

CENTRO UNIVERSITÁRIO SOCIESC DE BLUMENAU
BRUNO TOMÉ TEIXEIRA

A EFICÁCIA DA TUTELA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL

BLUMENAU

2021

Bruno Tomé Teixeira

**A EFICÁCIA DA TUTELA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO
BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito de avaliação do Curso de Direito do Centro Universitário Sociesc de Blumenau para obtenção do grau de Bacharel em curso de graduação de Direito.

Professor-orientador: Mayara Pellenz

Blumenau

2021

BRUNO TOMÉ TEIXEIRA

**A EFICÁCIA DA TUTELA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO
BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de título de bacharel no curso de graduação em Direito

Banca examinadora:

Orientador:

Professora Mayara Pellenz
Centro Universitário Sociesc de Blumenau

Co-orientador:

Professora Edivane Brum
Centro Universitário Sociesc de Blumenau

Membro:

Título, nome
Instituição de ensino

Blumenau, 2021

RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso tem o objetivo de verificar se a Lei Geral de Proteção de Dados é eficaz em garantir a plena eficácia da tutela do direito de proteção de dados pessoais, utilizando-se o método indutivo para apresentar ao leitor a narrativa que o autor baseou-se para chegar em sua conclusão, fazendo uso das técnicas de categoria, documental, pesquisa bibliográfica e documental. Ao decorrer da progressão textual, ficou evidente que lei faz o uso do consentimento para assegurar o controle dos titulares de dados em frente a entidades que buscam fazer a coleta desses dados, sendo caracterizado que a mera liberdade de escolha do indivíduo não enseja em seu consentimento pleno, diante de um contexto de big data, significando que a massificação dos fluxos de informações impedem que o titular tenha discernimento total para gerenciar seus dados pessoais, restando concluído que a lei não é totalmente eficaz em garantir a tutela em sua maior medida possível.

Palavras-chave: Direitos de personalidade. Direito à privacidade. Direito de proteção de dados pessoais. Lei Geral de Proteção de Dados.

ABSTRACT

This course conclusion work aims to verify whether the Brazilian General Data Protection Law is effective in ensuring the full effectiveness of the protection of the right to protection of personal data, using the inductive method to present the reader with the narrative that the author based himself to reach his conclusion, making use of the techniques of category, documental, bibliographic and documental research. During the textual progression, it became evident that the law uses consent to ensure the control of data subjects in front of entities that seek to collect such data, characterized as the mere freedom of choice of the individual does not entail their consent full, in a context of big data, meaning that the massification of information flows prevents the holder from having full discretion to manage their personal data, leaving the conclusion that the law is not fully effective in ensuring protection to the greatest extent possible.

Keywords: Brazilian General Data Protection Law. Personality Rights. Right to Privacy. Right to the Protection of Personal Data.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|------|--|
| CC | Código Civil |
| CDC | Código de Defesa do Consumidor |
| GDPR | General Data Protection Regulation (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) |
| LGPD | Lei Geral de Proteção de Dados |
| MCI | Marco Civil da Internet |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 7 |
| 1 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE..... | 9 |
| 1.1 Disposições breves sobre a personalidade..... | 9 |
| 1.2 Classificação dos direitos da personalidade..... | 11 |
| 1.3 Da honra..... | 14 |
| 1.4 Da intimidade e vida privada..... | 15 |
| 1.5 Do nome..... | 16 |
| 1.6 Da imagem..... | 17 |
| 2 A TUTELA DA PRIVACIDADE NA ERA DA INFORMAÇÃO..... | 18 |
| 2.1 Breves aspectos sobre a privacidade no contexto atual..... | 18 |
| 2.2 Aplicabilidade da privacidade dentro do meio digital..... | 20 |
| 2.3 Informação, dados e banco de dados..... | 24 |
| 2.4 "Big Data" e os dados pessoais como um ativo econômico..... | 26 |
| 2.5 Consentimento e os perigos da coleta de dados..... | 29 |
| 3 O ADVENTO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS..... | 32 |
| 3.1 As quatro gerações de legislações específicas..... | 33 |
| 3.2 Princípios da temática de dados pessoais..... | 35 |
| 3.3 Legislação europeia (Convenção 108-GDPR)..... | 36 |
| 3.4 Legislação brasileira (CDC-LGPD)..... | 38 |
| 3.5 Estrutura da Lei Geral de Proteção de Dados..... | 40 |
| 3.6 Ineficácia da autodeterminação informacional..... | 42 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 44 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 46 |

INTRODUÇÃO

A tutela de proteção de dados pessoais é tratada no mundo jurídico como um dos novos desafios para legisladores em caráter mundial. No Brasil, acaba tendo incidência constitucional por englobar elementos de personalidade em seu cerne, contextualizando-os para dentro de um panorama digital, que por ser algo que depende dos avanços tecnológicos para se expandir, acaba recebendo uma importância jurídica grande, visto que a estrutura que delimita os dados pessoais está cada vez mais massificada.

Dessa forma, necessário contextualizar o assunto para dentro do ordenamento jurídico brasileiro, que acaba por ter uma legislação específica para tratar sobre o assunto com a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados. Assim, é essencial analisar se a lei está em conformidade com algum entendimento jurídico marcante sobre o tema, e compreender se suas disposições ensejam na proteção dos dados pessoais de forma absoluta.

Para responder a questão, o presente trabalho de conclusão de curso irá se separar em três capítulos com cada um tendo seu objetivo específico, sendo o primeiro destinado a explorar o que nosso ordenamento jurídico entende sobre os direitos de personalidade; o segundo para aprofundar sobre a temática de privacidade, com a finalidade de demonstrar sua ligação com o direito de dados pessoais, para comprovar sua incidência constitucional e relação com os demais direitos de personalidade; e o último, apresentará como foi evolução da temática de dados pessoais na Europa e no Brasil, relacionando-se conceitualmente para traçar um paralelo com a Lei Geral de Proteção de Dados, que será analisada para encontrar a resposta para o problema. O objetivo central do trabalho é demonstrar se a Lei Geral de Proteção de Dados é eficaz em assegurar a garantia do direito fundamental da proteção de dados pessoais na sua maior medida possível.

O método que será adotado para esta pesquisa será o indutivo¹. As técnicas serão: Categoria², Conceito Operacional³, Pesquisa Bibliográfica⁴ e Documental.

O interesse pela escolha do tema surgiu por ser um assunto de enorme relevância para o mundo jurídico, e com a promulgação da lei específica no Brasil, além das causas da popularização da internet no cotidiano das pessoas e pela incidência da evolução tecnológica, acabou-se atualizando a discussão e trazendo a tona novas questões e desafios a serem discutidos, tornando a discussão em constante evolução, sendo atualmente relevante juridicamente.

¹ “[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral” (PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 205).

² Nas palavras de Pasold (PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 25): “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia”. Grifos originais da obra em estudo.

³ Reitera-se conforme Pasold (PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 37): “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. Grifos originais da obra.

⁴ “[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais” (PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 207).

1 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

O presente capítulo objetiva analisar de que modo o ordenamento jurídico brasileiro compreende os direitos de personalidade, a fim de demonstrar sua importância constitucional e posicionando os resultados legais do tema em discussão.

1.1 Disposições breves sobre a personalidade

A personalidade, conceitua Szaniawski (1993, p. 35/36, apud. DELGADO, 2005, p. 5) que “se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana [...] sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade”, ou seja, recebe sua importância juridicamente por ser o primeiro aspecto que se extrai de uma pessoa.

Assim, compreende-se que esse conjunto é pertencente a uma esfera íntima do homem, como um agrupamento de informações que determinam suas características enquanto uma pessoa única, sendo o todo percebido pelo ordenamento jurídico como um bem.

Nesse sentido, percebe-se que esses caracteres se distinguem entre si, separando-se cada um com uma vertente específica, tendo suas determinações e finalidades, esses, que são considerados, individualmente, pelo ordenamento jurídico como os direitos da personalidade.

O Código Civil traz em seu texto legal um capítulo específico que determina os direitos da personalidade, sendo esses “intransmissíveis e irrenunciáveis”, conforme o Art. 11^o, ou seja, que sua titularidade não pode ser transmitida para outra pessoa, e não há possibilidade de abdicar do direito, com suas exceções.

Amaral (p. 247, apud. MELLO, 2020, p. 74) ensina que os direitos da personalidade se tratam de “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores

¹ Art. 11^o. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária (Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, institui o Código Civil).

essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual” ou seja, a finalidade é tutelar os valores pessoais como um bem jurídico.

Se extrai que esses direitos subjetivos, servem para proteção dos valores da pessoa quanto às suas características vinculadas a personalidade, em outras palavras, aqueles elementos físicos, morais e intelectuais, que protagonizam a persona humana, como a intimidade, a honra, a privacidade, dentre outros.

Ainda, Lotufo (2003, p. 78, apud. MELLO, 2020, p. 75) os enxerga como “o mínimo imprescindível para o ser humano desenvolver-se dignamente”, denota-se a importância desses direitos, visto que nessa visão, proteção da personalidade é fundamental para o desenvolvimento humano.

Sobre a definição de “mínimo imprescindível para o desenvolvimento digno”, entende-se que a tutela desses direitos garantem a pessoa uma forma de proteger sua própria personalidade, algo definido por elementos que tornam a pessoa em algo único e irrepertível.

A compreensão da dignidade incide na moral, sendo determinado ao Estado conceder condições para que as pessoas vivam com dignidade (FERMENTÃO, 2006, p. 243), assim, nota-se necessário a criação de meios de proteção da dignidade, posteriormente se relacionando a personalidade, onde nasceram seus direitos, maneira que, de forma prática, o constituinte designou a proteção de todo o conjunto.

Os titulares desses direitos estão legalmente estipulados pelo Art. 2^o do Código Civil, ou seja, a obtenção da personalidade nascerá com o nascimento da pessoa.

Dessa forma, inicia-se a personalidade com o nascimento com vida da pessoa, considerando que o natimorto não gera expectativa de personalidade e, portanto, não se encaixaria como um titular desse direito (PAMPLONA FILHO e ARAÚJO, 2007, p. 6), sendo os “vivos” que gozarão desses direitos ao decorrer de sua existência.

Portanto, considera-se a personalidade como uma parte inseparável da pessoa, moldada a partir de atributos qualitativos que se referem as peculiaridades

² Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, institui o Código Civil).

de cada um enquanto indivíduo, devendo esses traços serem protegidos pelo Estado como uma forma de garantir uma melhor eficácia do princípio da dignidade humana³ em sua maior medida, estando estipulado legalmente tanto na Constituição como no Código Civil como direitos que visam proteger uma tutela em comum, sendo esses concedidos para aqueles que exercem sua titularidade, nos termos expostos.

1.2 Classificação dos direitos da personalidade

Segundo Schreiber (2013, p. 13), os direitos de personalidade “consistem em atributos essenciais da pessoa humana, cujo reconhecimento jurídico resulta de uma contínua marcha de conquistas históricas”, aquelas qualidades intrínsecas da pessoa.

Destarte, esses direitos possuem suas características específicas, sendo eles agraciados com a oponibilidade erga omnes (MELLO, 2020, p. 77), em sentido que todos seus titulares terão a liberdade de exercitar seus poderes de forma livre, não podendo outros intervirem contra sua gozação. (RIBEIRO, 2021).

Isso significa que possuem um caráter absoluto, não há como contestar sua importância porque estão diretamente relacionados com partes intrínsecas do ser humano, tendo como consequência a abstenção de outros que queiram se opor, reconhecido assim pelo ordenamento jurídico.

Sua extensão será conferida a todos seus titulares que possuírem personalidade, isso significa que o simples fato da existência da pessoa no plano físico já lhe garante a concessão desses direitos, assim, entende-se esse conceito como o da generalidade (MELLO, 2020, p. 77).

O autor Gonçalves (2017, p. 203-205) apontou demais características, explica que esses atributos participam da vida dos indivíduos desde seu nascimento até a morte da pessoa, são considerados como inseparáveis, não existem meios

³ Art. 1º, III da CF: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: - a dignidade da pessoa humana (Constituição Federal de 1988).

onde possa de dispor desses direitos para terceiros, ou mesmo deixar de lhes considerar como pertencentes de si mesmo, identificando assim sua irrenunciabilidade, por não poderem serem abdicados, e intransmissibilidade, não podendo serem transmitidos de um sujeito para outro e, conseqüentemente, a indisponibilidade deles

Todavia, a indisponibilidade não é absoluta, visto que o titular possa ceder sua imagem para fins de comercialização, assim como dispor de seus órgãos para lhes doar para outras pessoas que as necessitem. Assim, frisa-se que a disponibilidade é relativa.

Apesar de existir um rol explicativo entre os Art. 11 e 21 do Código Civil⁴ que os elenca, não existe uma limitação de quantos direitos a personalidade possam passar a serem tutelados, sendo a sua matéria de ilimitada ampliação legal caso seja necessário tal medida.

Imprescritíveis, a falta de utilização do exercício não configura pela sua extinção, assim como não existe um período no espaço-tempo da existência da pessoa onde ela lhe é conferida com os direitos, sendo eles inatos, com seu gozado tendo início junto com a vida.

São também extrapatrimoniais, seu conteúdo bruto não é aferível patrimonialmente, significando que não possuem valor econômico, apenas na ressalva de que seu ferimento poderá gerar sanções que valem certa quantia, ou relativamente dispostos para fins de direitos autorais (VENOSA, 2017. p. 182-183).

Impenhoráveis, acarretada por sua indivisibilidade ao corpo humano, assim, não há como as colocar a disposição de uma possível penhora. Ademais, isso acaba incidindo nos direitos autorais, assim, seus direitos morais jamais poderão ser penhorados (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012. p. 167).

Por fim, em razão desses direitos serem atribuídos no momento do nascimento com vida, são também considerados vitalícios, permeando a pela existência do sujeito do início até o fim da sua vida, havendo previsões até para pós-vida, como os direitos morais do autor, que restam resguardados até certo tempo (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012. p. 168).

⁴ Capítulo específico da Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002 - Código Civil sobre os Direitos da Personalidade, compreendidos entre os Art. 11 até 21.

As vertentes da personalidade irão se diferenciar nessas três categorias, podendo serem físicos (abrange o corpo físico), psíquicos (pertencentes a esfera mental) e morais (correspondente aos valores), onde cada uma estipulará um leque de incidências da tutela (MELLO, 2020, p. 77).

Amaral (2006, apud. MELLO, 2020, p. 79) explica que essas categorias, juntas, justificam a existência de um direito geral de personalidade, um fio condutor que relaciona as três vertentes ao bem jurídico que fora tutelado desde o princípio, o princípio da dignidade da pessoa humana.

O Art. 5º da Constituição estabelece quais são os direitos da personalidade em seu texto legal, sendo eles:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (Constituição Federal de 1988)

Conforme ensina Bittar (2007, p. 23) ao comentar sobre o artigo, denota-se que o próprio dispositivo já faz uma distinção entre os direitos, em seu caput trata-se de delimitar os “direitos do homem”, fundamentais da pessoa natural servindo como “proteção do indivíduo contra o Estado”, sendo eles o direito à vida, à integridade física, à parte do corpo.

Já no inciso “X” do mesmo artigo, estão elencados direitos da personalidade sob a perspectiva da relação interativa entre particulares, como uma “proteção contra os homens” (BITTAR, 2007, p. 23) incluindo os direitos: à honra; ao nome; à própria imagem; à liberdade de manifestação de pensamento, entre outros lembrados pelo autor.

Assim, com o objetivo de relacionar e dar enfoque a raiz do problema, necessário destrinchar o que se entende referente aos direitos da personalidade entre particulares.

1.3 Da honra

Sobre a honra, Dantas extrai de um ensinamento de Schopenhauer (1913. p. 68. apud. DANTAS, 2012) que diz que a honra vai ser sacramentada com o fruto criado entre a relação de que é subjetivo, o que pessoa capta como sua dignidade própria, e uma interferência externa, como uma aceitação social, esse sendo o caráter objetivo.

Portanto, percebe-se que nasce entre uma relação entre o próprio sentimento interno da pessoa quanto sua dignidade, e uma aprovação social sobre o mesmo conteúdo, no sentido de que este atributo deve estar em harmonia com o que a sociedade entende como correto.

Visa-se então que existe um interesse coletivo pela apreciação da honra, sendo algo entranhado a própria personalidade do homem, gerado a partir de um relacionamento a uma concepção interna na esfera mental pessoal e a moralidade externa abrangida pela sociedade.

Acrescentando a definição, Nelson Rosenvald e Cristiano Farias (2008. p. 149. apud. DANTAS, 2012) acreditam que “honra é a soma dos conceitos positivos que cada pessoa goza na vida em sociedade” abrangendo seu conceito a um caráter de generalidade.

Interpreta-se então que esses conceitos positivos seriam quaisquer aspectos positivos que beneficiam a um gozo pessoal, elementos que juntos reforçam o fortalecimento de uma vivência digna, concretizando-os ao conviver com outros indivíduos no cotidiano.

Por conseguinte, reconhece-se a honra como uma maneira de apreciação da dignidade, fundamentado a partir de um coletivo moral, tanto por parte íntima quanto alienígena, que permite seu titular a viver de forma íntegra, com as pessoas a seu redor respeitando a existência do direito.

1.4 Da intimidade e vida privada

Primeiramente, importante ressaltar que a intimidade e a vida privada são tratadas em diversos entendimentos doutrinários como sinônimos, onde há a mesma finalidade e mesmo bem protegido por ambos direitos, podendo então, serem analisados em conjunto.

Lorenzetti conceitua a intimidade e vida privada como “uma esfera íntima da pessoa, na qual a conduta do sujeito ou sua família não influencia sobre os demais e os demais podem influenciar sobre ela” (1980, apud. ROBL FILHO, 2006), onde verifica-se que a extensividade engloba seus familiares.

Assim, a intimidade e vida privada apresentam-se como um lugar particular da pessoa, uma zona confortável onde há a possibilidade de guardar seus segredos e demais informações, com o isolamento perante a outros indivíduos para apreciar de sua privação social.

Neste ponto, os autores Mendes, Branco e Coelho (2009. p. 420) acabam distinguindo a vida privada da intimidade, sendo a primeira de ensejo mais amplo, conseqüente a relações de maneira geral, quanto o segundo sendo mais discreto, algo interpessoal, abrangendo portanto à família e pessoas próximas.

Sendo assim, constata-se então conceitualmente que, apesar de não haver uma definição sobre a temática, está claro que ambos direitos consistem em algo em comum que seria a proteção daquilo do que se considera íntimo, podendo ser de caráter mais amplo ou algo delimitado apenas ao sujeito e seus vínculos muito próximos.

1.5 Do nome

O direito ao nome, proveniente do Pacto de São José da Costa Rica e agregado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 678/1992, atualmente estipulado pelos Art. 16 e 19 da Código Civil que os define como:

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome. (Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, institui o Código Civil).

Para Lôbo (2021), seria “o direito a ser identificado por símbolos e signos, principalmente o de ter nome”, também reconhecido como o direito à identidade pessoal, ou seja, serve para suprir a única finalidade de detectar uma pessoa, por seu nome enquanto indivíduo e de sua origem familiar, caracterizado pelo sobrenome.

Assim, concebe-se que o nome da pessoa seria um distintivo que torna explícita a individualidade da pessoa (GAGLIANPO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 189), ou seja, determinando como alguém na seara familiar e na sociedade, um meio na qual lhe será percebido pelos demais

Logo, o nome surge como uma forma de determinante de individualidade, determinando o nome da pessoa própria, na qual lhe representará na sociedade, assim como protegerá seu sobrenome, oriundo de raízes familiares, sendo esses percebidos aos olhos sociais.

1.6 Da imagem

A imagem está disposta pelo inciso X do Art. 5º como um direito da personalidade autônomo (subcapítulo 1.2). Também, é previsto pelo Art. 20 do CC, estipulando o seguinte:

Art. 20 [...] a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas [...] se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, institui o Código Civil).

Lôbo (2021) conceitua a imagem como “toda forma de reprodução da figura humana” assim, extrai-se que a importância dada é referente ao retrato visual da pessoa, aquilo que lhe representa fisicamente de forma estética, lhe individualizando materialmente.

Sua constituição então seria de uma representação plástica do exterior da pessoa, podendo ser distinguida entre a imagem-retrato, onde seria o elemento físico reconhecido, e a imagem-atributo, correspondente a perspectiva social sobre esse aspecto. (GAGLIANPO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 187).

Por fim, então designa-se a imagem da pessoa como um distintivo visual plástico da pessoa, elementos que determinam sua representação material no plano físico, que pode ser diferenciado em duas perspectivas diferentes como seu retrato visual em si e a visão postulada pelos outros socialmente.

Reunidos todos os elementos necessários, tendo explorado os direitos de personalidade quanto suas especificações, está estruturado todo a base necessária para o início do aprofundamento da temática de privacidade, sendo fundamental para o entendimento do direito de dados pessoais.

2 A TUTELA DA PRIVACIDADE NA ERA DA INFORMAÇÃO

O presente capítulo objetiva aprofundar sobre a temática de privacidade, com o enfoque principal em sua aplicabilidade no contexto digital, assim como para descobrir de que forma o instituto acaba-se interligando com o direito de proteção de dados pessoais, e para averiguar quais os perigos ofertados a tutela nesse contexto.

2.1 Breves aspectos sobre a privacidade no contexto atual

A privacidade, prevista no Artº 5º, X na Constituição Federal¹, pode ser vista como um englobamento daquelas informações de cunho íntimo que o indivíduo não tem interesse de expor, assim como aquilo que se é preservado e compartilhado de forma seletiva e muito exclusiva. Segundo Paulo José Costa Jr (2007, p. 31), “todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem de domínio público” sendo, portanto, configurado como uma representação da particularidade.

Como entende Blum (2018, p. 26), pode-se dizer que existe uma esfera da vida privada, que para sua concretude utiliza-se de elementos fundamentais a sua estrutura, como o "segredo" e a "intimidade", ou seja, aquilo que se é compartilhado para poucos e o que é guardado pelo possuidor das respectivas informações. Neste contexto, fica claro que a privacidade é mais abrangente do que ambos elementos que a tipificam, podendo dizer-se que, por utilizar-se do segredo, ganha a liberdade de controle ao indivíduo, visto que em seu cerne, contém a possibilidade de gerir o quão apto estará a expor de sua privacidade.

Conforme explicado acima, é importante pontuar, portanto, que o indivíduo agraciado com a privacidade, gozará com a liberdade de restringir o acesso às respectivas informações da qual não tem interesse em particular, configurando-se

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (Constituição Federal de 1988).

como o elemento da intimidade. Assim, também terá a possibilidade de dispor da restrição para outros indivíduos de sua escolha, com o elemento do segredo, que ao serem englobados de forma conjunta, definem, conceitualmente, a privacidade.

Segundo Mendes (2014, p. 29), a privacidade conceitualmente mudou-se de dimensão em frente aos avanços tecnológicos, surgindo como um meio de proteção a liberdade do indivíduo de controlar suas próprias informações. Dessa forma, verificado que existe uma alteração do bem jurídico, expandindo-se e criando a possibilidade do nascimento de outros direitos, seria a evolução da privacidade o gerador do direito de proteção de dados pessoais? Nesse sentido, a autora deixa claro que a tutela dos dados pessoais são uma projeção da personalidade do indivíduo, compreendido em suas diversas modalidades.

Pode-se dizer que ambos autores coincidem-se da mesma premissa que a privacidade, tratando-se de sua modelagem atual, funciona como um direito de liberdade de compartilhar suas informações guardadas na esfera íntima. Conforme mencionado pela autora Mendes (2014, p. 29), “passou a ser considerado uma garantia de controle do indivíduo sobre as próprias informações e um pressuposto para qualquer regime democrático”, portanto, tem como finalidade a proteção dessas informações, utilizando do consentimento de seu proprietário como meio de tornar-se eficaz.

Diante desse entendimento, verifica-se que a projeção de personalidade em grau evolutivo, tratará da busca da garantia da proteção dessas informações só que por outros meios, largando um pouco do íntimo e aplicando o mesmo conceito em um meio de alta troca de informações, como por exemplo, a privacidade no contexto da internet. Essas informações se tornarão dados pessoais, partículas virtuais que representam elementos da personalidade do indivíduo de maneira digital, e a tutela agora será a proteção desses dados, como será melhor analisado e comprovado posteriormente.

De acordo com Doneda (2020, p. 41):

A necessidade de funcionalização da proteção da privacidade fez, portanto, com que ela desse origem a uma disciplina de proteção de dados pessoais, que compreende em sua gênese pressupostos ontológicos muito similares aos da própria proteção da privacidade: pode-se dizer que a proteção de dados pessoais é a sua “continuação por outros meios”. Ao realizar essa

continuidade, porém, a proteção de dados pessoais assume a tarefa de abordar uma série de interesses cuja magnitude aumenta consideravelmente na sociedade pós-industrial e acaba, por isso, assumindo uma série de características próprias [...] Daí a necessidade de superar a ordem conceitual pela qual o direito à privacidade era limitado por uma tutela de índole patrimonialista, e de estabelecer novos mecanismos e mesmo institutos para possibilitar a efetiva tutela dos interesses da pessoa.

O autor deixa claro que a proteção da privacidade tem como consequência a criação do direito de proteção de dados pessoais. Esse é o motivo pelo qual é importante frisar esse ponto, uma vez que verificado um novo direito, que busca a tutela do mesmo bem jurídico em um contexto contemporâneo e em outros meios, necessários novos dispositivos, ajustar a legislação para melhor eficácia da proteção desses dados.

Conforme exposto, compreende-se que o direito à privacidade no contexto atual está ligado com o controle do indivíduo em gerir informações contidas em segredo por si mesmo, e que quando projetado no contexto digital, acaba por projetar um novo paradigma em seu conceito, cuja proteção se dará por outros meios, por um novo direito, à proteção de dados pessoais.

2.2 Aplicabilidade da privacidade dentro do meio digital

Os avanços no desenvolvimento tecnológico, com o aumento na facilidade de acesso por parte da sociedade, estão cada vez mais evidentes na vida das pessoas. Com isso, houve grande impacto no mundo jurídico, principalmente ao que se concerne sobre a privacidade. A nova dimensão de troca de informações ampliou a proporção dos perigos ofertados ao bem jurídico, tornando a esfera privada cada vez mais distante de ser protegida. (MACHADO, 2018, p. 46).

Nesse sentido, assegura a autora (MACHADO, 2018, p. 46-47) que a privacidade deixou de lado seu viés individualista e passou-se a ter caráter de controle do uso de informações, dando possibilidade do indivíduo de administrá-las, dando um novo aspecto para a tutela da privacidade, garantindo sua proteção nesse

contexto de alta troca de informações. Assim, tornando a questão muito relevante dentro do contexto social em que vivemos.

Dessa forma, considera-se que o tratamento da tutela da privacidade em frente ao novo paradigma tecnológico teve que ser ajustado para abranger a proteção de demais elementos da personalidade, visto que tornou-se muito fácil ter acesso a informações pessoais de uma pessoa, como sua imagem, nome, pensamentos, interesses, dentre demais outros, chegando em um ponto de exposição que até o mesmo proprietário não detém mais o controle, sendo necessário uma expansão da privacidade para adaptá-la a algo novo.

Os autores Araujo e Cavalheiro (2014, p. 221) deixam claro que a novidade seria a internet, nesse novo contexto, a privacidade acabou-se fundindo com a matéria dos dados pessoais, no sentido de que informações que constem incidência de caráter de personalidade agora estão facilmente expostas em sites, na qual são representadas por meio de dados virtuais, que são normalmente dispostos de seus proprietários em troca de algum tipo de serviço, podendo ter sua esfera íntima lesionada, caso coletados sem seu consentimento.

Portanto, como determinam os autores, agora a tutela da privacidade está interligada com a temática de dados pessoais, o que ampliou a abrangência do conceito para também proteção de demais elementos da propriedade, considerando que todos eles possam ser expostos na internet em um componente chamado dados, uma representação visual dessas características intrínsecas do homem por meio virtual. Corroborando com a ideia, define Machado (2018, p. 48) que “um dos aspectos do direito à privacidade, se refere especificamente à proteção dos dados pessoais, concedendo ao indivíduo o direito de controlar as suas informações pessoais”.

A tutela da privacidade para ser alcançada depende do controle de informações pelo indivíduo, nesse novo contexto tecnológico, tendo como consequência a interligação com a proteção de dados pessoais. Está prevista internacionalmente em legislações de caráter mundial, tendo como consequência a criação de novos princípios como a autodeterminação informativa e possibilidade o tratamento de dados pessoais, que serão explorados posteriormente.

Conforme Doneda (2020, p. 163-164):

A temática da privacidade passou a se estruturar em torno da informação e, especificamente, dos dados pessoais. Esta guinada, que plasmou o próprio conteúdo do termo privacidade, pode ser verificada com clareza nas construções legislativas e jurisprudenciais sobre o tema nos últimos 40 anos, nas quais algumas referências mais significativas passam pela concepção de uma *informational privacy* nos Estados Unidos, cujo “núcleo duro” é composto pelo direito de acesso a dados armazenados por órgãos públicos e também pela disciplina das instituições de proteção de crédito; assim como a autodeterminação informativa estabelecida pelo Tribunal Constitucional alemão e a Diretiva 95/46/CE da União Europeia, com todas as suas consequências.

O autor deixa claro na citação acima que o foco da tutela da proteção de dados pessoais tem o mesmo objetivo que a da privacidade no contexto apresentado, que é a proteção de informações. Deixando evidente que tal entendimento já é estabelecido mundialmente a décadas, preocupando-se inicialmente com a administração desses dados por parte do Estado.

Destarte, a tutela da proteção de dados funciona como um meio de garantir a eficácia de propostas da privacidade, como explica Doneda (2020, p. 164-165).

Mediante a proteção de dados pessoais, garantias a princípio relacionadas com a privacidade passam a ser vistas em uma ótica mais abrangente, pela qual outros interesses devem ser considerados, abrangendo as diversas formas de controle tornadas possíveis com o tratamento de dados pessoais [...] a privacidade passa a desempenhar funções essenciais, seja para o indivíduo, seja para a sociedade: a garantia da tolerância e da liberdade de opinião, de associação e de religião; a garantia da livre pesquisa científica; a garantia da lisura do próprio processo eleitoral, e tantos outros quanto possamos descrever em uma sucessão de hipóteses.

Por conseguinte, analisando a ideia geral passada pelo autor, a privacidade passou-se a ter um caráter amplo, não se limitando ao indivíduo, mas também a sociedade. Nesse contexto virtual, traz a possibilidade de exercer liberdades individuais em uma plataforma compartilhada, significando que todos os participantes dessa rede terão garantias de liberdade. Para que isso seja possível, é necessário a presença de dois elementos imprescindíveis, o tratamento de dados pessoais e a autodeterminação informativa.

Todavia, sob essa perspectiva, importante enxergar a proteção de dados não como um meio de atalho da privacidade, mas como um direito pleno, separado, como verifica Bioni (2019, p. 100):

Seria contraproducente e até mesmo incoerente pensar a proteção de dados pessoais somente sob as lentes do direito à privacidade. O eixo da privacidade está ligado ao controle de informações pessoais do que seja algo íntimo ou privado do sujeito. A proteção dos dados pessoais não se satisfaz com tal técnica normativa, uma vez que a informação pode estar sob a esfera pública, discutindo-se, apenas, a sua exatidão, por exemplo.

Consequentemente, a matéria dos dados pessoais, apesar de funcionarem como garantia de alguns pressupostos da privacidade, é muito mais ampla e abrange outras questões de forma específica, podendo ser considerado como uma espécie de novo direito da personalidade, tendo a relevância necessária para receber caráter pleno e próprio. (BIONI, 2019, p. 100).

Pode-se dizer que a tutela dos dados pessoais tem incidência constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, levando em conta que como exposto até então, se verificado como uma forma de extensão de personalidade por meio virtual, já seria o suficiente para ser categorizado dessa forma, por exemplo, se você publicar uma imagem sua na internet, essa será quantificada e replicada virtualmente por meio de dados, e nesse processo, você dispôs uma parcela de sua privacidade para expor-lhe nessa rede compartilhada, sendo tanto a privacidade como a imagem protegidas constitucionalmente. Assim, entende Doneda (2020, p. 267) que: “Tal operação, se bastaria para abarcar a disciplina sob a égide constitucional, acaba por simplificar demasiadamente os fundamentos da tutela de dados pessoais”.

Concluindo a ideia, Machado (2017, p. 45-46) define a existência do direito de proteção de dados pessoais como constitucional em nosso ordenamento, além de ser previsto de forma parcial em legislações, dizendo que:

A proteção de dados pessoais decorre da tutela da privacidade, protegida em conjunto com a intimidade, no art. 5º, X da Constituição brasileira [...] além da previsão constitucional existente no que se refere a dados, há diversas disposições esparsas, que podem ser encontradas no âmbito do direito civil, do direito processual e no direito penal, bem como disposições de perfil comercial e tributário.

Por todas essas razões, conclui-se que o surgimento da internet foi um grande catalisador de mudanças no mundo jurídico, pontuando que a privacidade,

vista conceitualmente como um englobamento da intimidade da pessoa junto a esfera de segredo do indivíduo, mas que quando ajustada para o contexto digital, atua de forma diferente, a garantia da intimidade passa-se a ser alcançada pela possibilidade de controle de informações pessoais por parte de seu proprietário, essas que são representadas nesse meio por meio de dados, causando, portanto, uma ligação entre o direito da privacidade e o direito de proteção de dados pessoais.

Em consequência, essa conexão entre os direitos concede a tutela de dados pessoais caráter constitucional, sendo uma extensão da personalidade do homem por meio digital. Porém, sua matéria não limita-se aos elementos da privacidade, tendo sua própria finalidade.

2.3 Informação, dados e banco de dados

Para compreender exatamente o que entende-se sobre a tutela de dados pessoais, necessário desmembrar sua estrutura em elementos que personificam sua relação com o direito, em uma ligação entre os consumidores e suas informações pessoais no contexto virtual. Nesse sentido, aspectos como a diferenciação entre dado e informação são importantes de pontuar, assim como o significado de banco de dados e sua importância para caracterizar um novo direito.

Como ensina Bioni (2019, p. 31), dados e informação não se tratam da mesma coisa, na verdade, dado seria uma representação-base para qual a informação se permeia, um veículo que, por si só, não agrega nenhum conhecimento, funcionando apenas como uma espécie de molde para guarnecer uma informação, o que acaba gerando um interesse econômico em sua posse.

O autor, para esclarecer melhor a ideia, utiliza o exemplo de uma loja que, teoricamente, faz um balanço de informações de quais produtos de sua loja estão sendo mais vendidos, o que levou-se a obter a resposta de quais tipos de produtos atraem mais os consumidores. Nesse cenário, o dono da loja adquiriu um conhecimento sobre seus clientes, garantindo a possibilidade de criar estratégias de

venda para atender a tendência descoberta. Isso, demonstra a importância da informação no mercado.

Conforme explicado acima, verifica-se então que dado trata-se de um compacto que possui a finalidade de possibilitar a veiculação de algum conhecimento em meios que não necessariamente precisam ser físicos, não tendo nenhum valor econômico quando visto em sua forma bruta, mas que ganha importância quando englobado com alguma informação, garantindo a possibilidade de processá-la e replicá-la virtualmente, caracterizando, por conseguinte, sua aplicação na internet.

Isso significa que os avanços tecnológicos contribuem com a propagação dessas informações, ampliando-as seu acesso perante a sociedade. Segundo Mendes (2004, p. 89), “tais tecnologias permitem não apenas o armazenamento de todas essas informações em bancos de dados de consumo, como também possibilitam o refinamento desses dados e a sua rápida circulação na sociedade.”.

Assim, a autora deixa claro que o advento da internet, sendo uma rede de grande acesso por parte da população nos dias de hoje, sacramentou na possibilidade de disseminar dados em um grau nunca antes visto, o que significa na popularização de troca de informações, chamando a atenção do mercado.

Os agentes do mercado, para extrair o valor comercial de uma informação, utilizam de um sistema de armazenamento de dados para analisá-los de forma organizada e conjunta, a fim de encontrar alguma tendência de valorização de suas vendas de produtos. Como explica Bioni (2019, p. 31), administrar a coleta de informações contidas em dados tem suma importância comercial.

Por esse ângulo, define Mendes (2014, p. 88-89) que: “as empresas adquirem a capacidade de ofertar produtos especializados [...] em função do mercado e do consumidor, bem como de direcionar-lhe a sua publicidade”, ou seja, o conhecimento acerca da informação sobre os interesses do consumidor, concede o poder às empresas de redirecionar esses interesses para produtos ofertados de forma oportuna, que melhor encaixem as demandas do cliente.

Isso terá grande importância na tutela sobre dados pessoais, por conta que a extração dessas informações, cujas podem ter cunho pessoal, versarão uma discussão acerca dos limites de consentimento, visto que sem a inclusão de

barreiras, as empresas poderiam coletar quaisquer dados de seus consumidores, sem precisar do conhecimento deles sobre o que está sendo extraído e por qual motivo, não respeitando, em sua essência, a esfera íntima do indivíduo, como sua liberdade de dispor de sua exposição.

À vista disso, conclui Mendes que (2014, p. 92):

Entende-se que esses riscos consistem tanto na diminuição da autonomia do consumidor como no risco de ser discriminado no mercado de consumo. Primeiramente, a vigilância de todos os seus comportamentos pelas empresas enseja a perda de controle sobre as suas informações que circulam na sociedade, pois se o consumidor não consegue determinar quais informações sobre si são conhecidas na sociedade e podem ser utilizadas para a tomada de decisões que influenciem a sua vida, ele terá a sua capacidade de autodeterminação reduzida.

Fica claro pela citação acima que o foco do problema está concentrado na diminuição da participação do consumidor no controle de suas próprias informações. Em um cenário onde existe coleta de informações sem o devido consentimento, o indivíduo doaria elementos de sua personalidade sem seu conhecimento, considerando que os dados podem conter informações que existem apenas em um campo íntimo, como seus gostos, opiniões, relacionamentos, registros civis, etc.

Fica evidente, diante desse quadro, que existe a necessidade de dispositivos que ensejam medidas de controle do consumidor para se proteger de agentes que coletam suas informações, com a inclusão de barreiras limitadoras para prevenir o alcance não desejado de conhecimento de informações que permeiam sobre a esfera íntima do indivíduo, nas quais não pretende as expor, sem o devido consentimento.

2.4 "Big Data" e os dados pessoais como um ativo econômico

O Big Data tem grande importância para dar objetivo a tutela dos dados pessoais, sendo necessário seu esclarecimento para compreender totalmente o direito. Como extraíram Cervantes e Rodrigues do entendimento de Hijmans, definiram que “este viabiliza previsões sem precedentes sobre a vida privada e

deslocam ou fortalecem o poder daqueles que detêm as informações” (HIJMANS, 2016, apud. CERVANTES e RODRIGUES, 2020, p. 95), ou seja, funciona como um periscópio da esfera íntima individual ou social, em sentido que o detentor desses dados poderá prever tendências, embasando-se das informações pessoais contraídas, garantindo-lhe uma posição de poder.

A expressão "Big Data" é utilizada para descrever um conjunto de dados em uma quantidade tão exorbitante que não são passíveis de serem captados por meio de bancos de dados tradicionais, sendo, portanto, um novo nível de dimensão de informações. Suas características são definidas pelos chamados 6 V's: volume, velocidade, variedade, valor, veracidade e validação (BAGNOLI, 2017, apud. CERVANTES e RODRIGUES, 2020, p. 95).

Mas o que realmente é importante identificar, é que por conter uma grande coleção de informações, acaba por gerar interesse das empresas em praticar estratégias de minorar essa big data, ou seja, adquirir uma enorme quantidade de dados, de forma rápida, variada, que contenham informações relevantes para o respectivo propósito, tudo com a finalidade de aumentar sua projeção em comparação a outras empresas, visto que o conteúdo desses dados garantem a possibilidade de prever de forma mais eficaz às tendências do mercado, por conta que terão visibilidade total do interesse de seus clientes, podendo-se moldar a eles ou, incentivando que eles se adaptam ao produto que desejam vender.

E a forma que as empresas irão a minorar big data poderá ocorrer, em um exemplo dado por Cunha e Rodrigues (2019, p. 45), por meio do oferecimento de serviços grátis, cujo para adquiri-las, o consumidor tenha que dispor de seus dados e preferências, ou seja, uma troca de favores, mesmo que de forma oculta e implícita, porque o fornecedor não precisa ser claro sobre sua real intenção.

Dessa forma, a posse desses dados projetarão relevância comercial para a empresa que as obteve. Como explica Monteiro (2017, p. 31): “a exploração de big data pode contribuir para melhorar a eficiência de processos produtivos, prever tendências de mercado e reforçar a segmentação de consumidores por meio de publicidade dirigida e ofertas personalizadas”, ou seja, a mineração desses dados concede uma vantagem comercial, dando uma maior visão sobre o mercado.

A importância desse entendimento acerca do big data serve para demonstrar, de forma breve, de que forma os dados pessoais passaram a ser entendidos como um ativo econômico, em sentido que com a virtualização da informação, abriu-se novas fronteiras para promoção de produtos, considerando que em uma rede compartilhada e interligada por toda a sociedade, está cada vez mais acessível a veiculação de informações entre as pessoas, levando os fornecedores a se beneficiarem da situação, encontrando novas soluções trazidas pela tecnologia para propagar seus bens de consumo.

Nesse sentido, define Bioni (2019, p. 41):

Os dados pessoais dos consumidores revelaram-se igualmente como um elemento crítico para a promoção dos bens de consumo. O caráter estandardizado da abordagem publicitária sofreu um processo de mitigação, pelo qual a publicidade pôde ser direcionada, especialmente no ambiente on-line, com base nas preferências do sujeito final da cadeia. E, com o avanço tecnológico, permitiu-se a criação de perfis cada vez mais intrusivos sobre o potencial consumidor, monitorando-se constantemente o seu comportamento, a ponto de inferir, até mesmo, o seu estado emocional para correlacioná-lo à mensagem publicitária. Qualquer perspectiva regulatória para a proteção dos dados pessoais deve levar em consideração o quadro acima descrito, a existência de uma “economia de vigilância”. Tal diagnóstico deságua em estratégias regulatórias complementares que são, por um lado, o empoderamento do indivíduo para exercer um controle significativo sobre seus dados pessoais.

O autor deixa claro que o presente cenário da utilização de dados como ativo na economia gera uma instabilidade na segurança do consumidor, vulgo proprietário dessas informações, porque as empresas usarão estratégias de alto monitoramento sobre seu comportamento em ambiente online, para coletar o máximo de dados possíveis sobre esse indivíduo, para assim, ao compreender seus interesses, poderão promover seus produtos de maneira que melhor atenda aos gostos do cliente, garantindo um posto de vigilante comercial, podendo encontrar certos padrões e tendências para se adaptarem e gerarem mais lucro.

Sendo assim, conforme verificado, entende-se necessário a existência de políticas de vigilância sobre essas empresas, ou garantir um maior controle desses dados por parte dos consumidores, haja vista que nesse cenário, não há prever se a coleta de dados vem ocorrendo de forma que não prejudique o indivíduo, considerando que eles podem vir a conter informações pessoais nas quais o

proprietário não deseja as expor, a privacidade nunca esteve tão difícil de ser alcançada. Assim, acerca dessa discussão e de diversas outras infinitas hipóteses sobre o tema, que não serão abordadas, o ordenamento jurídico se ajustou para garantir uma maior eficácia a tutela dos dados pessoais, já tendo incidência na brasileira, como se verá.

2.5 Consentimento e os perigos da coleta de dados

O consentimento é tratado como um elemento de justificativa para legitimar a possibilidade de proteção de dados pessoais, sendo o elemento-chave que as entidades públicas e privadas buscarão obter para praticar atividades que lhes interessem utilizando os dados da pessoa que consentiu com sua coleta (MENDES e FONSECA, 2020, p. 513). Tendo isso em mente, a busca pelo consentimento é sempre tentada da forma mais adequada? O indivíduo tem controle dessas informações? Ele tem ciência do contexto do big data?

Com enfoque nessas questões, os autores Mendes e Fonseca (2020) apontam pela existência de três “insuficiências do paradigma do consentimento” que expõem a situação de risco do indivíduo em frente ao contexto de coleta de dados, onde clarificam que não há concretude acerca da proteção às suas informações.

A primeira delas refere-se a limitação do titular dos dados de conceber os riscos e prejuízos ofertados ao dispor de seu consentimento, em troca de adquirir algum serviço on-line, a título de exemplo (p. 514), ficando claro que pela posição dos autores, o titular nem sempre é capaz de compreender a dimensão dos danos que podem vir a ser causados a si mesmo nesse contexto tecnológico ao qual está inserido, cedendo suas informações sem saber ao certo para onde elas irão, e para que serão usadas.

Já a segunda aponta pela discrepância de equilíbrio na relação entre o titular dos dados e as respectivas entidades que buscam coletá-los, considerando que muitas vezes os termos de privacidade e política são feitos para dificultar sua compressão, com letras miúdas e de conteúdo textual complexo (p. 516), expondo

que, nesse cenário, uma das partes é realmente privilegiada, por conta que está utilizando de artimanhas para obter o consentimento, diminuindo a possibilidade de visibilidade do pactuado.

Por último, a terceira é apontada pela dificuldade de compressão do titular de dados de entender a massificação da troca de informações, com alta demanda de coleta, de compartilhamento, entre outros, por conta do contexto do big data, como já foi explorado, que conseqüentemente, poderiam facilmente serem utilizados para uma finalidade diversa (p. 517), ou seja, a partir do momento que se têm em mãos um rol gigantesco de informações pessoais, o novo detentor poderia beneficiar disso, utilizando para finalidades que lhe interessar.

Destarte, evidente a importância do consentimento do titular dos dados nessa discussão acerca da proteção de dados pessoais, dado ser imprescindível sua obtenção por parte das entidades que desejam ter conhecimento dessas informações. Assim, quando visto essa disputa no cenário atual, é imperioso notar que poderão valer-se de sua astúcia para dificultar a resistência dos titulares, como foi abordado pelos autores.

O controle do tratamento dessas informações pessoais, por parte de seu titular, pode ser vista como uma resposta aos perigos citados, considerando que o conteúdo desses dados podem ser preenchidos elementos de sua personalidade. Entende-se que o controle dessas informações resguarda todo um interesse coletivo na qual o indivíduo está inserido. (TEFFÉ e TEPENDINO, 2020, p. 92).

Assim sendo, explicam Mendes e Fonseca (2020, p. 526) que “o desenvolvimento da disciplina normativa voltada à proteção de dados pessoais [...] destaque para o enfoque no consentimento como seu núcleo prático essencial”, deixando claro o consentimento se trata de uma peça fundamental para matéria de dados pessoais. As previsões acerca dos perigos ofertados pela coleta de dados ensejam em uma maior garantia de proteção ao titular desses dados.

É importante pontuar isso, porque a discussão que busca encontrar um balanço entre as partes é o que enseja a confecção de meios jurídicos, cujo tenham a finalidade de ajustar os poderes do titular dos dados para não saírem prejudicados nesse tipo de negociação, restringindo a possibilidade das entidades de danificar os direitos de personalidade da parte contrária.

De acordo com Teffé e Tepedino (2020, p. 92):

A base legal do consentimento para o tratamento de dados do titular representa instrumento de autodeterminação e livre construção da esfera privada. Permite diferentes escolhas e configurações em ferramentas tecnológicas, o que pode ter reflexos diretos na personalidade do indivíduo.

O autor deixa claro na citação acima que o consentimento funciona como meio de veicular a liberdade de escolha de decisões por parte do indivíduo sobre suas informações de conteúdo personalíssimo, é o que garante a proteção a sua privacidade nesse contexto de coleta de dados, permitindo o controle de seus dados e, por conseguinte, o quanto quer dispor.

Isto posto, se entende que a partir do consentimento que se legitima a coleta de dados. Essa relação nem sempre constitui equilíbrio, em razão das dificuldades já elencadas ao titular de dados, na qual as entidades colhedoras podem acabar os prejudicando. A forma de resolver essas questões seria garantindo meios legais para buscar a proteção desses dados, com a criação de legislação específica abordando sobre a matéria.

3 O ADVENTO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

O presente capítulo visa analisar o que a Lei Geral de Proteção de Dados e demais leis setoriais que compreendem a temática de dados pessoais, no intuito de descobrir se são eficazes em proteger a privacidade dos titulares dos dados em sua maior medida possível, utilizando-se dos perigos apresentados no capítulo anterior para auxílio em responder a questão.

No último capítulo, conferiu-se como a matéria de privacidade passou-se a permear sobre a temática de dados pessoais no contexto da era digital, considerando que elementos que estruturam a privacidade poderiam ser utilizados como conteúdo para dados, que quantificarão e representar essas informações no meio virtual.

Como exemplifica Doneda, a disciplina do tema da privacidade acabou-se sendo visto como uma referência objetiva para a disciplina dos dados pessoais, que serve como um tipo de herdeiro do assunto, fazendo atualizações e criando características novas, podendo ser visto em legislações específicas sobre a temática (DONEDA, 2020, p. 164).

De antemão, já é de se notar que a proteção da privacidade irá ser buscada por meio da tutela de dados pessoais nesse novo contexto, tendo em conta que as construções legislativas estavam seguindo esse caminho. Nesse sentido, continua o autor definindo que “a proteção de dados pessoais, em suma, propõe o tema da privacidade, porém, modifica seus elementos; aprofunda seus postulados e toca nos pontos centrais dos interesses em questão” (DONEDA, 2020, p. 165).

Já que, como já previsto, o dado nesse contexto serve como um meio de veiculação dessa informação para o meio digital, portanto, imperioso notar que o elemento que lhe preenche está conferido com uma incidência de pessoalidade de seu titular. Para melhor elucidação, Bioni (2019, p. 99) define que sua inserção aos direitos de personalidade é possível, sendo caracterizado como uma extensão da dimensão do respectivo elemento pessoal cujo o dado esteja veiculando, como o nome do sujeito, seus gostos, etc., dando caráter pessoal ao dado.

Logo, a temática dos dados pessoais acaba tendo uma enorme importância jurídica, por causa que eles são uma representação virtual dos direitos de

personalidade do indivíduo no meio virtual, o que, por consequência, abrange a esfera privada da pessoa. Por isso, necessário criar normas para assegurar um controle sobre essa nova temática (BIONI, 2019, p. 99)

3.1 As quatro gerações de legislações específicas

O mundo jurídico há muitas décadas atrás já contemplou com a iniciativa da criação de legislações que tratassem sobre a tutela de dados pessoais. As autoras Lugati e Almeida apontam que o consenso doutrinário nesse cenário era de defender a ideia de Viktor Mayer-Scönberger (2020, p. 4), que versava que essas regulamentações sobre o tema percorreram o período de quatro gerações distintas.

Como explana Doneda (2020, p. 165), a primeira geração surge em meados de 1970, com a promulgação de leis precursoras sobre a matéria, como a Lei de Land, a 1ª Lei Nacional de Proteção de Dados da Suécia, o Estatuto para bancos de dados de 1973 e o Privacy Act de 1974. O objetivo dessa geração era de regularizar a gestão de dados por parte dos bancos de dados da época, visto que a controle da população era alcançado com a alta coleta de informações de seus indivíduos (LUGATI e ALMEIDA, 2019, p. 4-5).

A geração se encerra com após a criação da Lei Federal da República Federativa da Alemanha sobre proteção de dados pessoais de 1977, porque houve uma crescente de aumento de bancos de dados, de modo que as normativas estabelecidas tornaram-se muito ultrapassadas para processar a grande quantidade de dados. (DONEDA, 2020, p. 166-167).

Evidente que com o passar do tempo, os avanços tecnológicos interferem na escalada de dimensão das normativas. Como se extrai desse período, houve um aumento na quantidade de dados a serem gerenciados pelos bancos de dados, necessitando uma evolução para melhorar a qualidade do controle.

Assim surge a segunda geração, que Doneda (2020, p. 167) explica que nasceu com a Lei Francesa de Proteção de Dados Pessoais de 1978, tendo como a grande característica a interligação da privacidade com a proteção de dados

peçoais, criando um sistema que forneciam instrumentos para os titulares dos dados de identificar o uso indevido de suas informações pessoais, que eram coletadas pelos bancos de dados. Nesse cenário, o problema que foi evidenciado é o que fornecimento desses dados acabou-se sendo indispensável para participação desses indivíduos na vida social.

Portanto, dá-se a entender que nesse período foi-se dada uma maior importância ao indivíduo, procurando formas de assegurar que sua privacidade não estava sendo danificada com a coleta de informações pessoais. Por conseguinte, o novo passo a ser dado era garantir uma maior eficácia de alcançar esse objetivo.

Para isto, nasceu a terceira geração, que Doneda (2020, p. 168) frisa que surgiu nos anos 80, tendo como grande marco uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão, que ensejou emendas nas leis sobre essa matéria. O objetivo dessa geração era sofisticar as legislações para garantir uma melhor eficácia da participação dos indivíduos de controlar esses dados, momento onde fora estabelecido o conceito de autodeterminação informativa.

Bioni conceitua a autodeterminação (2019, p. 29) da seguinte maneira:

O direito de o indivíduo autodeterminar as suas informações pessoais: autodeterminação informacional. Recorre-se, por isso, à técnica legislativa de eleger o consentimento do titular dos dados pessoais como seu pilar normativo. Por meio do consentimento, o cidadão emitiria autorizações sobre o fluxo dos seus dados pessoais, controlando-os.

À vista disso, vê-se que o elemento-chave que o mundo jurídico passa-se a se concentrar para assegurar a proteção vai ser o consentimento do titular desses dados. Garantir instrumentos que lhe auxiliem no controle dessas informações é a caracterização de autodeterminação informativa, que, conseqüentemente, é a previsão que alcançaria esse fim almejado, que é a proteção dos dados, privacidade, e demais direitos de personalidade.

Todavia, a mera liberdade garantida aos indivíduos não foi considerada o suficiente, pois as entidades coletoras de dados passaram a diminuir os poderes de negociação dos indivíduos para conseguirem seu consentimento, o que acabou configurando na quarta geração, que terão como objetivo de promover o equilíbrio na relação entre titular e coletor, reduzindo os efeitos da decisão individual de dispor

dos seus dados, e criando-se dispositivos que visam estabelecer regras a forma que vão ser coletados esses dados (DONEDA, 2020, p. 169).

Esse é o período que será configurado os perigos que foram mencionados no capítulo anterior, porque no momento em que o consentimento estabeleceu-se como um principal objeto de procura por partes dos coletores, acabaram-se de utilizar de algumas artimanhas para conseguir de forma mais fácil.

3.2 Princípios da temática de dados pessoais

Doneda (2020, p. 171-172) percebe que existem princípios que emergem quando feito uma comparação analítica de todas essas leis, que acabam por incidirem sobre leis de todas as gerações apresentadas, definindo que “são o núcleo das questões com as quais todo ordenamento deve se deparar ao procurar fornecer sua própria solução ao problema da proteção dos dados pessoais”.

Nota-se que as legislações, mesmo diante de suas características e finalidades nas quais irão distinguir-se, vão seguir certos princípios cujo são essenciais para a busca da tutela dos dados pessoais. Assim, o autor os elenca da seguinte forma:

Princípio da publicidade: Os bancos de dados que fazem uso de informações pessoais deverão funcionar mediante o conhecimento público, com a notificação a uma respectiva autoridade que tenha competência de autorizar seu funcionamento.

Verifica-se que o autor limita a coleta de dados a participação imprescindível de um árbitro, definindo como uma autoridade que deterá o poder de autorizar o funcionamento de entidades coletoras de dados, no intuito de responsabilizar a obrigação às entidades de tornarem suas atividades relacionadas a tratamento de dados públicas.

Princípio da exatidão: Os dados coletados devem ser retratados exatamente conforme a realidade de seu cerne, exigindo que as entidades tenham muita cautela

ao quantificá-los. A ideia é prevenir que as informações armazenadas não sejam representadas de forma equívoca quando transportadas para dados.

Princípio da finalidade: O titular dos dados deve ser concedido com o conhecimento pelos quais seus dados estão sendo coletados. Assim, garante um equilíbrio da relação entre titular e coletor, visto que essas informações não poderão ser utilizadas para um fim na qual o interessado não consentiu.

Princípio do livre acesso: O titular dos dados deverá ter acesso aos bancos de dados que constem suas informações, sendo agraciados como o direito de adquirirem cópias dos registros, dando a oportunidade de ter total controle das informações.

Princípio da segurança física e lógica: Deverá haver uma proteção dos dados para os riscos de “extravio, destruição, modificação, transmissão ou acesso não autorizado”.

Ante o exposto, o autor confere que todos esses princípios deverão ser discutidos na criação de legislações sobre a temática de dados pessoais, de forma que melhor se encaixe com a proposta da lei.

3.3 Legislação europeia (Convenção 108-GDPR)

A legislação europeia possui relevância na discussão sobre o tema porque concentrou-se em dar atenção ao consentimento livre (como já explicado anteriormente), o que trouxe uma visão evoluída de tratar as questões encontradas ao discutir-se a temática, levando a criação de uma tendência que, posteriormente, incidirá seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro.

A união europeia começou a dar importância sobre a temática na década de 1980, com a regulamentação da Convenção 108, que teve o objetivo de relacionar os dados pessoais com o livre fluxo informacional, criando um capítulo inteiro sobre isso (KRIEGER, 2019, apud. LUGATI e ALMEIDA, 2020), momento também que foi positivado uma ideologia de todo o continente europeu acerca do tema, criando um

"quadro normativo de proteção de dados pessoais" que funciona até hoje. (BIONI, 2019, p. 177)

Isso fica evidente ao verificar que a Diretiva Europeia de Proteção de Dados Pessoais da União Europeia, nascida duas décadas depois, utilizou-se das mesmas considerações já previstas na Convenção 108, adaptando ao novo contexto social e sofisticando os entendimentos até então estabelecidos, dando um maior enfoque a autodeterminação do indivíduo, caracterizando o consentimento de forma operacional, devendo ser "livre, informado, inequívoco, explícito e/ou específico", como já visto anteriormente. (BIONI, 2019, p. 177)

Assim, denota-se que o consentimento ganhou um papel de enorme importância na estruturação do modelo europeu acerca do tema, já sendo verificado que conceder a liberdade de controle ao titular de dados era a discussão que os legisladores estavam dando enfoque.

A diretiva também passou a identificar as entidades coletoras de dados, denominando-as como data controllers, e impôs certos princípios que devem ser cumpridos no momento que ocorrer o tratamento de dados, a fim de não trazer prejuízos do titular. (LUGATI e ALMEIDA, 2020, p. 7)

Assim, Bioni (2019, p. 178) dá o exemplo do princípio da proporcionalidade, que tem a finalidade de limitar os data controllers de não coletarem dados de forma que exceda o propósito original que foi especificado, garantindo uma gama maior de controle ao titular dos dados.

Posteriormente, em 2016, é promulgado o Regulamento Geral de Proteção de Dados (General Data Protection Regulation, a GDPR), que acabou revogando a Diretiva, mas manteve os princípios já estabelecidos. (MALHEIROS, 2017, apud. LUGATI E ALMEIDA, 2020, p. 8). Trata-se do atual regulamento que estrutura o tema na Europa, sendo, portanto, uma legislação de quarta geração.

A GDPR segue o caminho pelo qual Bioni esclareceu ao dispor sobre as leis de quarta geração, tendo o consentimento como o grande cerne da regulamentação, como já mencionado. Nesse sentido, Lugati e Almeida (2020, p. 8-9) apontam que existem diversos dispositivos que versam sobre o consentimento.

Em vista disso, é importante pontuar que a GDPR serviu como inspiração para criação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) em território nacional,

então é necessário marcar que para o entendimento europeu, o consentimento atualmente é o grande elemento que deverá ser discutido ao regularizar normas sobre proteção de dados, portanto, é evidente que essa ideologia deverá incidir no ordenamento jurídico brasileiro também, como se verá a seguir.

3.4 Legislação brasileira (CDC-LGPD)

No Brasil, a proteção de dados começou a ser tratada em 1990, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que trouxe em seu Art. 43¹ disposições sobre bancos de dados e cadastro dos consumidores, que ensejou no acesso do consumidor às suas informações armazenadas, verificando que o legislador impôs o princípio da exatidão, conforme os §1^{o2} e §3^{o3} do Art. 43 do CDC. (BIONI, 2019, p. 181) Todavia, a lei tinha um objetivo maior com a regularização do banco de dados do que necessariamente estipular acerca do consentimento (ANDRADE e MOURA, 2019, apud. LUGATI e ALMEIDA, 2020, p. 10).

Na época ainda não se existia internet e o contexto do big data não se fazia muito presente, portanto, a legislação brasileira apenas poderia discutir a temática por meio da regularização de cadastros de informações que os bancos de dados criavam, considerado como os primórdios da participação legislativa brasileira na discussão sobre proteção de dados.

O consentimento passou-se a ter relevância para a legislação brasileira com a promulgação da Lei 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo, em vigência), que visa regularizar o gerenciamento dos bancos de dados relativos a operações financeiras

¹ Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes (Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990, institui o Código de Defesa do Consumidor).

² § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos (Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990, institui o Código de Defesa do Consumidor).

³ § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas (Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990, institui o Código de Defesa do Consumidor).

de concessão de crédito, na qual conferiu a orientação do detentor dos dados armazenados de ter o controle. (BIONI, 2019, p. 182). Segundo Mendes (2014, apud. LUGATI e ALMEIDA, 2020, p. 11), a lei surge como uma evolução no conceito de autodeterminação informativa, começando a utilizar o elemento do consentimento na negociação de dados.

A lei define banco de dados no Art. 2º, I como “conjunto de dados relativo a pessoa natural ou jurídica armazenados com a finalidade de subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro”⁴, assim como denomina o titular dos dados de "cadastros, vide III do mesmo artigo.

Anos depois, o contexto da internet já fazia-se muito presente na vida cotidiana dos brasileiros, levando a promulgação da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), que visou estabelecer normas para o pleno uso da internet em território nacional. A MCI teve enfoque em definir princípios para assegurar os direitos e garantias do usuário da internet, tendo como a proteção de privacidade, dados pessoais, liberdade de expressão e neutralidade como os pilares de sua estruturação, estabelecendo três dispositivos que dispõem acerca do consentimento do usuário para coleta e dados, e quatro para estabelecer uma orientação do que entende-se de consentimento expresso e informado (BIONI, 2019, p. 183), cujo são estipulados nos VII e IX do Art. 7º⁵ e II do Art. 16⁶. Apesar disto, extraem LUGATI e Almeida do entendimento de Malheiro (2017, apud. LUGATI E ALMEIDA, 2020, p. 12) que a legislação que trataria diretamente acerca da temática de proteção de dados pessoais apenas passou a existir de fato em 2018, com a regulamentação da LGPD.

Portanto, diante de todo o exposto, entende-se que a legislação brasileira começou a tratar especificamente sobre o assunto com o nascimento da LGPD, que

⁴ Lei nº 12.414 de 09 de Junho de 2011, institui a Lei de Cadastro Positivo.

⁵ Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais (Lei nº 12.965 de 23 de Abril de 2014, institui o Marco Civil da Internet).

⁶Art. 16. Na provisão de aplicações de internet, onerosa ou gratuita, é vedada a guarda: II - de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular (Lei nº 12.965 de 23 de Abril de 2014, institui o Marco Civil da Internet).

atualmente consta como a lei vigente em território nacional para regularizar o tema, na qual será analisada nesse momento.

3.5 Estrutura da Lei Geral de Proteção de Dados

A Lei Geral de Proteção de Dados foi promulgada em 14 de agosto de 2018, entrando em vigência na sua totalidade no dia 1 de agosto de 2021, sendo tratada como a regularizadora da temática de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileira. Para o entendimento de sua estrutura, o estudo baseará na análise de seus fundamentos, denominações e princípios.

Sobre os fundamentos, Fábio Konder Comparato diz que o termo “designa o que serve de base ao ser, ao conhecer, ou ao decidir. Fundamento é, pois, a causa ou razão de algo” (2010, p. 41, apud. VAINZOF, 2020, p. 26), ou seja, são as razões pelo qual a LGPD passou a existir. Estão previstos no Art. 2º, elencados como

- I - o respeito à privacidade;
- II - a autodeterminação informativa;
- III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e opinião;
- IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
- V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
- VI a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor;
- VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. (Lei nº 13.709 de 14 de Agosto de 2018)

De antemão, pontua-se três das finalidades que a LGPD tem como fundamento, prezando pela proteção da privacidade, visto que os dados pessoais podem incidir na esfera privada do indivíduo; pela autodeterminação informativa, que como já previsto, funciona com o controle do titular acerca do tratamento de dados; e a inviolabilidade da intimidade, honra e imagem, comprovando que a matéria também embarca na proteção dos demais direitos de personalidade.

No art. 5º, há disposições sobre as definições de elementos que são essenciais na temática, e que a lei passar a considerar nos seguintes moldes:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: 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, quando vinculado a uma pessoa natural;

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada; (Lei nº 13.709 de 14 de Agosto de 2018).

Portanto, verifica-se que a lei considera os dados em três especificações, assim como define o que será considerado tratamento desses dados e o que é consentimento, sendo claramente influenciada pelo Art. 4º da GDPR que também reserva definições de seus termos (PINHEIRO, 2018, p. 44).

O texto legal deixa claro que o consentimento é tratado como aquele descrito por Bioni (subcapítulo 4.3), sendo o conceitualmente mais aceito nas leis na quarta geração, prezando pela concordância explícita e de escolha livre de seu titular com o tratamento daqueles dados.

Já sobre o tratamento dos dados sensíveis, a sua coleta indevida poderá ocasionar em discriminação a certos paradigmas que implicam na vulnerabilidade de seu titular, sendo essa a diferenciação sobre os dados pessoais. (VAINZOF, 2020, p. 85).

Por fim, os princípios da lei incidem sobre o tratamento de dados, estando elencados no Art. 6º da seguinte maneira:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas. (Lei nº 13.709 de 14 de Agosto de 2018)

Assim, considera-se que a lei deixa claro e evidente quais seus princípios que devem ser seguidos para o tratamento de dados, ficando destacados que todos os previstos por Doneda (subcapítulo 4.2) foram positivados nessa lei, estando, portanto, de acordo com o que o autor acredita como essencial em uma legislação para discutir sobre a temática.

3.6 Ineficácia da autodeterminação informacional

Como bem elucida Bioni (2019, p. 185) o consentimento aparece na lei como uma de suas bases legais, estando no mesmo pé de hierarquia com as demais, mas que recebe uma importância de maior preocupação no texto legal, havendo 35 dispositivos que utilizam do termo, apontando que é o principal elemento de funcionamento da lei, tratando da mesma forma na qual está sendo regulado no modelo europeu (subcapítulo 4.3).

Os autores Lugati e Almeida (2020, p. 15) definem que “o consentimento se configura como um meio para implemento do direito à autodeterminação informativa”, ou seja, é imprescindível a presença da concordância do titular dos

dados com o tratamento para garantir que tenha total controle, permitindo um equilíbrio na negociação entre titular e data controller, vindo a ter o papel mais importância com o decorrer das gerações de leis sobre a proteção de dados pessoais (MALHEIRO, 2017, apud. LUGATI e ALMEIDA, 2020, p. 15).

No contexto atual, compreende-se ser difícil de efetivar um consentimento manifestado livremente, informado e inequívoco como prevê a legislação brasileira (LUGATI e ALMEIDA, 2020, p. 24), visto que os data controllers estão utilizando-se de artimanhas para diminuir a visibilidade dos titulares dos dados para obterem seu consentimento (subcapítulo 2.5).

Os mesmos autores deixam isso evidente ao apresentar uma pesquisa realizada pela Universidade de Stanford, que concluiu que 97% de seus entrevistados não liam os termos, contratos e políticas dispostos online em troca de algum serviço (2020, p. 25).

Dessa maneira, corrobora Mendes (2020, p. 526) com a ideia ao dispor que:

Uma proteção de dados pessoais efetiva precisa ir além da garantia meramente formal do consentimento individual. É preciso garantir os pressupostos materiais dessa proteção para se construir um espaço de liberdade no qual o indivíduo esteja apto a configurar as suas relações informacionais.

Portanto, conclui-se que a LGPD, da forma que trata o consentimento do titular de dados para o tratamento de dados, não enseja na eficácia plena do princípio da autodeterminação informacional, considerando que é previsto que a mera concessão de controle ao indivíduo de gerenciar seus dados pessoais, determinando o que pretende dispor para coleta ou não, não é o suficiente para consagração da sua proteção na maior medida, verificado que no atual contexto de que os fluxos informacionais são tão massivos e difíceis de compreender, imperioso acreditar que a pessoa não venha a ter total discernimento acerca dos riscos que estão lhe sendo ofertados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise de como a proteção de dados pessoais vem sendo tratada no mundo jurídico, sendo verificado que a tutela também ensejou na proteção da privacidade e dos demais direitos de personalidade, assim como ficou claro que o direito enfrenta muitas dificuldades para ser garantido de forma eficaz, em frente aos avanços tecnológicos e da forma em que a informação pessoal acabou ganhando uma importância no mercado.

De um modo geral, ficou-se evidenciado que a Lei Geral de Proteção de Dados para garantir uma maior eficácia na proteção dos dados pessoais, buscou utilizar do entendimento sacramentado pela legislação europeia de conferir que o consentimento deve ser a peça de maior importância para discutir-se acerca da temática, determinando que sua presença garante ao indivíduo, vulgo titular dos dados pessoais, de ter controle sobre o gerenciamento de seus dados perante as entidades que buscam coletar esses dados, caracterizando o princípio da autodeterminação informativa.

Contudo, apesar de a lei determinar várias disposições acerca do consentimento do titular, garantindo-lhe empoderamento frente as relações entre titulares e entidades coletoras de dados, apresentou-se que a mera concessão de controle aos titulares não enseja na total proteção de seus dados pessoais, considerando que estamos vivendo em um contexto de alta massificação de troca de dados, sendo extremamente dificultoso até mesmo de lhes quantificar, prejudicando na percepção do indivíduo de perceber os riscos que estão sendo ofertados aos seus direitos, dando possibilidade das entidades coletoras de dados de se autobeneficiar da situação, arranjando formas de obter o consentimento do indivíduo sem que ele tenha total discernimento do que realmente está sendo negociado.

Dessa forma, frente ao questionamento que dá razão ao presente estudo, ficou-se evidente que a Lei Geral de Proteção de Dados não protege integralmente os dados pessoais dos indivíduos, porque aposta em um modelo de que o consentimento, elemento essencial que deve ser obtido para coletar dados, deve ser alcançado com a mera disposição do titular desses dados, e em frente ao contexto do big data abordado, evidenciou-se que o indivíduo não tem a capacidade plena de

controlar seus dados de forma realmente consentida, caracterizando que restará prejudicado.

Dada à importância do tema, torna se necessário o desenvolvimento de projetos que visem encontrar soluções para conferir uma maior visibilidade do titular dos dados pessoais de consentir com a coleta de seus dados de forma plena, sabendo realmente quais os termos que deverão ser preenchidos, para qual finalidade esses dados serão utilizados, de forma fática, não apenas conferindo-lhe o direito de escolha.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; CAVALHEIRO, Larissa Nunes. **A proteção de dados pessoais na sociedade informacional brasileira: o direito fundamental a privacidade entre a autorregulação das empresas e a regulação protetiva do internauta**. Revista do Direito Público, Londrina-PR. 2014. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/16870>. Acesso em: 15 out. 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento**. Grupo GEN, 2019. e-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530988777>. Acesso em 13 out. 2021.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Saraiva Educação S.A., 2017. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=5DhnDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT3&dq=direitos+da+personalidade&ots=mzYuHWcPBI&sig=vsuXC0Z9Atvp9Lh8OurysG3q09A#v=onepage&q=direitos%20da%20personalidade&f=false>>. Acesso em: 24 mai. 2021.

BLUM, Rita Peixoto Ferreira. **O Direito à Privacidade e à Proteção dos Dados do Consumidor**. Grupo Almedina, 2018. e-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788584933181>. Acesso em 28 set. 2021.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 19 mai. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 10.406/2002**. De 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 05 mai. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 10.406/2002**. De 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 05 mai. 2021

BRASIL. **Lei nº 12.414, Lei do Cadastro Positivo**. de 9 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em: 31 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados

Pessoais (LGPD). Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019. Brasília, DF: Senado Federal, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em: 31 out. 2021

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Marco Civil da Internet. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> Acesso em. 31 out. 2021

CERVANTES, Vinicius; RODRIGUES, David Fernando. **As ciências jurídicas e a regulação das relações sociais 2: Big Data e proteção de dados: O desafio está lançado**. Atena Editora, Ponta Grossa, 2020. Disponível em: <https://www.atenaeditora.com.br/post-artigo/28085>. Acesso em: 31 out. 2021.

COSTA JR, Paulo José da. **O direito de estar só**. Tutela Penal da Intimidade. 4. ed. rev. e atual. São Paulo. 2007. p. 31

CUNHA, Laura Domingos Rodrigues da; RODRIGUES, Raíssa Araújo. **Os desafios ocasionados pelo Big Data para o direito antitruste: Seria possível e, em o sendo, como dificultar a dominação do mercado por grandes agentes que se utilizam do Big Data?**. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2019. Disponível em: <https://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2019/06/Inovacao-Desafios-Cunha-Rodrigues.pdf>. Acesso em: 31 out. 2021.

DANTAS, Rosalliny Pinheiro. **A honra como objeto de proteção jurídica**. Âmbito Jurídico. 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-honra-como-objeto-de-protecao-juridica/#:~:text=A%20honra%20%C3%A9%20um%20atributo,em%20sociedade%E2%80%9D%5Bi%5D..> Acesso em: 24 mai. 2021.

DELGADO, Mário Luiz. **Direitos da personalidade nas relações de família**. IBDFAM. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/34.pdf#:~:text=Os%20direitos%20da%20personalidade%20s%C3%A3o,14%20%2D%20Elimar%20Szaniawski..> Acesso em: 31 out. 2021.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito**. Revista Jurídica Cesumar, v. 6, p. 241-266, 2006. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/313>>. Acesso em: 19 mai. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Pamplona. **Novo curso de direito civil**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Parte Geral - Volume 1.** Saraiva Educação S.A., v. 3, 2017.

LÔBO, Paulo, **Direito Civil: Volume 1: Parte Geral.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=B7jEDwAAQBAJ&pg=PT274&ots=saWUfo-b3p&dq=o%20direito%20a%20ser%20identificado%20por%20s%C3%ADmbolos%20e%20signos%2C%20principalmente%20o%20de%20ter%20nome&hl=pt-BR&pg=PT33#v=snippet&q=o%20direito%20a%20ser%20identificado%20por%20s%C3%ADmbolos%20e%20signos.%20principalmente%20o%20de%20ter%20nome&f=false>> Acesso em: 20 mai. 2021.

LUGATI, L. N.; ALMEIDA, J. E. de. **Da evolução das legislações sobre proteção de dados: a necessidade de reavaliação do papel do consentimento como garantidor da autodeterminação informativa.** Revista de Direito, [S. l.], v. 12, n. 02, p. 01-33, 2020. DOI: 10.32361/2020120210597. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/10597>. Acesso em: 28 out. 2021.

MACHADO, Joana de Moraes Souza. **A tutela da privacidade no controle de dados pessoais no direito brasileiro.** Arquivo Jurídico, Teresina, v. 4, 2017. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/4671/2694>. Acesso em: 15 out. 2021

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direitos da Personalidade.** Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020. Disponível em: <<https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Loader/185390/pdf>> Acesso em: 21 maio. 2021

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental.** São Paulo : Saraiva, 2014. E-book. IDP. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502218987>. Acesso em: 13 out. 2021.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares. **Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização.** Revista Estudos Institucionais, UFRJ, 2020. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/521>. Acesso em: 28 out. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo, 2009.

MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva. **Big Data e concorrência: uma avaliação dos impactos da exploração de Big Data para o método antitruste tradicional de análise de concentração econômicas.** Rio de Janeiro, 2017. 152 p Tese (Direito) - Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/20312/Disserta>

%c3%a7%c3%a3o_Aluna_Gabriela%20Reis%20Paiva%20Monteiro_Mestrado%20em%20Direito%20da%20Regula%c3%a7%c3%a3o_19.02.2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 31 out. 2021.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **Tutela Jurídica do nascituro à luz da constitucional federal**. Revista de Direito Privado. RT, vol. 8, nº. 30. 2007. Disponível em: <<https://www.rodolfopamplonafilho.com.br/upload/tutela-juridica-do-nascituro-a-luz-da-constituicao-20160530103954.pdf>>. Acesso em: 20. Mai. 2021.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. São Paulo: Saraiva, 2018.

RIBEIRO, Débora. **Significado de Erga Omnes**. Dicio. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/erga-omnes/>. Acesso em: 3 jun. 2021.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Direito, intimidade e vida privada: uma perspectiva histórico-política para uma delimitação contemporânea**. Revista Eletrônica do CEJUR, [S.l.], dec. 2006. ISSN 1981-8386. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/14841>>. Acesso em: 25 may 2021. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/cejur.v1i1.14841>.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de; TEPEDINO, Gustavo. **O consentimento na circulação de dados pessoais**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. v. 25, p. 83-116, set 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/521>. Acesso em: 31 out. 2021.

UNIÃO EUROPÉIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho. **Regulamento Geral de Proteção de Dados**. Julgamento em 04 de maio de 2016. Jornal. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2016:119:FULL>. Acesso em: 31 out. 2021.

VAINZOF, Rony. Viviane Nóbrega Maldonado e Renato Opice Blum (org). **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada [livro eletrônico]**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Thomson Reuters Brasil, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 17 ed. São Paulo: Atlas Ltda., 2017.