



Licenciado sob uma licença Creative Commons
ISSN 2175-6058
DOI: <http://dx.doi.org/10.18759/rdgf.v20i3.1785>

BIG BROTHER IS WATCHING YOU: DA DISTOPIA ORWELLIANA AO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

BIG BROTHER IS WATCHING YOU: FROM ORWELLIAN DYSTOPIA TO THE FUNDAMENTAL RIGHT OF PERSONAL DATA PROTECTION

Ellen Carina Mattias Sartori
Cláudio José Amaral Bahia

RESUMO

O artigo tem por objetivo analisar o direito à proteção de dados pessoais na era da *internet* em cotejo com a obra “1984”, de George Orwell, utilizada para ilustrar a vida em um mundo sem privacidade. Primeiramente, através de um paralelo entre a distopia orwelliana e a sociedade da informação, o texto busca refletir sobre os riscos do tratamento de dados pessoais na *internet*. Na sequência, perscruta sobre a evolução do direito à privacidade, bem como sobre o imperativo de se reconhecer a proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Orwell. Privacidade. Dados Pessoais.

ABSTRACT

The article aims to analyze the right to personal data protection in the internet age relating to George Orwell’s book “1984”, used to illustrate life in a world without privacy. Firstly, through a parallel between orwellian dystopia and

the information society, the text seeks to reflect about the risks of processing personal data on the internet. Following, it examines the evolution of the right to privacy as well as the imperative to recognize the protection of personal data as an autonomous fundamental right in the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Orwell. Privacy. Personal Data.

INTRODUÇÃO

A capacidade de captar, manipular, armazenar e transmitir informações foi a mais influente inovação do século XX, e representa a força dominante do século XXI. O advento dos meios de comunicação em massa, sendo o mais relevante a *internet*, bem como das novas tecnologias de informação, acarretou um impacto significativo na sociedade contemporânea, demudando-a de “sociedade industrial” para a denominada “sociedade da informação”, responsável pela dissolução de fronteiras e por uma nova visão acerca da produção e do uso da informação.

A origem desta nova etapa no desenvolvimento da humanidade constitui um corolário lógico de diversos processos de desenvolvimento, dentre os quais a globalização, que estimulou a ideia de infraestrutura global de informação, propiciando a abertura das telecomunicações. Na sociedade da informação, a sociedade interage e utiliza, nos atos da vida diária, da infraestrutura global da informação, que possui como elemento fundamental a *internet*.

Nesse cenário, a questão da proteção dos dados pessoais é uma das mais tormentosas, principalmente diante das tecnologias da *internet*, porquanto tudo na rede mundial de computadores são dados: dados são coletados, armazenados e, principalmente, transformados em mercadoria e transmitidos, por possuírem valor econômico.

A disciplina dos dados pessoais, obviamente, não é novidade, pois não se relaciona apenas ao processamento de dados pessoais realizado na *internet*, englobando também cadastros de indivíduos com os mais diversos fins, como estatísticos e censitários. Todavia, a problemática envolvendo a tutela de dados pessoais ganha, diariamente, novas nuances

com o processamento desses dados na *internet*. A questão torna-se infausta justamente pela fluidez que esses dados possuem na rede, sendo um desafio controlar sua captação e transmissão.

Desde o surgimento da *internet*, estudiosos, cientistas e legisladores, debruçam-se sobre a questão de sua regulamentação, cuja pauta envolve, dentre seus temas principais, a questão da proteção dos dados pessoais, porquanto esta decorre daqueles direitos fundamentais mais íntimos: privacidade e intimidade.

O cerne desta problemática é a comunicação: o dado ulteriormente usado (leia-se: transmitido ou vendido), com ou sem consentimento do indivíduo, é usado para construir seu perfil, que poderá ser utilizado por outros entes, públicos ou privados, com os mais diversos fins, como o de *marketing* – que é o mais comum -, mas também de controle da vida privada, de controle à informação, e até mesmo para fins de perseguição política e discriminação social.

Nesse sentido, o estudo procura analisar a questão da proteção de dados pessoais em cotejo com a obra literária “1984”, escrita por de George Orwell, onde é retratada uma sociedade sem privacidade, constantemente vigiada e controlada por um governo totalitário através das “teletelas”. Destarte, em um primeiro momento, procura-se refletir, ainda que de maneira tímida, sobre o diálogo estabelecido entre a narrativa literária e a realidade vigente.

Em um segundo momento, diante da crescente dependência dos indivíduos em relação às novas tecnologias da informação, o texto terá como espoco demonstrar a real necessidade de se reconhecer um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais, colocando o Brasil na esteira de uma tendência mundial de fomento da cidadania digital.

Por fim, quanto à metodologia, destaca-se que se trata de uma pesquisa teórica e bibliográfica, que utiliza o método dedutivo, realizada através de revisão de literatura compreendida em publicações literárias, doutrinárias, acadêmicas e legislativas.

1984: DISTOPIA OU REALIDADE?

O cotejo entre a Literatura e o Direito sempre se mostra uma reflexão conveniente ao esclarecimento (*aufklärung*) de Kant (2013), ou seja, à saída do homem de sua menoridade, pois se deve procurar aferir, conforme interroga Streck e Trindade (2013, p. 3): “quanta realidade se encontra nas ficções? E quanta ficção se conforma nossa realidade?”.

George Orwell - pseudônimo de Eric Arthur Blair, que foi um escritor, jornalista e ensaísta político inglês, nascido em Motihari, na Índia Britânica – publicou, originalmente em 1949, o livro “1984”, um dos romances ficcionais mais influentes do século XX. Trata-se de uma distopia futurista que impõe uma reflexão sobre a essência nefasta de um governo totalitário. A narrativa situa-se na cidade de Londres e cuida da estória do personagem fictício Winston Smith.

O enredo desenrola-se em um superestado denominado Oceania, que é governado pelo Partido, cujo líder é uma entidade abstrata denominada de “Grande Irmão” (“*Big Brother*”), o qual procura exercer controle total sobre a vida das pessoas através de diversas estratégias. A mais emblemática delas é a eliminação da privacidade dos indivíduos por meio das ubíquas “teletelas” (*telescreens*), ligadas ininterruptamente. As “teletelas” captam toda a rotina dos cidadãos, mesmo os menores movimentos e, ao mesmo tempo, divulga informações e estatísticas manipuladas sobre o sucesso do governo.

Outra importante estratégia é o controle das emoções e do pensamento. Inclusive, há a veiculação de uma nova língua em substituição ao inglês, denominada “Novilngua” ou “Novafala” (*newspeak*), cujo vocabulário é paulatinamente reduzido para destruir a capacidade de formar ideias e de reorganizá-las nos sonhos. A Polícia do Pensamento é a instituição destinada a realizar esse controle (TOMASEVICIUS FILHO, 2014, p. 131).

O protagonista, Winston Smith, trabalha no Ministério da Verdade como um dos encarregados de reescrever o passado, apagando todas as referências dos fatos narrados em jornais pela reinserção de novas informações, corrigindo metas de produtividade econômica não atingidas, para que fossem divulgadas como bem-sucedidas. Mesmo

com toda a repressão, Winston sente ódio do Partido e o enredo desenrola-se descrevendo sua tentativa libertar-se de sua condição e viver o romance com Julia.

A obra literária “1984” foi escrita em um período histórico marcado pela Segunda Guerra Mundial, pelo nazismo, pela guerra fria e pelo surgimento dos modernos meios de comunicação de massa, como a televisão. Esta, no livro, é vista como um meio de vigilância e controle, pois as “teletelas” estavam em cada parte, vigiando a todos e, ao mesmo tempo, fazendo uma propaganda contundente do poder estabelecido.

A figura do “*Big Brother*” é uma ficção criada para atemorizar os governados. A tela é o instrumento de controle em 1984, significando restrição da privacidade, vigilância, e informação dirigida para controle da massa social. De fato, Orwell antecipa diversas características das novas tecnologias de comunicação como a *internet*, porquanto as telas tanto servem para serem vistas quanto para ver, para receber e enviar mensagens (ainda que esta fosse uma prerrogativa apenas do Partido).

Tomasevicius Filho (2014, p. 135-136) afirma que os defensores do livro “1984” foram os realistas ortodoxos norte-americanos, porque este livro seria espécie de teoria do totalitarismo ou uma defesa dos valores humanos, como o amor, a privacidade e a memória, em detrimento da tirania. Sustenta-se, também, que uma das preocupações de Orwell era com o controle do uso da tecnologia, principalmente em relação ao Estado.

Com uma expressão de efeito aparentemente apocalíptica, Belleil (2002, p. 7) afirma que “a destruição da vida privada está para a economia da informação como a destruição do ambiente está para a economia industrial”. A afirmação, no entanto, se mostra plausível.

Com a evolução tecnológica e o processo de ubiquidade da informática, a preocupação prioritária deixou ser apenas com o “*Big Brother*” estatal de Orwell, e passou a abranger uma verdadeira proliferação de “*Big Brothers*” privados, por conta da captação massificada de dados pessoais por milhares de empresas privadas que, visando a atingir fins econômicos, coletam, armazenam, processam e transmitem informações pessoais dos indivíduos, gerando uma verdadeira destruição, também em massa, da privacidade.

O termo “sociedade da informação” teria surgido em um discurso de Jacques Delors, então presidente da Comissão Europeia, ao Conselho Europeu em 1993, e pode ser conceituada como “[...] um momento do desenvolvimento da sociedade em que a aquisição, processamento e transmissão da informação conduzem a criação do conhecimento, desempenham um papel de relevante importância para a economia e produção de riqueza” (MATOS, 2012, p. 26).

Na história da humanidade, a sociedade industrial foi delineada com a invenção da máquina a vapor, que substituiu, embora não totalmente, o trabalho físico pela máquina na produção de bens e serviços. Do mesmo modo, a sociedade da informação tem seu cerne no computador, porém, o processo de transição de uma sociedade industrial para uma sociedade da informação não implicou somente na questão quantitativa de computadores à disposição ou no aumento da capacidade de processamento de dados, mas também na forma de organização da vida das pessoas, na forma de produção, de relacionamento e na expressiva transição de dados analógicos para dados digitais.

O advento dos meios de comunicação em massa, sendo o mais relevante a *internet*, acarretou um impacto significativo na sociedade contemporânea, demudando-a na denominada “sociedade da informação”, responsável pela dissolução de fronteiras e por uma nova visão acerca da produção e do uso da informação. Castells (2002, p. 67) que usa a expressão “sociedade em rede”, fala em “revolução da tecnologia da informação” ocorrida no final do século XX: “[...] cuja característica é a transformação de nossa ‘cultura material’ pelos mecanismos de um novo paradigma tecnológico que se organiza em torno da tecnologia da informação”.

Na sociedade da informação, ou na sociedade em rede, a tecnologia e a informação passam a balizar a tomada de decisões, principalmente políticas e empresariais, pois, através das mais diversas mídias tecnológicas, a informação pode ser coletada e transmitida, qualquer que seja o lugar de origem. Por conta disso, Negroponte (2003, p. 158) afirma que há uma transição da era da informação para a era da pós-informação. Enquanto na era da informação os meios de comunicação

em massa atingiram grandes públicos, na era da pós-informação, esta passa a ser direcionada.

Castells (2003, p. 139) relata que, no início da difusão da *internet*, a liberdade e a privacidade eram protegidas pelo anonimato da comunicação e pela dificuldade de investigar a origem e o conteúdo das mensagens transmitidas. Contudo, este panorama alterou-se com o surgimento de novas tecnologias que tornaram possível identificar rotas de comunicação e de conteúdo.

De tal modo, a *internet* passou a oferecer uma série de riscos à privacidade em razão das inúmeras tecnologias de controle existentes. Nesse diapasão, Lorenzetti (2001, p. 445) diz que há uma rede visível e uma rede invisível na *internet*, desconhecida para o usuário porque consiste em acordos entre servidores, provedores, empresas, fornecedores, anunciantes, etc., que utilizam diversos meios técnicos para coletar informações pessoais. Um desses meios é os denominados “*cookies*”, os quais são verdadeiros “fichários de dados”.

A dificuldade está na dilação da ficção de Orwell: a violação à privacidade e a vigilância através da captação de dados pessoais é realizada não só pelo Estado, mas também por quase todos os setores econômicos, tais como instituições financeiras e empresas privadas (LEONARDI, 2011, p. 118). Algumas técnicas de processamento de dados mais utilizadas são o *Data Warehouse*, o *Data Mining*, o *Online Analytical Processing (OLAP)*, o *Profiling*, o *Scoring* e o *Big Data*. Essas técnicas podem ser, inclusive, utilizadas em conjunto.

Emerge, nesse cenário, o que Solove (2004, p. 19) denominou de “indústria de bancos de dados”, cuja finalidade é facilitar a circulação através da comercialização ou cessão de dados pessoais. O resultado é a ampla circulação das informações pessoais na sociedade, gerando benefícios aos setores envolvidos, mas também grandes riscos aos indivíduos, cujos dados são coletados, processados e transferidos, muitas vezes sem seu conhecimento e/ou consentimento.

O problema consiste na troca desses dados pessoais pelo usuário para ter o privilégio de acesso a *websites*, como o Google o Facebook, por exemplo. As pessoas cedem seu direito à privacidade para ter condições de usar a *internet*. Castells (2003, p. 143) diz que o entusiasmo com a

liberdade trazida pela *internet* foi tanto que não houve preocupação com a persistência das técnicas de controle e vigilância na rede.

Surgiu, então, o que Lyon (2007) denomina de “*surveillance*” que seria a vigilância concentrada, sistematizada e rotineira em relação aos dados pessoais dos indivíduos, cujo objetivo é influenciar, gerenciar, proteger ou dirigir. A crescente capacidade de armazenar uma enorme quantidade de dados pessoais e a possibilidade de que sejam analisados dos mais diversos modos e com as mais diversas finalidades é um fenômeno que ficou conhecido como “*dataveillance*”, que é uma forma específica de *surveillance*.

Por trás das páginas que são visitadas, crescem as “indústrias de dados pessoais”, altamente lucrativas. Para tais empresas, a informação é um produto valioso, “[...] cada ‘indicador de clique’ que enviamos é uma mercadoria, e cada movimento que fazemos com o *mouse* pode ser leiloadado em microssegundos a quem fizer a melhor oferta” (PARISER, 2012, p. 10).

A principal finalidade dessa coleta de dados pessoais dos usuários da *internet* é para fins de direcionamento de publicidade personalizada. Contudo, sendo a *web* a principal fonte de acesso à informação, esta também está chegando aos usuários de forma direcionada, conforme o perfil e os interesses do usuário. Se o indivíduo, nos seus mais diversos papéis sociais - como cidadão, contribuinte, trabalhador, consumidor, etc. - tem seus dados pessoais diuturnamente captados, vigiados, processados e transmitidos, tais perfis virtuais passam a fundamentar tomadas de decisões econômicas, políticas e sociais.

Obviamente que tal realidade é extremamente preocupante, porquanto tem a capacidade de alterar profundamente o modo como as pessoas lidam com as informações. E mais: pode muito bem afetar a capacidade de um indivíduo de se autodeterminar, influenciando não só o seu modo de consumo, mas também sua visão política, social e cultural, isso sem falar na possibilidade de esses “perfis”, formados com base nos dados pessoais, serem utilizados para fins discriminatórios.

Deve-se considerar, ainda, que isso ocorre de forma invisível à maioria dos usuários, sem seu consentimento, de forma que fica impossível aos indivíduos ter o controle das suas informações pessoais

que estão circulando na rede. A *internet*, tendo em vista a enorme quantidade de informações que um indivíduo ali despeja diariamente, pode conhecer mais sobre esse indivíduo do que ele mesmo. Cria-se, então, como bem pontuam Mendes e Doneda (2016, p. 37) uma demanda cada vez maior por instrumentos jurídicos capazes de regulamentar tal realidade e evitar possíveis abusos.

O tratamento de informações pessoais dos indivíduos pode ser utilizado para se tomar importantes decisões a seu respeito, afetando diretamente a sua vida, pois amplia as formas de controle social, de exposição indesejada, de discriminação e de restrição à liberdade individual. Por conseguinte, essa evolução exige um quadro de proteção jurídica de dados pessoais sólido, gerando a confiança necessária ao desenvolvimento da cidadania e da economia digital, evitando que as tão necessárias tecnologias existentes gerem novas formas de controle e exclusão social, como pressagiu Orwell.

Nesse contexto, não se pode deslembrar, por oportuno, que o sistema jurídico brasileiro, mais precisamente por intermédio de seu Texto Maior, grafa a vida privada como um dos diversos desdobramentos da proteção da dignidade humana, confirmando a ideia de intangibilidade de parte dos aspectos vivenciados no dia a dia de seus cidadãos, tema esse que será melhor explorado a seguir.

A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Preleciona Sarlet (2001, p. 11) que os direitos fundamentais podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade formal), integrados ao texto da Constituição e, portanto, retirados da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como os que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados (fundamentalidade material), tendo, ou não, assento na constituição formal, considerada a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º da Carta vigente, que prevê

o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime, dos princípios adotados pela Constituição, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Marmelstein (2009, p. 19-20), por sua vez, preconiza que os direitos fundamentais possuem um conteúdo ético (aspecto material) e um conteúdo normativo (aspecto formal). Quanto ao conteúdo ético ou material, seriam os valores básicos para uma vida digna em sociedade, tendo, portanto, íntima ligação com a ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder. Já quanto ao conteúdo normativo (aspecto formal), somente são direitos fundamentais aqueles valores que o povo (leia-se: o poder constituinte) formalmente reconheceu como merecedor de uma proteção normativa especial, ainda que implicitamente.

Os direitos humanos e fundamentais nasceram de reivindicações e lutas históricas, de acordo com as necessidades de cada período. O fundamento é, segundo Comparato (2010, p. 72), a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais.

Na Constituição Federal de 1988, os direitos e garantias fundamentais estão previstos no Título II, embora existam outros previstos de forma esparsa em todo o texto constitucional, e receberam especial tratamento do constituinte, não apenas quanto à hierarquia normativa superior das normas constitucionais, mas, principalmente, pelo fato do artigo 5º, §1º, propugnar que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata” e por terem sido erigidos à categoria de “cláusulas pétreas”, integrando o rol do artigo 60, §4º, da Constituição.

Os direitos fundamentais devem ter sua eficácia valorada não só do ponto de vista subjetivo, ou seja, da pessoa em relação ao Estado, mas também em relação à sociedade. O desdobramento desse aspecto é a denominada “eficácia dirigente” dos direitos fundamentais, no sentido de que constituem uma ordem ao Estado, que se incumbe permanentemente da concretização e realização desses direitos. Outro desdobramento é a

chamada “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais, no sentido de que estes fornecem diretrizes para a interpretação infraconstitucional e apontam para a necessidade de uma interpretação conforme a Constituição (SARLET, 2010, p. 146-148).

Associado a este efeito irradiante, encontra-se a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, da sua eficácia na esfera privada. A ideia é que os direitos fundamentais irradiam e vinculam também os particulares em suas relações privadas, não constituindo apenas direitos oponíveis aos poderes públicos. “Onde haja uma disparidade de poder social, todavia, os direitos fundamentais apresentam-se como importante salvaguarda” (ROTHENBURG, 2014, p. 30-31).

Uma das características dos direitos fundamentais é o atributo da abertura ou inexauribilidade, relacionada à possibilidade de os direitos fundamentais expandirem-se em número e em conteúdo, possibilitando que sejam reconhecidos outros direitos fundamentais, os quais não constituem um rol taxativo. Como asseveram Araújo e Nunes Junior (1998, p. 60), a cadeia evolutiva dos direitos fundamentais não teve um epílogo, pois diversas têm sido as manifestações internacionais no sentido de ampliar esse rol de direitos, inclusive com preocupações específicas, como, por exemplo, o meio ambiente, a água, a diversidade sexual e a proteção dos dados pessoais.

Warren e Brandeis (1890) inauguraram, no século XIX, a moderna doutrina do direito à privacidade em um célebre artigo intitulado “*The Right to Privacy*” publicado pela Harvard Law Review. Os autores preconizavam que o desenvolvimento da lei era inevitável no sentido de se estender a mesma proteção conferida a bens materiais a bens não materiais, como os pensamentos e as emoções.

A preocupação era com as novas tecnologias do final daquele século - a fotografia, os jornais e outros aparatos tecnológicos - que tinham invadido a esfera da vida privada e doméstica dos indivíduos, principalmente através da publicação não autorizada de fotografias, cartas, diários e outros escritos artísticos. Nesse sentido, Warren e Brandeis (1890) diziam que a proteção a esses bens não decorria do direito de propriedade, mas sim do direito à privacidade, que eles definiam, utilizando a expressão cunhada pelo juiz Thomas Cooley,

“*right to be let alone*”, ou seja, “direito de estar só” ou “direito de ser deixado em paz”.

O artigo de Warren e Brandeis é referendado como pioneiro de maneira quase unânime quanto ao estudo da privacidade, principalmente pelo fato de desvincular a tutela da privacidade do direito à propriedade, ligando-a a tutela da pessoa (DONEDA, 2006, p. 137-138). Entretanto, no decorrer do século XX, a transformação da função do Estado, aliada à revolução tecnológica, contribuiu para modificar o sentido e o alcance do direito à privacidade. De um direito marcadamente negativo e individualista, passou a constituir uma garantia de controle do indivíduo sobre as próprias informações e um pressuposto para qualquer regime democrático (MENDES, 2014, p. 29).

Com efeito, a tutela da privacidade evoluiu e adquiriu um caráter positivo, passando a relacionar-se com uma série de interesses, o que modificou substancialmente o seu perfil. O direito à privacidade passou a não se estruturar mais em torno do eixo “pessoa-informação-segredo”, no paradigma da *zero-relationship*, mas sim em torno do eixo “pessoa-informação-circulação-controle” (DONEDA, 2006, p. 23).

A transformação do conceito de privacidade pode ser notada a partir da década de 70, quando houve a edição de legislações específicas e de decisões judiciais em diversos países, como Estados Unidos e Alemanha, bem como a aprovação de acordos internacionais, visando à proteção de dados pessoais. “Todos esses instrumentos compartilhavam o conceito segundo o qual os dados pessoais constituem uma projeção da personalidade do indivíduo e que, portanto, merecem uma tutela jurídica” (MENDES, 2014, p. 29-31).

A partir do momento que a tecnologia tornou possível o armazenamento e o processamento rápido e eficiente de dados pessoais, deu-se a associação entre o direito à proteção da privacidade e as informações pessoais. Ocorre uma transformação, não apenas do conteúdo do direito à privacidade, mas também do seu léxico, passando a ser denominada de “privacidade informacional”, “proteção de dados pessoais”, “autodeterminação informativa” (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 140).

Dessa forma, opera-se na dogmática e na prática jurídica uma clara evolução do direito à privacidade, que assume posição de destaque na proteção da pessoa humana, não somente tomada como escudo contra o exterior, mas como elemento positivo, indutor da cidadania, da atividade política e dos direitos de liberdade de uma forma geral. A privacidade passa a incluir o direito de o indivíduo gerir a divulgação de informações a seu respeito, podendo ser conceituada como o direito ao controle sobre informações e dados pessoais (LEONARDI, 2011, p. 69).

As primeiras enunciações do direito à privacidade nas cartas internacionais de direitos humanos remontam à Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 2 de maio de 1948, que estabelece em seu artigo 5º que toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à vida particular e familiar; e à Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pouco depois, em 10 de dezembro de 1948, que igualmente trata sobre privacidade em seu artigo 12. A Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, denominada “Pacto de San Jose da Costa Rica”, seguindo esta linha, também determina no seu artigo 11 que ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada.

Quanto ao ordenamento jurídico pátrio, as Constituições Brasileiras anteriores à de 1988 não dispunham especificamente sobre o direito à privacidade. Pela primeira vez, a Constituição Federal de 1988 reconhece a vida privada e a intimidade como direitos fundamentais no artigo 5º, inciso X, determinando que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, e assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de violação desses direitos (SARTORI, 2016, p. 72).

Nota-se que a Constituição Federal de 1988 fez uma diferenciação entre os termos. Doneda (2006, p. 109) explana que cada um possui um campo semântico próprio: na “vida privada” encontra-se o discurso que proclama a distinção entre vida pública e vida privada, no estabelecimento de limites, em uma lógica de exclusão; já o termo “intimidade” refere-se a eventos ainda mais particulares e pessoais, a uma atmosfera de confiança, cujo aspecto estaria mais próximo ao “direito de estar só”.

Todavia, Doneda (2006, p. 110) e Jabur (2000, p. 258) sugerem que seja usado o termo “privacidade” de uma maneira ampla, por ser um termo específico e suficiente, unificando os valores expressos pelos termos intimidade e vida privada. Cabe ressaltar que a privacidade ainda é tratada no ordenamento jurídico brasileiro como um direito da personalidade, conforme determina o Código Civil de 2002, em seu artigo 21.

A questão da proteção de dados pessoais ganha uma nova roupagem diante de inúmeros desafios que estão sendo postos dia-a-dia, a ponto de já se reconhecer expressamente, em alguns ordenamentos jurídicos, um direito fundamental à proteção de dados pessoais, decorrente do direito à privacidade, mas de forma autônoma, com delineações próprias, o que ressalta o valor de direito fundamental desta proteção (DONEDA, 2011, p. 101; MENDES, 2014, p. 165; RUARO, 2017).

O direito fundamental à proteção de dados regula uma ordem de informação e comunicação, na medida em que busca equilibrar os variados interesses de usos e direitos de proteção, de defesa e de participação do indivíduo nos processos comunicativos. “O objeto de proteção constitucional é o processamento e a utilização dos dados e informações pessoais em geral” (MENDES, 2014, p. 175).

O bem jurídico protegido por esse direito, portanto, é amplo: visa a proteger a integridade física e moral, a privacidade e a personalidade da pessoa, as liberdades em geral e a igualdade, como componentes essenciais da dignidade da pessoa humana. Assim, o âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais é mais abrangente do que o do direito fundamental à privacidade.

O núcleo fundamental é que nenhum indivíduo deve ser submetido à coleta, ao processamento e à circulação de dados pessoais ilimitada e não consentida, sendo que a regra é a autodeterminação do titular sobre seus dados pessoais, a qual, porém, como todo direito fundamental, também está sujeita a limites.

O titular do direito fundamental à proteção de dados pessoais é a pessoa física, por ser este direito fortemente vinculado à dignidade humana e à personalidade, sendo o objeto de proteção constitucional o processamento e a utilização dos dados e informações pessoais em geral.

Assim, a princípio, estaria excluída dessa proteção as pessoas jurídicas, o que não impede um futuro debate sobre a questão.

Assim, o âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais consiste: i) na proteção do indivíduo contra os riscos que ameaçam a sua privacidade e sua personalidade em face da coleta, processamento, utilização e circulação dos dados pessoais e, ii) na atribuição do indivíduo da garantia de controlar o fluxo de seus dados pessoais na sociedade (MENDES, 2014, p. 176).

Logo, o direito fundamental à proteção de dados pessoais enseja tanto um direito individual de defesa do indivíduo (dimensão subjetiva), quanto um dever de proteção (concretização) por parte do Estado e da sociedade (dimensão objetiva). Quanto à dimensão subjetiva, traz um conceito geral de que o titular, a princípio, deve ter o controle da coleta, processamento, utilização e circulação dos seus dados pessoais. Já a sua dimensão objetiva impõe a necessidade de sua concretização pelos Poderes Públicos, exigindo não só a omissão do Estado, no sentido de não intervenção, mas também a sua ação, com a criação de legislação, de procedimentos e de mecanismos que visem a sua efetivação.

Ainda quanto à sua dimensão objetiva, não se pode olvidar da eficácia irradiante desse direito, ou de sua eficácia horizontal, no sentido de que cabe também ao setor privado sua observância. O reconhecimento da eficácia horizontal do direito à proteção dos dados pessoais é essencial para a proteção da personalidade do indivíduo na sociedade da informação, na qual esta tem um papel tão importante quanto o trabalho ou o capital.

Por constituir um direito sobre informações pessoais, a proteção de dados pessoais tem um forte componente de autodeterminação, tendo em vista que somente o indivíduo pode determinar o âmbito da própria privacidade, a medida que suas informações pessoais podem ou não ser coletadas, processadas e transferidas. Nesse aspecto, nota-se que a proteção de dados pessoais é marcada por esse acentuado viés de autocontrole, de autodeterminação e de liberdade de seu titular. O consentimento é o mecanismo que o Direito dispõe para garantir a autonomia privada dos indivíduos (MENDES, 2014, p. 60).

Mayer-Schönberger (1997, p. 233), nesse sentido, questiona se, mesmo havendo consentimento em relação ao tratamento de dados pessoais, o indivíduo ainda poderia pleitear ressarcimento na eventual hipótese de violação ao seu direito de privacidade. A resposta deve ser positiva: é possível dizer que o tratamento dos dados pessoais deve se dar na exata medida do consentimento, cabendo reparação sempre que houver um excesso, uma extrapolação, daquilo que foi consentido.

A título de exemplo, a proteção de dados pessoais já era expressamente prevista como um direito fundamental autônomo pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 e de 2010. Isso também já era afirmado pelas Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) e Diretiva 2002/58/CE. Recentemente, o Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas físicas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, revogou a Diretiva 95/46/CE. O Regulamento, aplicável desde 25 de maio de 2018, reafirma que “a proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais é um direito fundamental” (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Nos países da Ibero-América, também se vislumbra a tendência e a preocupação com a questão da proteção de dados pessoais. Na XIII Cúpula Ibero-americana de Chefes de Estado e de Governo, realizada nos dias 14 e 15 de novembro de 2003, na cidade de Santa Cruz de La Sierra, na Bolívia, foi firmada a “Declaração de Santa Cruz de La Sierra”. Nesta Declaração, os países que compõem a Cúpula, dentre eles o Brasil, reconheceram formalmente o direito à proteção de dados pessoais com o um direito fundamental, e comprometeram-se a garantir uma regulação avançada do direito de proteção de dados pessoais (CÚPULA..., 2003). Na América do Sul, países vizinhos como Chile e Argentina, entre outros, já contam com leis próprias de proteção de dados.

No Brasil, existem instrumentos e normas que possibilitam a proteção dos dados pessoais, como o *Habeas data*, previsto no art. 5º, LXXII, da Constituição Federal e regulado pela Lei 9.507/97; o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990); a Lei do cadastro positivo (Lei n. 12.414/2011); a Lei de acesso à informação pública (Lei n.

12.527/2011); entre outros. No âmbito da regulamentação da *internet*, podem ser ressaltadas três normas de grande importância: a Lei “Carolina Dieckmann” (Lei n. 12.737/2012), o Decreto n. 7.962/2013, e o Marco Civil da *Internet* (Lei n. 12.965/2014).

Entretanto, diante da evolução tecnológica, ampliam-se as formas de controle social, de exposição indesejada, de discriminação e de restrição à liberdade individual (MENDES; DONEDA, 2016, p. 36). Para enfrentar esses desafios, foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, conhecida como “LGPD”, pelo presidente Michel Temer, no dia 14 de agosto de 2018. A lei entrou em vigor no dia 28 de dezembro de 2018 em relação a alguns dos seus dispositivos, e vinte quatro meses após a data da sua publicação em relação a outros.

Nos seus 10 capítulos, divididos em 65 artigos, a lei traz regras sobre o tratamento de dados pessoais, direitos do titular, transferência internacional de dados, segurança e boas práticas, dentre outras. A LGPD foi alterada em 27 de dezembro de 2018 pela Medida Provisória n. 869, que criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados e deu outras providências. A Medida Provisória foi convertida na Lei n. 13.853, de 08 de julho de 2019. Cumpre ressaltar que não se objetiva analisar os dispositivos da lei no presente texto. Embora seja uma análise de suma importância, relega-se tal desiderato para um momento posterior.

Por agora, interessante notar que o artigo 5º da LGPD traz diversos conceitos, tais como o conceito de dado pessoal, como sendo toda informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável. Destarte, o conceito não se limita a nome, sobrenome, apelido, idade, endereço físico ou eletrônico, podendo incluir dados de localização, placas de automóvel, perfis de compras, número do *Internet Protocol* (IP), dados acadêmicos, histórico *online* de compras e buscas, entre outros, sempre relacionados à pessoa natural viva (PINHEIRO, 2018).

A lei conceitua e regulamenta, ainda, a questão do dado pessoal sensível, como sendo aquele 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.

De tal modo, sobre a LGDP, aduz Pinheiro (2018): “é uma legislação extremamente técnica, que reúne uma série de itens de controle para assegurar o cumprimento das garantias previstas cujo lastro se funda na proteção dos direitos humanos”.

Por derradeiro, cumpre destacar que o Plenário do Senado aprovou, em 02 de julho de 2019, em dois turnos, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que inclui a proteção de dados pessoais disponíveis em meios digitais na lista das garantias individuais da Constituição Federal. A PEC 17/2019, do senador Eduardo Gomes (MDB-TO), foi aprovada com 65 votos favoráveis em primeiro turno e 62 favoráveis em segundo turno. Não houve votos contrários nem abstenções. O texto seguiu para votação na Câmara dos Deputados (BRASIL, 2019).

A Proposta acrescenta o inciso XII-A, ao artigo 5º, e o inciso XXX, ao artigo 22, da Constituição Federal de 1988, para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria.

Na justificativa do Projeto, o autor alude que a proteção de dados pessoais é fruto da evolução histórica da própria sociedade internacional, sendo que diversos são os Países que adotaram leis e regras sobre privacidade e proteção de dados. “Isso porque o assunto, cada vez mais, na Era informacional, representa riscos às liberdades e garantias individuais do cidadão”. Afirmo, ainda, que a privacidade foi o ponto de partida de discussões e regulações dessa natureza, “[...] mas já se vislumbra, dadas as suas peculiaridades, uma autonomia valorativa em torno da proteção de dados pessoais, de maneira, inclusive, a merecer tornar-se um direito constitucionalmente assegurado” (BRASIL, 2019).

De fato, o Brasil necessita muito mais do que uma lei sobre o assunto, apesar da envergadura jurídica da Lei no 13.709/2018. Ademais, constitucionalizar a questão coloca o Estado brasileiro dentre aqueles que reconhecem a relevância de se preservar ao máximo a intimidade, a privacidade e as informações pessoais dos indivíduos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há um evidente desequilíbrio de poderes entre o indivíduo e os organismos que processam os dados pessoais com uma consequente perda de controle individual sobre o fluxo dos seus dados. Essas novas condições tecnológicas alteraram o pressuposto central no qual se baseia o conceito de privacidade: a possibilidade de o indivíduo efetivamente controlar o fluxo de suas informações pessoais na sociedade. Sem dúvida, a maior preocupação é em relação ao fluxo de dados pessoais na *internet*, tendo em vista a importância e a ubiquidade que a rede mundial de computadores passou a ter na sociedade contemporânea.

A revolução informática e tecnológica abrem maiores possibilidades de participação social, econômica e política. As tecnologias da informação são ferramentas indispensáveis para a promoção do desenvolvimento econômico e social dos países, inclusive do Brasil. Contudo, cabe ao Direito evitar que a sociedade da informação gere novas formas de exclusão.

Essa percepção traz a necessidade de repensar importantes aspectos relativos à liberdade de expressão, à comunicação, à privacidade, à democracia e ao consumo. Assim, diante dessa suposta ideia libertária de mundo sem fronteiras, o grande desafio para o Direito é compreender e acompanhar essas inovações, garantindo a pacificação social, o desenvolvimento sustentável dessas novas relações e, acima de tudo, a manutenção do próprio Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, a proteção dada aos direitos fundamentais da vida privada e da intimidade pode se mostrar insuficiente para lidar com as atuais situações decorrentes do processamento e circulação da informação pessoal, o que torna patente a importância de que se reconheça a autonomia de um direito fundamental à proteção de dados pessoais, ainda mais em tempos de intolerância globalizada.

A polarização dos pensamentos, a disseminação de *fake news*, o *fast food* de pseudo informações e a exacerbada violência em relação àquele que pensa diferente, torna ainda mais importante que o indivíduo tenha um núcleo pessoal blindado à curiosidade, análise e julgamento alheios.

Seria intolerável viver em uma sociedade sem privacidade, com constante vigilância e onde a informação fosse controlada pelos

detentores de poder, tal como descreveu George Orwell na sua antiutopia intitulada “1984”. O reconhecimento de um direito fundamental à proteção de dados pessoais, bem como sua regulamentação, deve ser compreendida como um ponto de partida para consolidação de um ambiente virtual democrático, livre, seguro e que respeite a privacidade, a liberdade e a igualdade dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BELLEIL, Arnaud. **@-Privacidade**. O Mercado dos Dados Pessoais: Protecção da Vida Privada na Idade da *Internet*. Tradução de Paula Rocha Vidaline. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

BRASIL. Senado Federal. Protecção de dados pessoais deverá ser direito fundamental na Constituição. **Agência Senado**, Brasília, 2 jul. 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/07/02/protecao-de-dados-pessoais-devera-entrar-na-constituicao-como-direito-fundamental>>. Acesso em: 05 set. 2019.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. 6. ed. Tradução de Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v. 1.

_____. **A Galáxia da Internet**. Reflexões sobre a *Internet*, os Negócios e a Sociedade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CÚPULA IBERO-AMERICANA DE CHEFES DE ESTADO E DE GOVERNO. **Declaração de Santa Cruz de La Sierra**. Aprovada na XIII Cúpula Ibero-americana de Chefes de Estado e Governo, Santa Cruz de La Sierra, 2003. Disponível em: <<http://segib.org/documentos/esp/DeclaraciondeSantaCruz.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2019.

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A Proteção dos Dados Pessoais como um Direito Fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul/dez 2011.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**. Conflitos entre Direitos da Personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

KANT, Immanuel. **Textos seletos**. Coleção Textos Filosóficos. Tradução de Raimundo Vier e Floriano de Souza Fernandes. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio Eletrônico**. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LYON, David. **Surveillance Studies: an Overview**. Cambridge: Polity Press, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MATOS, Karla Cristina da Costa e Silva. **O Valor Econômico da Informação nas Relações de Consumo**. Coimbra: Almedina, 2012.

MAYER-SCÖNBERGER, Viktor. General Development of Data Protection in Europe. In: AGRE, Phillip; ROTHENBERG, Marc (Org.). **Technology and Privacy: The New Landscape**. Cambridge: MIT Press, 1997, p. 219-242.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, Proteção de Dados e Defesa do Consumidor**. Linhas Gerais de um novo Direito Fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; DONEDA, Danilo. Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do Projeto de Lei 5.276/2016. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, ano 3, v. 9, p. 35-48, out.-dez. 2016.

NEGROPONTE, Nicholas. **A Vida Digital**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

ORWELL, George. **1984**. Traduzido por Alexandre Hubner. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PARISER, Eli. **O Filtro Invisível**. O que a Internet está Escondendo de Você. Tradução de Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. *E-book*.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradução de Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de Dados Pessoais**: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva, 2018. *E-book*.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Método, 2014.

RUARO, Regina Linden. A tensão entre o direito fundamental à proteção de dados pessoais e o livre mercado. **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor - REPATS**, Brasília, v. 4, n. 1, p. 389-423, jan-jun, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 1, v. 1, p. 1-46, abril/2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARTORI, Ellen Carina Mattias. Privacidade e Dados Pessoais: a proteção contratual da personalidade do consumidor na *internet*. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, n. 3, v. 9, p. 49-104, out./dez. 2016.

SOLOVE, Daniel. **The Digital Person**: Technology and Privacy in the Information Age. New York: New York University, 2004.

STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karan. **Direito e Literatura**: da realidade da ficção à realidade ficcional. São Paulo: Atlas, 2013.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Em direção a um novo 1984? A tutela da vida privada entre a invasão de privacidade e a privacidade renunciada. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 109, p. 129-169, jan./dez. 2014.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, Bruxelas, 27 de abr. de 2016. **Jornal Oficial [da] União Europeia**, Luxemburgo, L 119/1, 4 maio 2016. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>>. Acesso em: 11 jan. 2019.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, Boston, n. 5, v. 4, dez. 1890. Disponível em: <<http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

Recebido em: 09-09-2019

Aprovado em: 09-12-2019

Cláudio José Amaral Bahia

Pós-doutorando no Ius Gentium Conimbrigae da Universidade de Coimbra, Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, mestrado em Direito Constitucional - Instituição Toledo de Ensino (2002), graduação em Direito - Instituição Toledo de Ensino (1996). Atualmente é professor - Instituição Toledo de Ensino de Bauru e da Faculdade Iteana de Botucatu na graduação e na pós- graduação lato e stricto sensu na Instituição Toledo de Ensino de Bauru. E-mail: claudio_amaralbahia@hotmail.com

Ellen Carina Mattias Sartori

Doutoranda e Mestra pelo Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Instituição Toledo de Ensino de Bauru (ITE) – Área de concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Pós-graduada Lato Sensu (Especialização) em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professora de Direito Civil do curso de Direito da Instituição Toledo de Ensino (ITE), nas unidades de Bauru e Botucatu. Advogada. E-mail: ellencarinasartori@gmail.com

Instituição Toledo de Ensino de Bauru – ITE

Praça 9 de Julho, 51 - Vila Pacifico, Bauru - SP, 17050-790

