de exercitar qualquer das suas liberdades civis (SILVA, 2009).

A motivação brasileira para a previsão constitucional do habeas data não elide o fato de ter sido ela inspirada nas legislações europeias e norte-americana que, desde os anos 1970, reconheciam que o direito de acesso a dados pessoais em bancos de entidades governamentais e privadas constitui um direito fundamental reflexo do direito à privacidade.

Por serem os direitos fundamentais uma construção permanente, objetiva-se, aqui, buscar sua identidade como valorização de projeto de sociedade e do ser humano, através do objeto deste estudo, o habeas data, como instrumento qualificado de salvaguarda das informações mais íntimas do indivíduo,

Para tanto, foi utilizada a pesquisa bibliográfica e o Caso Herzog como referência de análise das bases do foco deste estudo, o *habeas data*, de modo especial no âmbito da realidade brasileira, em cotejo com seu papel crucial na proteção aos direitos da personalidade do indivíduo.

1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na Antiguidade, em especial no chamado período clássico da Grécia (VI - IV a. C.) é que pode se encontrar o nascedouro do Direito tal como conhecido hoje, como teoria de um direito natural construída como combate à violência (*hybris).*

No direito romano, considerado o primeiro ordenamento jurídico do mundo ocidental, a Lei das XII Tábuas previa alguns direitos fundamentais mais voltados ao

patrimônio e à família, e ainda assim reservados apenas à sociedade romana, sendo excluídos estrangeiros e plebeus da maioria daquelas proteções.

É na proteção jurídica conferida à pessoa e ao seu domicílio (cuja noção contemporânea não é idêntica) pelo direito romano contra agressões, com a *actio iniuriarium,* que se podem vislumbrar as primeiras formas de tutela dos direitos fundamentais, máxime a dos direitos da personalidade.

Em 1787, nos Estados Unidos da América do Norte foi promulgada a primeira Constituição escrita do mundo, com uma série restrita de artigos, voltada à proteção de alguns direitos fundamentais – como propriedade privada e liberdades, mantendo-se, todavia, a escravidão (que só viria a ser proibida em 1863).

Em 1791 essa Constituição recebeu um conjunto de dez emendas, denominadas "Bill of Rights", nas quais se explicitaram os direitos dos norte-americanos em relação ao seu governo, garantindo direitos e liberdades civis ao indivíduo, tais como liberdade de expressão, imprensa e religião, e foram estabelecidas regras para o devido processo legal, a merecer destaque a nona emenda cujo texto afirma que listar direitos específicos na Constituição não significa que as pessoas não tenham outros direitos que não foram explicitados.

A grande maioria da doutrina que analisa a evolução do reconhecimento dos direitos humanos, contudo, elege como especial marco histórico a Revolução Francesa (1789), mercê de terem sido delineados na Idade Moderna, que à ela sinaliza, os valores da liberdade, igualdade e fraternidade.

A ideia-valor liberdade, que embasa os direitos individuais, seria fruto do Estado Liberal, enquanto que a ideia-valor da igualdade inspiraria os direitos coletivos desde a perspectiva do Estado Social ou Social democrático, e à da fraternidade atribui-se como inspiração a construção de uma nova ordem político-econômica mundial, mais justa e solidária, tendo como titular a própria Humanidade em razão da polaridade que levara à chamada Guerra Fria entre os países do norte e do sul.

Coloca-se, neste momento, a proposta da presente reflexão: questionar se a compreensão da tábua axiológica atual, com a superação daquela tríade histórica francesa, mediante sua ressignificação como liberdade, diversidade e tolerância, não implicaria em emprestar maior assimilação e efetividade dos direitos humanos constitucionalizados na pós-modernidade.

Os direitos humanos vêm se renovando ou se desdobrando em ininterruptas dimensões, servindo a classificação de Thomas Humphrey Marshall como referência para a

compreensão desse desenvolvimento: no século XVIII, os direitos civis; no século XIX, os direitos políticos, e no Século XX os direitos sociais e econômicos (1967, *passim*).

Assim, pode-se dizer que os direitos de primeira dimensão são os civis e políticos, direitos individuais vinculados à liberdade, à igualdade, à segurança, e à resistência às mais variadas formas de opressão (daí serem conhecidas, também, como liberdades negativas clássicas, por exigirem do Estado abstenção e não prestação) e que surgiram no contexto do constitucionalismo político clássico, a tratarem do Estado democrático de direito, da tripartição dos poderes, da soberania popular, e da universalidade dos direitos e garantias fundamentais.

Já os direitos de segunda dimensão são os sociais, econômicos e culturais, fulcrados no princípio da igualdade, como consequência da crise das relações entre capital e trabalho e geradores do Estado do Bem-Estar Social, tendo sido positivados na Constituição brasileira de 1934 por inspiração das Constituições do México de 1917; da alemã de Weimar de 1919, e da espanhola de 1931.

A positivação desses direitos de segunda dimensão, também nominados como liberdades positivas – por imporem ao Estado a prestação de políticas públicas, foi inspirada também pelo Tratado de Versalhes celebrado em 1919 pelas potências europeias envolvidas na Primeira Guerra mundial.

Os direitos de terceira dimensão são direitos de solidariedade: metaindividuais, coletivos e difusos, matizados pelo fato de serem de titularidade de categorias ou grupos de pessoas e não de indivíduos. Nessa terceira dimensão situam-se os direitos que tutelam as novas e específicas formas de subjetividade e, bem assim, a diversidade na maneira de ser em sociedade.

Daí ter-se incluídos nessa visagem os direitos de gênero e os dos grupos vulneráveis: da mulher; da criança; do idoso; das pessoas com deficiência física e mental; e, ainda, os direitos das minorias étnicas, religiosas, sexuais, além dos direitos da personalidade (à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros).

Na quarta dimensão se encontram os mais novos e complexos direitos, de natureza interdisciplinar, referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética, todos com vinculação direta com a vida humana (clonagem, reprodução humana assistida, transplantes de órgãos e tecidos humanos).

Por fim, os direitos de quinta dimensão são, em síntese, o direito à paz em um mundo dominado pelas tecnologias da informação e da realidade virtual da chamada *era digital*, que ainda clamam por institucionalização jurídica eficaz.

Zulmar Fachin e Deise Marcelino da Silva defendem ainda, a existência de direitos de sexta dimensão, derivados do entendimento de ser o acesso à água potável um direito fundamental (2011).

Impende salientar que essa classificação dos direitos, aqui adotada, não implica em considerar tais direitos como sucessivos e historicamente considerados. É uma dinâmica que comporta não somente a concomitância de seus exercícios, mas as dificuldades de sua implementação efetiva nas relações humanas e sociais de um modo geral.

Conclui-se, pois, que o reconhecimento e a materialização dos direitos humanos, exigem a ampliação e renovação de institutos processuais e procedimentais que reordenem o sistema jurídico para propiciar a efetivação dos mesmos, levando em consideração as premissas da liberdade, da diversidade e da tolerância.

2. DO DIREITO À INTIMIDADE

O primeiro registro histórico do reconhecimento jurídico ao direito à intimidade pode ser encontrado, segundo Rita Amaral Cabral (1988, p.15) no século XIV com a crise político-econômica instalada com a decadência do feudalismo no final da Idade Média, com o julgamento na França, em 1384, do Caso I. de S. et uxor v. De S., que condenou o réu à indenizar os proprietários de uma taberna cuja casa fora, na madrugada, golpeada com machado mercê de não terem atendido ao seu desejo de comprar vinho. Neste caso, a proteção à intimidade foi derivada da tutela da propriedade, existente desde a noção do *domus*, reservada à nobreza da Roma Antiga.

O segundo registro ocorreu no século XIX durante a revolução industrial na Inglaterra, no Caso Prince Albert v. Strange, cuja decisão, contrária à Willian Strange, o proibiu por uma *injuction* de imprimir e vender ao público desenhos e gravuras que o Príncipe e sua esposa Rainha Vitória haviam feito para seu exclusivo divertimento (CABRAL, p 15). Por igual, este caso cuidou de proteger a intimidade reflexamente, partindo também da tutela da propriedade, agora sob o prisma específico de bens – os desenhos e gravuras.

A doutrina majoritária afirma que a origem do direito à intimidade da vida privada teve como marco o ano de 1890 nos Estados Unidos da América do Norte, com a publicação do artigo The Right to Privacy (WARREN e BRANDEIS, 1880) na revista Harvard Law Review. Os advogados Samuel Warren e Louis Brandeis desenvolveram no mencionado artigo a tese de que a *Common Law* não se restringia mais apenas à proteção da personalidade física dos indivíduos, tendo evoluído para a tutela dos pensamentos, emoções e sentimentos.

Warren e Brandeis defendem que o princípio fundamental de total proteção da pessoa e de sua propriedade passou a abranger toda forma de posse, intangível e tangível, o que inclui o direito de ser deixado em paz e autoriza o reconhecimento jurídico do valor legal das sensações. Daí, segundo o artigo, a publicação de uma crônica no jornal de Boston na qual se divulgava a lista dos convidados do casamento da filha de Warren e indiscrições da cerimônia, inclusive do jantar, violara a intimidade da vida privada, ensejando direito à indenização.

A tese de Warren e Brandeis foi rejeitada pela Corte de Apelação de Nova York em 1902, no julgamento do Caso Roberson v. Rochester Folding Box Co., em que foi negada a indenização pretendida pela Srª. Roberson pelo uso desautorizado de sua imagem em publicidade de uma determinada marca de farinha, decisão judicial que levou à promulgação de lei no Estado de Nova York proibindo o uso não consentido de imagem ou nome de pessoa para fins publicitários.

Em 1905, o Supremo Tribunal Federal do Estado da Geórgia condenou a Companhia de Seguros New England a indenizar o Sr. Pavescih pelo uso de sua imagem associada a um depoimento que lhe era falsamente atribuído e em que se recomendava ao público a contratação de apólice de seguro. Neste processo, conhecido como Caso Pavesich v. New England Life Insurance Co., foi decidido que fora violado o direito à privacidade (CABRAL, p. 17).

Em 2018 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) submeteu a sua Resolução de 22 de maio de 2014 à Corte Interamericana de Direitos Humanos para que esta determinasse ao Brasil a imediata adoção de medidas necessárias para proteger a vida e a integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade no Complexo Curado (formado pela tríplice divisão do antigo Centro penitenciário Professor Aníbal Bruno, localizado na Ilha de Itamaracá, em Recife, Estado de Pernambuco).

Especificamente no que diz respeito à violação da intimidade pretendia-se eliminar as inspeções vaginais e anais em detrimento dos visitantes, bem como qualquer outra medida que atente contra a vida e a integridade pessoal daqueles.

O Brasil informou à CIDH que o órgão competente, a Secretaria-Executiva de Ressocialização, expressamente proíbe qualquer tipo de revista humilhante ou que atente contra a dignidade do visitante. Entretanto, dentro dos limites da busca pessoal preventiva e sob a condição de ser uma medida excepcional, seria tolerável tal procedimento em benefício do bem comum ainda que não haja suspeita fundada, como ocorre na entrada de estádios por ocasião de grandes eventos esportivos ou culturais.

3. DA TUTELA JURÍDICA DE DADOS

A Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1948, reconheceu o direito à privacidade como um direito fundamental, mas as primeiras legislações que regulamentaram o tema da proteção jurídica de dados privados só surgiram quase duas décadas após, quando já estava avançada a tecnologia computacional – que enfatizou a necessidade de se ter uma legislação específica sobre proteção dos dados dos cidadãos.

Em 1970 foi aprovado o Ato de Proteção de Dados de Hesse (Hessiches Datenschutzgesetz), no Estado de Hesse na Alemanha, e no mesmo ano, em 17 de julho, em França foi promulgada a Lei 70-643, que alterou o art. 9° do Código Civil francês, para introduzir o direito à intimidade da vida privada (proteção que viria a ser complementada, quanto à proteção de dados, pela Lei francesa 78-77, de 06 de janeiro de 1978, conhecida como Informatique et Libertées).

Em 1973 foi editada na Suécia a primeira lei nacional de proteção de dados, Lei 289 de 11 de maio de 1973 (Sw. Datalagen), sendo que essas normas pioneiras eram mais programáticas do que práticas, não regulando, por exemplo, as situações que autorizariam a coleta dos dados pelo interessado.

Mesmo assim, as normas pioneiras sobre proteção de dados provocaram a efervescência do debate em vários países da Europa, sendo que desde 1977 a Alemanha conta com a Lei de proteção de dados (Bundesdatenschutzgesetz), promulgada em 27 de janeiro de 1977 que, com pequenas alterações após a reunificação do país, foi aprovada em 29 de dezembro de 1991 como Lei sobre os Documentos do Serviço Secreto da ex-República Democrática Alemã, o que possibilitou o acesso aos arquivos da Stasi, a polícia secreta da Alemanha Oriental.

A Dinamarca regulamentou a questão da proteção de dados pelas Leis 243 e 244, ambas de 08 de julho de 1978, que estenderam a proteção também para as pessoas jurídicas.

Na Europa, dois países que promulgaram novas Constituições após mudança de regime político, foram pioneiros na inserção das questões relacionadas à informática e a dados privados: Portugal e Espanha.

A Constituição de Portugal de 1977 em seu art. 35 contempla a previsão do direito do cidadão de conhecer os dados que lhe são pertinentes e de que esses dados sejam utilizados

de acordo com a finalidade para o qual foram recolhidos e, ainda, de retificá-los (em caso de erro) e de atualizá-los.

A Constituição da Espanha de 1978 tem a peculiaridade de ter uma regra constitucional determinando a regulamentação da proteção da privacidade contra invasões da atividade informática (art. 18, par. 1º.).

Atualmente, uma expressiva parte dos países europeus possui leis de proteção de dados, incluindo a Áustria, Bélgica, República Checa, Finlândia, Hungria, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda, Suécia, Suíça e Inglaterra.

Após a instalação desse sistema nos países europeus, rapidamente esse direito se expandiu para os países americanos. Inicialmente foi instalado nos Estados Unidos, no ano de 1966 o Freedom of Information Act, sucedido – na esteira das consequências do escândalo conhecido como Caso Watergate – pelo Privacy Act, de 1974, com alterações posteriores pelo Freedom of Information Reform Act, em 1978.

Na América Latina, a proteção de dados pessoais teve seu início e ganhou publicidade na década de 1980, com o processo de redemocratização e a abertura política de diversos países que recentemente tinham se livrado de regimes autoritários. Neste momento histórico, surgiu o *habeas data* com a Constituição Federal de 1988, como reação direta ao passado totalitário do país, sendo de formato único no mundo.

A superação da ditadura e o escasso manuseio do *habeas data* geram a ilusão de sua pouca utilidade nos dias atuais e de ter apenas uma função mítica e redentora de uma sociedade, na dicção de Walter Claudius Rothenburg, anestesiada, o que não justificaria sua instituição – uma vez que o ordenamento jurídico já contava com mecanismos hábeis para a satisfação das pretensões de acesso à informação (1998, p. 373).

Em tempos de direitos da personalidade não é adequado imaginar a restrição ou a extinção de remédios constitucionais. O vetusto *habeas corpus* e o ainda recente *habeas data* estão em xeque na atualidade. O primeiro pela acusação de uso exacerbado, e o segundo pelo seu quase completo desuso na contemporaneidade.

Entretanto, estes "tempos interessantes" são os tempos dos direitos da personalidade e a prudência talvez não recomendem restringir ou extinguir esses poderosos remédios constitucionais. A mutação do tecido social, com o surgimento de novas formas de violação da intimidade e de outros direitos da personalidade, parece apontar para a necessária revitalização dos dois institutos, reposicionando-os como integrantes do núcleo duro da Constituição Federal, e, assim, infensos a quaisquer fórmulas reducionistas ou extintivas, e aprimorando-se a legislação infraconstitucional conexa.

O professor Eduardo Vera-Cruz Pinto pondera que a legislação brasileira sobre cibercrimes corresponde à modernidade que o Brasil acompanha, porém percorre caminho inverso ao da União Européia que resumiu à uma norma legal a questão dos cibercrimes envolvendo proteção às infraestuturas do Estado; redes de transporte, informática, polícias e instituições financeiras. Ainda segundo Vera-Cruz Pinto, a legislação brasileira é centrada mais no aspecto repressivo do que no preventivo, estando ausentes os princípios que devem integrar a interpretação, e previsão de soluções concretas para a questão dos cibercrimes (2011).

4. DO HABEAS DATA NO BRASIL

Os direitos fundamentais no Brasil não começaram a ser tutelados a partir da Constituição de 1988: já na Constituição imperial de 1824 havia proteção à liberdade – mesmo que presente e legitimada a escravidão – à segurança individual e à propriedade. Na Constituição republicana de 1891, foram garantidos os direitos à liberdade religiosa, ampla defesa, habeas corpus e o sufrágio direto para eleições, impedindo-se, todavia, o voto de analfabetos, mendigos e mulheres.

A Constituição brasileira de 1934 foi considerada como avançada para o seu tempo, tutelando institutos importantes como a proteção ao direito adquirido, proibição da prisão por dívidas, assistência judiciária aos necessitados e a obrigatoriedade de comunicação imediata ao juiz competente sobre qualquer prisão ou detenção, proibição do trabalho para menores de 14 anos e do trabalho noturno para menores de 16, estipulou o salário mínimo, o descanso semanal remunerado e a limitação diária de jornada em oito horas.

Essas conquistas foram suprimidas na Constituição brasileira de 1937, máxime pela implantação da Polícia Especial e do Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP), órgão censor de comunicações orais e escritas, inclusive de correspondências, simultânea ao fechamento do Congresso, à nomeação de interventores nos estados federados e ao amplo domínio do Poder Executivo sobre o Judiciário e à criação do Tribunal de Segurança Nacional.

A vigência da Constituição de 1946 fez restaurar os direitos e garantias individuais no Brasil, estabelecendo-se a total liberdade de pensamento, limitando-se a censura apenas a espetáculos e diversões públicas, abolindo-se a pena de morte e a prisão perpétua e introduzindo-se o princípio da inafastabilidade da Justiça.

Na Constituição brasileira de 1967, que incorporou os Atos Institucionais nº 1, nº 2 e nº 3 editados pelo governo militar, cujas regras para sua aprovação pelo Congresso Nacional foram impostas através do Ato Institucional nº 4, manteve-se, ao menos formalmente, as previsões de direitos e garantias individuais, os direitos sociais dos trabalhadores, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos,

Todavia, essas previsões foram desrespeitadas pelo regime autoritário implantado pelos militares, em especial com a edição do Ato Institucional nº 5 em 1968 que estabeleceu a suspensão dos direitos políticos, impôs a censura prévia aos meios de comunicação e às manifestações artísticas; a suspensão do *habeas corpus* para os chamados crimes políticos, e instituiu a pena de morte para crimes contra a segurança nacional, que, com a redação da Emenda Constitucional nº 1 (nominada, por muitos, como Constituição de 1969), vigorou até 1978.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que adotou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, a temática dos direitos fundamentais passou à condição de epicentro das tutelas jurídicas dos indivíduos. Gize-se que o Texto Fundamental brasileiro erigiu os direitos e as garantias constitucionais à condição de cláusula pétrea, insuscetíveis, portanto, de serem modificados até mesmo por emenda à Constituição (art. 60, § 4º, IV).

O *habeas data* foi uma das muitas novidades que adentraram no mundo jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1988, engendrado como natural reação aos "anos de chumbo", época em que dados e informações das pessoas eram usados de forma abusiva e reacionária pelos governantes.

Por isso pode-se afirmar que a gênese desse remédio constitucional advém de a prática governamental anterior à Constituição de 1988 de arquivar sigilosamente, dados relativos à convicção filosófica, política, religiosa e à conduta pessoal dos indivíduos (TEMER, 2014, p. 123).

A arbitrária conduta governamental se prestava a colocar sob suspeição quaisquer pessoas, tornando-as suscetíveis a lesões a seus direitos, sem que lhes fosse dada ciência da existência dessas informações, o que exigiu a criação desse remédio constitucional que foi definido como o direito que assiste a toda pessoa, identificada ou identificável, para tomar conhecimento de dados que possam prejudicá-la de qualquer modo, e requerer sua retificação ou supressão (EDMEKDJIAN e PIZZOLO, 1996, p. 145).

O fato de o habeas data encontrar a sua motivação na sonegação do direito à informação, obstativa do direito ao contraditório, remete às origens históricas do *habeas*

corpus fincadas no devido processo legal, na medida em que se presta a cercear o poder do Estado para garantir a plenitude das liberdades individuais, reconhecendo-se o direito da pessoa de dispor dos próprios dados pessoais do mesmo modo que tem o direito de dispor livremente do seu corpo.

Por isso que o objetivo do habeas data é assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante que existam em bancos de dados de entidades governamentais ou em cadastros de caráter público.

A natureza jurídica do *habeas data* não enfrenta grandes dissensos, sendo vista de forma geral como uma ação constitucional civil, logo, como garantia constitucional instalada no ápice da pirâmide normativa do Brasil. A forma de se fazer valer os direitos protegidos pelo *habeas data* possui basicamente três formatos, o próprio *habeas data;* processo administrativo; ou processo judicial, sendo que, estranhamente, apenas o primeiro tramita sem o manto do segredo de justiça.

Em que pese o habeas data ser uma ação personalíssima, exercitável por pessoas físicas ou jurídicas, brasileiras ou não, a jurisprudência brasileira, corretamente, pacificou a possibilidade de seu manejo também por herdeiros ou cônjuges do titular dos dados.

A legitimação para o manejo de *habeas data* também contra entidades privadas, e contra todo registro ou banco de dados que contenham 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, é inequívoca, pois o registro 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 que deve ser entendido em seu sentido mais amplo, abrangendo tudo que diga respeito ao interessado, seja de modo direto ou indireto, configura, de per si, violação ao direito de privacidade.

A questão da aplicabilidade imediata ou não do *habeas data* foi solucionada no âmbito da Administração Pública Federal por meio de Parecer da Advocacia Geral da União, aprovado do Presidente da República, no qual se adotou a eficácia imediata do instituto, uma vez que a própria Constituição prevê aplicação imediata das normas assecuratórias de direitos e garantias fundamentais.

Mesmo com considerável parte da doutrina brasileira defendendo a tese de desnecessidade de lei para o manejo do *habeas data,* em 1997 foi promulgada a Lei nº 9.507, regulando o direito de acesso a informações e o rito processual do habeas data.

A Lei 9.507/97 criou e impôs um requisito inexistente na Constituição Federal de 1988 como *conditio* temporal da utilização da garantia fundamental do *habeas data*: dez dias

contados do indeferimento ou de falta de resposta nos casos de requerimento de acesso aos dados; e quinze dias no caso de requerimento de retificação não atendido.

Esta exigência de prévia e mal sucedida provocação na via administrativa, não obstante sua inconstitucionalidade flagrante – uma vez que o texto constitucional não restringe a utilização do habeas data, foi acatada tanto pelo Superior Tribunal de Justiça quanto pelo Supremo Tribunal Federal, estando consolidado esse entendimento na Súmula nº 2 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual não será cabível a ação de *habeas data* se não houver a prévia recusa de informações por parte da autoridade administrativa.

A fundamentação dos tribunais superiores brasileiros para legitimar essa restrição ao manejo do *habeas data*, trazida pelo legislador infraconstitucional, reside na economia e da ordem ao procedimento judicial que ela acarreta, daí porque a ação constitucional ficou reservada aos casos em que, seja por insensibilidade ou não do detentor dos dados, seja ele público ou privado, não seja alcançada solução administrativa acerca da lesão aos direitos da privacidade e intimidade.

Os processos judiciais de habeas data, além de serem gratuitos (logo, sem a obrigatoriedade de pagamento de custas processuais), tem tramitação prioritária sobre qualquer outro, exceto os de *habeas corpus* e mandado de segurança, o que, na prática forense brasileira é figurativa, mercê do elevado número de processos existente.

Além dos requisitos previstos no Código de Processo Civil, deverá a petição inicial conter provas de uma das seguintes situações impostas pela Administração Pública: recusa ou decurso de prazo de dez dias sem decisão; ou recusa em retificar ou decurso de prazo de quinze dias sem decisão a respeito.

Percebe-se que o habeas data tem feição mista, uma vez que num primeiro momento, o da ordem de prestar informações se vê sua natureza como mandamental; num segundo momento, quando se ordena a retificação, vislumbra-se a sua natureza como constitutiva.

Soma-se às finalidades do habeas data previstos na Constituição Federal de 1988, uma terceira trazida pela Lei nº 9.507/97, qual seja a da anotação de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável, que esteja *sub judice,* o que só reforça a tese segundo a qual a defesa dos direitos da personalidade ancorada na Constituição e que não só pode ser suprimida mas, também, pode ser ampliada pelo legislador infraconstitucional.

5. DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O CASO HERZOG

Para analisar o contexto dos direitos da personalidade – aqui tratados sem o objetivo

tratadista que o tema certamente comporta – optou-se, nesta pesquisa, pelo caso Herzog como fio condutor de análise, por se entender que neste podem ser vislumbrados aspectos importantes dos direitos da personalidade; da independência do Poder Judiciário; e fornecer subsídios aptos a demonstrar o cabimento e a utilidade do *habeas data*.

Vladimir Herzog, ou simplesmente "Vlado", é personagem central na análise do Brasil dos anos de 1970. Em 1975, estava instalada uma clara disputa, no meio político (e mesmo dentro do governo militar), entre os liberais e os adeptos da "linha dura". O termo liberal aqui é utilizado sentido dos que buscavam um regime menos duro, menos autoritário, menos cruel até, e não dos defensores das bandeiras liberais como livre mercado e Estado mínimo.

O segundo grupo, o da "linha dura", ainda seguia com muita força e, neste embate, o ano de 1975 ficou marcado como mais um capítulo da estratégia de "caça aos comunistas". Ainda que inexistente o risco da luta armada, já totalmente dizimada com a extinção da Guerrilha do Araguaia no início de 1975 (GORENDER, 2003, p.56), houve apenas uma mudança de foco neste procedimento de embate (e também de abate) em face daqueles considerados como inimigos do regime militar. E dentre estes inimigos, o Partido Comunista Brasileiro (PCB) era considerado o foco principal a ser combatido.

Tudo que se relacionasse ao Partido Comunista Brasileiro era alvo de ações dos diversos órgãos governamentais, destacando-se o Destacamento de Operações Internas – Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI). As famigeradas "prisões para averiguação" tomavam espaço cada vez maior e, assim, artistas, estudantes, jornalistas e profissionais liberais identificados como militantes do partido comunista se tornaram uma espécie de alvo preferencial.

Vladimir Herzog era jornalista e desenvolvia na TV Cultura de São Paulo as funções de diretor-geral de jornalismo. O regime militar identificou em Herzog um militante do PCB (muito embora isso jamais tivesse sido comprovado) em especial por um episódio aparentemente menor, mas que teve papel fundamental nos fatos subsequentes.

Em 3 de setembro de 1975, o noticiário do meio-dia da emissora exibiu um documentário inglês de 7 minutos sobre Ho Chi Minh, líder comunista do Vietnã do Norte. Herzog vetou o documentário do telejornal noturno, mas a reportagem repercutiu negativamente no dia seguinte (FREITAS, 2007, p.87). Paulo Markun, também jornalista e colega de trabalho de Herzog na ocasião, declarou que referido documentário "*assumiu ares de provocação*" (MARKUN, 1985, p. 9-10).

Mesmo sabendo de sua eminente prisão, Herzog foi trabalhar normalmente no dia 25

de outubro de 1975 e recebeu a visita dos agentes do DOI-CODI que queriam levá-lo de imediato para prestar esclarecimentos, comprometendo-se a se apresentar-se no dia seguinte. No sábado, dia 26, o jornalista se apresentou e poucas horas depois já estava morto. O regime então vigente adotou e disseminou a versão de que Herzog teria se suicidado "*para não admitir ser agente da KGB e braço direito do governador Paulo Egydio*" (FREITAS, 2007, p.89).

A sua morte provocou grande comoção que teve como ápice o culto ecumênico capitaneado pelo Arcebispo de São Paulo, Dom Paulo Evaristo Arns, realizado na Catedral da Sé em 31 de outubro de 1975, que reuniu 8000 (oito mil) pessoas vigiadas (e depois perseguidas), por cerca de 500 (quinhentos) policiais (JORDÃO, 2010, p.56).

A adoção do caso Herzog como diretriz reflexiva deste estudo deve-se aos seus desdobramentos: como oficialmente Herzog foi considerado um suicida, essa versão jamais foi aceita por sua família e mesmo pela sociedade em geral, o que levou ao ajuizamento de ação declaratória pela viúva e filhos do jornalista morto, que foi julgada procedente por corajosa sentença do juiz federal Marcio José de Moraes em 27 de outubro de 1978, em plena vigência do Ato Institucional 5, na qual foi reconhecido o direito à indenização pelos danos materiais e morais decorrentes da morte não por suicídio, mas provocada pelo Estado (BRASIL, 1978).

A sentença foi confirmada pelo hoje extinto Tribunal Federal de Recursos, que por maioria, lhe negou provimento à apelação interposta (BRASIL, 1984, p. 12-27).

Essa decisão foi um marco na tutela dos direitos da personalidade, pois, ultrapassando a questão da indenização da família de Herzog pelo Estado, por levar à morte um indivíduo submetido à sua custódia, em especial por suas consequências: em 24 de setembro de 2012, o Juiz Estadual Márcio Martins Bonilha Filho acolheu o pedido da viúva Clarice Herzog, formulado através da Comissão Nacional da Verdade, e determinou a retificação do assento de óbito do jornalista para constar que a "morte decorreu de lesões e maus tratos sofridos em dependência do II Exército – SP (DOI-CODI)" (ESTADO DE SÃO PAULO, 2012).

Em 4 de julho de 2018 a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o Caso Herzog e Outros vs. Brasil, decidiu que "os fatos ocorridos contra Vladimir Herzog devem ser considerados como um crime de lesa-humanidade, conforme definido pelo direito internacional" e, também, "considerou o Estado como responsável pela violação ao direito à verdade e à integridade pessoal, em prejuízo dos familiares de Herzog" .

Nesse processo, a defesa estatal, dentre outros argumentos, alegou que os

peticionários junto à Corte não haviam esgotado os recursos disponíveis, em especial o *habeas data.*

Vê-se assim, em conclusão, a base de existência do *habeas data* em um viés extremamente pragmático, veraz, histórico: o direito do indivíduo de ter restaurada a verdade envolvendo seu nome, sua honradez, sua imagem, sua dignidade, sua intimidade, sua, enfim, personalidade num sentido amplo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tradicionalmente, o papel de assegurar o direito de ir e vir e não sofrer constrangimento estatal, ou análogo a tanto, foi desempenhado pelo habeas corpus, mas a proteção do habeas data, mais sofisticada, mais elaborada e nem por isso menos fundamental, parece ser o complemento perfeito ao "toma o teu corpo".

A preservação desses institutos jurídicos é exigência atual do desenvolvimento saudável da prestação jurisdicional no que tange aos direitos da personalidade, matizando essa prestação com a efetividade e a celeridade.

A discussão doutrinária sobre esses remédios constitucionais deve mudar radicalmente de foco, abandonando posturas reducionistas e ou extintivas, voltando-se à busca de outras formas de manuseio do *habeas data* com o objetivo de alcançar o máximo de efetividade jurídica.

Antes de se preconizar o eventual anacronismo do *habeas data*, os tempos líquidos da atualidade exigem sua revitalização, como instrumentos de efetiva tutela contra lesões dos direitos da personalidade no mundo virtual criado pela Internet, e também na esfera do patrimônio genético.

Ao invés de se postular pela restrição à proliferação da utilização de *habeas corpus*, os tempos interessantes da contemporaneidade exigem que a prestação jurisdicional seja voltada a preservar o princípio da dignidade da pessoa humana como germe alimentador das liberdades que aquele remédio tutela.

Direitos da personalidade integram os mais básicos dos direitos fundamentais, compondo o núcleo intangível da Constituição, o que exige ver, nos instrumentos jurídicos voltados à sua tutela efetiva, o mesmo *status* de intangibilidade.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Constitucionalismo**. In Revista de

informação legislativa. V. 23, n. 91, jul./set. Brasília: Senado Federal, 1986.

BRASIL, Tribunal Federal da 3ª. Região. **Ação Declaratória nº 136/76.** Autores: Clarice Herzog, Ivo Herzog e André Herzog. Ré: União Federal. Julgada em 27 de outubro de 1978.

BRASIL. Tribunal Federal da 3ª. Região. 1ª. Turma. **Apelação Cível nº 59.873-SP** – 1ª Turma. Relator Ministro Leitão Krieger. Julgada em 21.06.1983 por maioria. In: Jurisprudência Revista Eletrônica 115. São Paulo: TRF, 1984.

CABRAL. Rita Amaral. **O Direito à intimidade da vida privada.** Breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil. Tipografia Guerra Viseu. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa: Lisboa. 1988.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 2ª. Vara de Registros Públicos**. Pedido de Providências 0046690-64.2012.8.26.0100.**

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino Acesso à Água Potável: direito fundamental de sexta dimensão. 2. ed. Campinas: Millennium, 2011.

FREITAS, Ludmila Sá de. **Momentos da década de 1970 na dramaturgia de Gianfrancesco Guarnieri***:* o "caso Vladimir Herzog" (1975) (re)significado em Ponto de Partida (1976). Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Uberlândia, 2007.

GORENDER, Jacob. **Combate nas trevas.** 6. ed. São Paulo: Ática, 2003.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens** – Uma breve história da humanidade. Trad. Janaína Marcoantonio. 16. ed. Porto Alegre: L&PM, 2016.

JORDÃO, Fernando Pacheco. **Dossiê Herzog:** Prisão, Tortura e Morte no Brasil. São Paulo: Gen, 2010.

MARKUN, Paulo. (Org.). **Vlado:** Retrato da morte de um homem e de uma época. São Paulo: Brasiliense, 1985.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MIRANDA, Jorge. KOSTA, E. Fafft. **As constituições dos estados de língua portuguesa**: uma visão comparativa. Curitiba: Juruá, 2013, p. 16.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Réquiem para o habeas data** (o habeas data e a nova Lei 9.507/97). In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. (Coord.). Habeas data.
São Paulo: RT, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Depoimento prestado em 23 de outubro para o Projeto Memória da Constituint**e (1987-1988). São Paulo: Centro de Estudos de Cultura Contemporânea e Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2009.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

VERA-CRUZ PINTO, Eduardo Augusto Alves**. Os Crimes Ciberneticos no Panorama da Comunidade Européia**. Conferência proferida em 17.08.2011 no Auditório da Seção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil. São Paulo: OAB/SP. 2011.

WARREN, Samuel D., BRANDEIS, Louis D. ***The Right to Privacy***. In Harvard Law Review, v. IV, nº 15, ed. de 15 de dezembro. Cambridge: Harvard Law School,1890.