

OS FUNDAMENTOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI Nº 13.709/2018)

Regina Ruaro¹

Fabrizio Predebon da Silva²

Resumo: Este trabalho buscou analisar os fundamentos elencados no art. 2º da Lei Geral de Proteção de Dados. Por meio do método de abordagem dialético, procurou-se fazer uma revisão bibliográfica acerca do tema para, em um primeiro momento, discorrer sobre a ascensão do direito à proteção de dados ao patamar de direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, bem como sobre as implicações práticas desse fato. Em um segundo momento, foram analisados os fundamentos da LGPD a partir de seu entrelaçamento com a proteção de dados pessoais, confrontando-os com a realidade prática, com ênfase em exemplos ocorridos no ciberespaço. O exame dos fundamentos permitiu a parcial visualização do desenvolvimento do direito humano e fundamental à proteção de dados pessoais, em especial a partir da privacidade e da autodeterminação informativa.

Palavras-Chave: Proteção de dados pessoais; fundamentos da LGPD; direitos fundamentais, privacidade, autodeterminação informativa.

Abstract: This work sought to analyze the fundamentals listed in

¹ Pós-Doutora pela Universidad de San Pablo – CEU de Madrid (2016). Doutora em Direito pela Universidad Complutense de Madrid (1993). Professora Titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS. Membro do Grupo Internacional de Pesquisa em Proteção de Dados Pessoais – Privacidad y Acceso – www.privacidadyacceso.es. Advogada.

² Mestrando no curso de pós-graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

art. 2 of the General Data Protection Law. Through the dialectical method of approach, an attempt was made to carry out a bibliographical review on the subject to, at first, discuss the rise of the right to data protection to the level of fundamental right in the brazilian legal system, as well as the practical implications of this fact. In a second moment, the fundamentals of the GDPR were analyzed from its intertwining with the protection of personal data, confronting them with the practical reality, with emphasis on examples that occurred in cyberspace. The examination of the foundations allowed a partial visualization of the development of the human and fundamental right to personal data protection, especially from privacy and informative self-determination.

1. INTRODUÇÃO



advento das tecnologias de informação e comunicação e o avanço acelerado do uso e do aperfeiçoamento das inteligências Artificiais (IA) impõem à ciência do Direito atentar aos novos fatos da vida, ou seja, às constantes e ininterruptas transformações da realidade, que trazem consigo novas formas e possibilidades de afronta à dignidade humana, com isso urge criar (novos) direitos, justificar direitos a partir de outros direitos ou princípios positivados, ou ainda dar nova configuração aos direitos já positivados. Significa dizer que “as condições tecnológicas e sociais modificadas requerem o desenvolvimento contínuo da interpretação da proteção dos direitos fundamentais para que as novas ameaças possam ser superadas”³. Foi com esse espírito que a comunidade jurídica e os legisladores desenvolveram a posição jurídica protetiva dos dados pessoais.

³ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados de uma mesma moeda. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 12, n. 39, p. 185-216, 2018.

O tema proteção de dados pessoais é pertinente e seu enfrentamento se tornou mais urgente com o surgimento da possibilidade de seu tratamento automatizado. No cenário jurídico, o assunto ganhou notoriedade na década de 1980, quando o Caso Lei do Censo⁴, que será debatido mais adiante, foi julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

Desde então, os riscos à liberdade, à dignidade, ao direito geral de personalidade, à autodeterminação informativa e à privacidade crescerem na mesma proporção em que a sociedade avançou no uso de tecnologias de informação e comunicação. Efetivamente, esses riscos não são novos, pois se concretizavam, por exemplo, já no período do regime militar brasileiro, entre 1964 e 1985, a partir da manutenção de bancos de dados contendo registros concernentes às convicções políticas e ideológicas das pessoas, tendo hoje esses riscos se manifestado por meio de novas facetas, como na obtenção, armazenamento, utilização, troca ou venda de dados pessoais por empresas privadas, por vezes sendo esse o ponto chave em seu modelo de negócio. Com efeito, “quando coletados e estudados de forma adequada e sistemática, os dados podem fazer a diferença entre fracasso e sucesso para governos e empresas”⁵.

Se hoje temos de um lado os dados pessoais como uma importante *commodity* nos âmbitos público e privado, temos, de outro, a proteção dos dados pessoais como um direito fundamental, sendo este direito fruto de uma construção histórica, de trabalho doutrinário e jurisprudencial, que se iniciou em ordenamentos jurídicos estrangeiros, como o da Alemanha, após, com as diretivas da União Europeia até chegarmos no Regulamento Geral de Proteção de Dados e já com bastante atraso em relação a outros países da América Latina, no Brasil com a positivação da matéria por meio da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

⁴ BVerfGE 65,1.

⁵ SOMBRA, Thiago Luis Santos. Fundamentos da Regulação da Privacidade e da Proteção de Dados Pessoais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Trecho contido na apresentação, escrita por Eduardo Ustaran.

(Lei nº 13.709/2018 - LGPD).

Importante progresso na matéria de reconhecer a proteção de dados pessoais como direito fundamental se deu com a Emenda Constitucional nº 115/2022, que incluiu no artigo 5º o inciso XXLIX. Já os fundamentos deste direito (fundamental) estão assentados na LGPD e é sobre eles que o presente estudo se ocupará, buscando confrontá-los, na medida do possível, à realidade prática. Muitos deles são parte integrante da própria história do surgimento do direito à proteção de dados pessoais, como o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa, o desenvolvimento tecnológico, o livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade. Por isso é importante, para entender a pertinência dos fundamentos elencados pelo legislador, abordar o entrelaçamento entre eles e o direito à proteção de dados pessoais, por vezes indo na sua origem.

Para atingir o objetivo proposto, acolheu-se o método de abordagem dialético por meio de revisão bibliográfica acerca do tema. Além de discorrer sobre os referidos dispositivos legais, este ensaio está fundado em estudos que versam sobre a proteção de dados pessoais em uma contemporânea “razão hiperconectada”⁶. Desse modo, a divisão das seções obedece à linha de raciocínio característica do método dialético.

Inicialmente, será percorrido o caminho da ascensão do direito à proteção de dados pessoais ao patamar de direito fundamental no cenário brasileiro, para então se analisar as implicações práticas de ser a proteção dos dados pessoais um direito fundamental. Posteriormente, serão analisados, um a um, os sete incisos do art. 2º da LGPD, e os fundamentos neles contidos.

O presente artigo está ancorado na linha de pesquisa Direito, Ciência, Tecnologia & Inovação e no Projeto de Pesquisa,

⁶ Sobre o tema, por todos conforme a Coletânea organizada por Ovidiu Vermesan e Joël Bacquet, *Cognitive Hyperconnected Digital Transformation: Internet of Things Intelligence Evolution*. River Publishers, 2017. Disponível em: https://european-iot-pilots.eu/wp-content/uploads/2020/06/Cognitive_Hyperconnected_Digital_Transformation_IERC_2017_Cluster_eBook_Web.pdf. Acesso em: 12/04/2022.

Proteção de Dados Pessoais e Acesso à Informação no Estado Democrático de Direito, do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS.

2. DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Em breve esboço histórico vale salientar que, por muito tempo, o Supremo Tribunal Federal interpretava o art. 5º, inciso XII, da Constituição de maneira literal, afirmando que a proteção a que se refere o dispositivo era “da comunicação “de dados”, e não dos “dados em si mesmos”, ainda quando armazenados em computador.⁷ Com base nessa interpretação, os dados não seriam o objeto da proteção oferecida pela garantia do sigilo das comunicações, mas tão somente a liberdade de comunicação.⁸

O debate na Corte ganhou fôlego com o RE 673.707, de relatoria do Ministro Luiz Fux, datado de 17/06/2017, que versava sobre um pedido de contribuinte em *habeas data* para ter acesso às anotações em sistemas informatizados de apoio à arrecadação federal relacionadas a pagamentos efetuados e outros dados próprios. O relator reconheceu que as informações pessoais, armazenadas e processadas por outras entidades, por possibilitarem a identificação de determinado indivíduo, “podem afetar a sua esfera de direitos e, por isso, merecem a tutela constitucional a partir da garantia do *habeas data*.”⁹

No julgamento, o Ministro Gilmar Mendes, citando artigos científicos que tinham como temática o direito fundamental

⁷ A exemplo, Mandado de Segurança 21.729, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 05/10/1995.

⁸ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados de uma mesma moeda. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 12, n. 39, p. 185-216, 2018.

⁹ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados de uma mesma moeda. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 12, n. 39, p. 185-216, 2018.

à autodeterminação informativa, sugeriu que a partir da garantia processual do *habeas data* poderia se desenvolver um direito material fundamental à proteção de dados pessoais.¹⁰ O voto indicou a existência de um direito fundamental implícito à proteção de dados pessoais, tendo contribuído e influenciado para a futura mudança de entendimento sobre o tema no Supremo.

Em novo avanço, no julgamento da ADI 6387, em 07/05/2020, relatada pela Ministra Rosa Weber, o Plenário do STF confirmou decisão monocrática para suspender a Medida Provisória nº 954/2020, que determinava que as empresas de telefonia fornecessem ao IBGE nomes, endereços e telefones de mais de cem milhões de brasileiros, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19).

Conforme decidido pela Corte, o tratamento de dados pessoais, que permite efetiva ou potencial identificação da pessoa, deve observar limites delineados pelos direitos fundamentais à liberdade individual (art. 5º, *caput*, da CF), à privacidade e ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII, da CF). Ainda, na decisão, o STF considerou que tal compartilhamento de dados era inconsistente com as exigências da proporcionalidade e razoabilidade, e que “o direito fundamental à proteção de dados pessoais representa direito autônomo e com âmbito de proteção distinto ao do direito à privacidade”.¹¹ Em relação à autonomia:

(...) o conteúdo (no sentido do âmbito de proteção normativo) de um direito fundamental à proteção de dados pessoais, embora fortemente articulado com o princípio da dignidade da pessoa humana e de outros direitos fundamentais, em especial

¹⁰ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados de uma mesma moeda. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 12, n. 39, p. 185-216, 2018.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Fundamentos jusfilosóficos e âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais. Revista Direito Público, v. 17, n. 93, p. 33-57, 2020.

o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e alguns direitos especiais de personalidade, como é o caso, entre outros, do direito à privacidade e do assim chamado direito à autodeterminação informativa, não se confunde com o do objeto da proteção de tais direitos.¹²

Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes argumentou que a afirmação de um direito fundamental à privacidade e à proteção de dados pessoais deriva:

de uma compreensão integrada do texto constitucional lastreada (i) no direito fundamental à dignidade da pessoa humana, (ii) na concretização do compromisso permanente de renovação da força normativa da proteção constitucional à intimidade (art. 5º, inciso X, da CF/88) diante do espraiamento de novos riscos derivados do avanço tecnológico e ainda (iii) no reconhecimento da centralidade do *Habeas Data* enquanto instrumento de tutela material do direito à autodeterminação informativa.¹³

Em relação à Medida Provisória, o Min. Gilmar Mendes pontuou que o instrumento não se sustentaria em um teste de proporcionalidade. A análise da adequação da medida fica dificultada pela redação genérica dos objetivos do compartilhamento. Quanto à necessidade, destaca o Ministro que há meios menos invasivos para o fim almejado (produção estatística por meio de entrevistas não presenciais). Já a proporcionalidade em sentido estrito seria afastada pelo “descompasso entre o caráter amostral da pesquisa estatística e a autorização geral de tratamento”.¹⁴

Surge, então, na jurisprudência do STF, o direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais. Com essa virada, amplia-se a esfera protetiva dos dados pessoais em âmbito constitucional para além dos dados íntimos, pois considera-se

¹² SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Fundamentos jusfilosóficos e âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista Direito Público*, v. 17, n. 93, p. 33-57, 2020.

¹³ Voto de Gilmar Mendes na ADI 6387, p. 20.

¹⁴ Voto de Gilmar Mendes na ADI 6387, p. 30-31.

que não há dados pessoais irrelevantes¹⁵, reconhecendo-se o potencial danoso na sua manipulação ao próprio sistema de direitos fundamentais. “A disciplina jurídica do processamento e da utilização da informação acaba por afetar o sistema de proteção de garantias individuais como um todo.¹⁶”

Em paralelo à construção jurisprudencial, a doutrina, ajudando no estabelecimento desse novo direito fundamental, justificava a existência implícita do direito fundamental à proteção de dados a partir da dimensão material do *habeas data*, que seria a autodeterminação informativa, aliada à tutela da personalidade e da dignidade humana¹⁷, ou ainda a partir da interpretação da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento e autodeterminação da personalidade somados aos direitos especiais de personalidade da privacidade, da intimidade e da autodeterminação informacional¹⁸.

Outro aspecto importante discutido no julgamento, constou do Voto do Ministro Luís Roberto Barroso e foi o reconhecimento, de um lado, da importância dos dados para fins de estatística e de outro o direito à privacidade e os riscos da malversação dos dados pessoais. Adotando um juízo de ponderação argumentou que:

“De um lado, a estatística, que não é um valor em si, mas é um instrumento, uma ferramenta indispensável no mundo contemporâneo para que se desenhem políticas públicas adequadas para atender as necessidades da população. Portanto, como em qualquer ponderação, temos dois pratos em uma balança. Em

¹⁵ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados de uma mesma moeda. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 12, n. 39, p. 185-216, 2018.

¹⁶ ADI 6387, julgada pelo plenário do STF em 07/05/2020, Relatora Ministra Rosa Weber.

¹⁷ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados de uma mesma moeda. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 12, n. 39, p. 185-216, 2018.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Fundamentos jusfilosóficos e âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais. Revista Direito Público, v. 17, n. 93, p. 33-57, 2020.

um dos pratos, está a importância da estatística dos dados objetivos de informação confiável para que se produzam soluções adequadas. No outro prato dessa balança, estão os direitos constitucionais elencados no art. 5º da Constituição, X e XII, notadamente o direito à intimidade e à vida privada, genericamente identificados com o direito de privacidade, que é o direito que toda pessoa tem de ter uma esfera da sua vida que não seja acessível, quer ao Estado, quer a outras pessoas, salvo, eventualmente, por vontade própria.

....

Portanto, a dualidade que se coloca, aqui, nesta ação é precisamente essa: uma tensão entre a importância dos dados no mundo contemporâneo e os riscos para a privacidade que a sua malversação representa para todos nós.”¹⁹

O direito à proteção de dados pessoais no Brasil foi incluído, expressamente, no rol dos direitos fundamentais apenas no ano de 2022, com a adição, pela EC nº 115/22, do inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, que dispõe: “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.”

Ficam assim, assentadas as bases de reconhecimento de um regime protetivo diferenciado de outros direitos fundamentais alcança esse direito (fundamental) autônomo, com consequências práticas como a seguir se passa a analisar.

2.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E SUAS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS

Os direitos fundamentais, neles compreendidos os positivados e os não positivados (estes subdivididos em duas categorias, os implícitos e os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição)²⁰, contam com regime jurídico

¹⁹ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=15344949214&ext=.pdf>. Acesso em 03/05/2023.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

protetivo reforçado, decorrente da própria Constituição.

Ocorre que, a Constituição definiu os direitos fundamentais como cláusulas pétreas ao não permitir ser objeto de deliberação de proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, da CF). Essa garantia consiste em limitação material à reforma constitucional. Dessa forma, o rol dos direitos fundamentais, que é aberto em razão da existência de direitos fundamentais implícitos e da cláusula de abertura material constante no art. 5º, §2º, da CF, só deve evoluir, vedando-se o retrocesso.

Além disso, os direitos fundamentais possuem aplicação imediata (5º, §1º, da CF). Trata-se a aplicação imediata de norma principiológica, “uma espécie de mandado de otimização (ou maximização)”, que estabelece “aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais”²¹. O alcance da norma contida no art. 5º, §1º, da CF, no sentido de se aplicar mais ou menos a imediatidade, variará de acordo com o caso concreto, a depender do direito fundamental em discussão. Contudo, a aplicabilidade imediata alcança todos os direitos fundamentais, vinculando os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que devem, na medida das possibilidades apresentadas pelo caso concreto, dar a máxima aplicabilidade possível àqueles.

Outra qualidade dos direitos fundamentais é a superioridade normativa. Com efeito, os direitos fundamentais são parte integrante da Constituição formal, possuindo, dessa forma, *status* normativo superior em relação a todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido, não é permitido ao legislador alterar o conteúdo essencial desses direitos ao regular o seu exercício. Não são permitidas inovações legislativas abusivas e desproporcionais. Vale ressaltar que a superioridade normativa não torna os

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

direitos fundamentais absolutos. Isso porque eles encontram limites em outros direitos fundamentais ou interesses coletivos consagrados na Constituição.

Feita essa rápida incursão na fundamentalidade do direito à proteção de dados pessoais e nas suas implicações práticas, passa-se à LGPD.

3. LGPD – LEI 13.709/18 E SEUS FUNDAMENTOS

A LGPD dispõe no art. 1º que o seu objetivo é proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, bem como o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, tudo por meio do adequado tratamento dos dados pessoais feito por pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado. No entanto, podemos ir além. Como examinado, o direito fundamental à proteção de dados é autônomo e tem sua própria esfera de proteção, apesar dos pontos de contato com os direitos fundamentais mencionados no art. 1º.

As múltiplas possibilidades de violação a direitos fundamentais por meio do tratamento de dados pessoais, que surgem com cada avanço tecnológico, demandam a constante atualização dos direitos fundamentais. A proteção de dados é uma posição jurídica pessoal, e não dos dados em si, e que se presta a dar condições para que o indivíduo possa exercer suas liberdades e o livre desenvolvimento da personalidade, e de ter sua privacidade preservada, além de tantos outros direitos fundamentais que podem ser violados por meio do tratamento de dados pessoais. O que se está a dizer é que agora esse direito é fundamental e, mais do que protegido contra o retrocesso, está sujeito à constante construção para fazer frente aos eventuais novos riscos advindos das inovações tecnológicas.

Por fim, a LGPD também dá concretude à eficácia horizontal dos direitos fundamentais ao determinar sua aplicação ao tratamento de dados realizados também por pessoas naturais ou

jurídicas de direito privado. Não poderia ser de outra forma, pois empresas privadas encontram diferentes formas de utilização dos dados pessoais com finalidade lucrativa, por vezes com possibilidade de exercer influência sobre nossas escolhas sem que estejamos cientes ou conscientes disso. No entanto, foge do escopo deste trabalho analisar a possibilidade de manipulação das pessoas por meio do tratamento de dados pessoais.

Superado esse breve destaque, passa-se a analisar os fundamentos da disciplina da proteção de dados pessoais, elencados no art. 2º da LGPD, que são ao mesmo tempo inspiração ao desenvolvimento da tutela da proteção de dados e norte para a interpretação e aplicação das normas.

3.1 O RESPEITO À PRIVACIDADE (ART. 2º, INCISO I)

A privacidade é direito fundamental, que pode ser considerado como positivado no art. 5º, inciso X, da CF, além de ser deduzível do direito geral de personalidade, sendo este, por sua vez, cláusula geral implícita extraída da interpretação conjunta do direito geral de liberdade e do princípio da dignidade da pessoa humana.²² Neste sentido, “a privacidade está fortemente ligada à personalidade e ao seu desenvolvimento, para o qual é elemento essencial”²³.

Trata-se a privacidade de direito intimamente ligado ao desenvolvimento do direito à proteção de dados pessoais, porém com este não se confundindo, na medida em que a privacidade é o direito a ser deixado em paz, uma liberdade negativa, enquanto a proteção de dados pessoais não se afigura um espaço de desconhecimento público, mas uma liberdade positiva que propicia assegurar o tratamento dos dados de acordo com preceitos

²² SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Fundamentos jusfilosóficos e âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista Direito Público*, v. 17, n. 93, p. 33-57, 2020.

²³ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

determinados.

Atribui-se o surgimento do direito à privacidade (*privacy*) ao artigo escrito pelos advogados americanos Samuel D. Warren e Louis Brandeis no ano de 1890, intitulado *the right to privacy*²⁴. Os autores, em um contexto de avanços tecnológicos (invenção da máquina fotográfica instantânea) e crescente exposição não autorizada de pessoas em colunas de jornais por meio de fotos instantâneas e fofocas sobre a vida privada, demonstram a insuficiência dos direitos até então titularizados pelas pessoas para evitar ou reparar o sofrimento mental ocasionado pela invasão de privacidade. Como exemplo, trazem que uma carta particular publicada sem a autorização do autor seria objeto de análise sob o âmbito da proteção do direito de propriedade intelectual e artística, do direito à honra, ou sob a ótica da quebra de contrato ou do abuso de confiança. Ocorre que esses direitos são incapazes de tutelar a privacidade, defendida como parte integrante do direito à personalidade e vista como o direito de ser deixado só²⁵.

Os autores defendem que cabe à pessoa escolher o que de sua vida será mantido na esfera privada e o que será tornado público. Em outro exemplo elencado na obra, um indivíduo escreve em seu diário que não jantou com a sua esposa em determinado dia. Eles alegam que ninguém teria o direito de tornar público esse fato, ainda que tivesse obtido o diário de maneira legal, e que não se trata esse caso da defesa de propriedade intelectual, mas da defesa da privacidade em face da publicização de um fato doméstico, ocorrido no âmbito privado. Isso porque “os direitos protegidos, seja qual for sua exata natureza, não surgem de contrato ou de confiança especial, mas são direitos

²⁴ WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The right to privacy*. Harvard Law Review, vol. 4, nº. 5, p. 193-220, 1890.

²⁵ Cooley on Torts, 2d ed, p. 29, como citado em WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The right to privacy*. Harvard Law Review, vol. 4, nº. 5, p. 193-220, 1890. A expressão “right to be let alone” é creditada pelos autores ao *Judge Cooley*.

contra o mundo”²⁶. Apresenta-se aqui o que podemos denominar de uma liberdade negativa.

Foi desenhado por Warren e Brandeis, assim, como parte integrante do direito à personalidade²⁷, o direito à privacidade, com característica de direito negativo, de abstenção em face do Estado e de particulares, superando o costume anterior que associava os atos da vida privada aos direitos de propriedade material e imaterial, ou a eventual quebra de contrato ou de confiança.

Esse direito, no entanto, não foi imediatamente incorporado pela jurisprudência americana, mas passou por lenta construção em casos diversos julgados pela Suprema Corte. No caso *Olmstead v. United States*, julgado em 1928, que tratou da aplicação ou não da Quarta Emenda²⁸ em caso de interceptação telefônica realizado por agentes federais sem mandado judicial, o voto de Brandeis, agora juiz, “chamou atenção para a necessidade de atualizar a interpretação da Quarta Emenda conforme a realidade tecnológica”.²⁹ Brandeis foi vencido (a corte entendeu que a quarta emenda não se aplicava ao caso), mas em seu voto dissidente, sustentou que:

(...) a interpretação da Constituição deveria levar em conta o impacto dos progressos técnicos, que exigiam uma leitura mais atenta da real intenção dos *framers*, como condição para que

²⁶ WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*, vol. 4, nº. 5, p. 193-220, 1890. Livre tradução retirada do original: “(...) the rights, so protected, whatever their exact nature, are not rights arising from contract or from special trust, but are rights as against the world (...)”, p. 213.

²⁷ WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*, vol. 4, nº. 5, p. 193-220, 1890.

²⁸ *Constitution of the United States. “Fourth Amendment. The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”* Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/>. Acesso em 19/04/2023.

²⁹ DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Coordenadores Danilo Doneda *et al*, Rio de Janeiro, Forense, 2021.

ela própria pudesse se modernizar. Essa modernização consistiria em reconhecer que a intenção da quarta emenda vai muito além da proteção da propriedade, dos bens materiais que poderiam ser vasculhados: seria uma proteção efetiva contra a intrusão na vida privada pelo governo (...) ³⁰

O voto dissidente influenciou o julgamento do caso *Katz v. United States*, julgado em 1967, que, assim como no caso *Olmstead v. United States*, discutiu a validade de uma interceptação telefônica realizada por agentes federais. A corte de apelação confirmou a condenação e afirmou que não houve violação à Quarta Emenda, pois não houve entrada física na área ocupada pelo interceptado. A Suprema corte, por sua vez, entendeu que as escutas sem mandado judicial violaram a privacidade que o interceptado confiava justificadamente ter na cabine telefônica, que se aplicava a Quarta Emenda ao caso, e que ela (Quarta Emenda) protegia pessoas, e não lugares³¹. A partir de então, a Quarta Emenda passou a ser utilizada em face de ameaças tecnológicas.³²

Pouco tempo antes do caso *Olmstead v. United States*, surgiu nos EUA, em 1965, a ideia da criação do *National Data Center*, que seria uma base centralizada de dados. O Congresso debateu a ideia e entendeu que o tratamento computadorizado de dados traria riscos à privacidade e à liberdade, e, portanto, o projeto não foi adiante. Esse debate teve influência nas iniciativas para a formulação, em 1970, do *Fair Credit Reporting Act (FCRA)*³³, que trata sobre informes de crédito e dados pessoais,

³⁰ DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

³¹ DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

³² DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Coordenadores Danilo Doneda *et al*, Rio de Janeiro, Forense, 2021.

³³ “*The Fair Credit Reporting Act (FCRA)*, 15 U.S.C. § 1681 *et seq.*, governs access to consumer credit report records and promotes accuracy, fairness, and the privacy of personal information assembled by Credit Reporting Agencies (CRAs).” *Office of Privacy and Civil Liberties - U.S. Department of Justice*. Disponível em:

e em 1974, do *Privacy Act*^{34, 35}

Fica claro que a proteção de dados pessoais teve início a partir da perspectiva da proteção da privacidade. Contudo a privacidade, sendo preponderantemente um direito à não intervenção frente ao Estado e a particulares, é insuficiente para fundamentar o direito à proteção de dados, considerando que, conforme será trabalhado adiante, esse direito autônomo abarca todos os dados de uma pessoa. Dito de outra forma, à proteção de dados pessoais tem âmbito de proteção distinto do direito à privacidade.

Se antes da era do *big data* a violação da privacidade se dava primordialmente pela divulgação pela imprensa de notícias ou fotos, hoje é mais recorrente essa violação por meio do uso indevido de dados pessoais. Esse é o ensinamento de Danilo Doneda:

As demandas que agora moldam o perfil da privacidade são de outra ordem, relacionadas à informação pessoal e condicionadas pela tecnologia. A exposição indesejada de uma pessoa aos olhos alheios se dá hoje com maior frequência através da divulgação de seus dados pessoais do que pela intrusão em sua habitação, pela divulgação de notícias a seu respeito na imprensa, pela violação de sua correspondência – enfim, pelos meios outrora “clássicos” de violação da privacidade.³⁶

Exemplo dessa nova invasão de privacidade se dá na

<https://bja.ojp.gov/program/it/privacy-civil-liberties/authorities/statutes/2349>. Acesso em: 24/04/2023.

³⁴ “*The Privacy Act of 1974, as amended, 5 U.S.C. § 552a, establishes a code of fair information practices that governs the collection, maintenance, use, and dissemination of information about individuals that is maintained in systems of records by federal agencies. A system of records is a group of records under the control of an agency from which information is retrieved by the name of the individual or by some identifier assigned to the individual.*” *Office of Privacy and Civil Liberties - U.S. Department of Justice*. Disponível em: <https://www.justice.gov/opcl/privacy-act-1974>. Acesso em: 23/04/2023.

³⁵ DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Coordenadores Danilo Doneda *et al*, Rio de Janeiro, Forense, 2021.

³⁶ DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

coleta de dados pessoais realizada por grandes empresas para direcionamento de publicidade. Com efeito, essa é a função da ferramenta Pixel da Meta³⁷: seguir a atividade de visitantes de websites que a utilizam, identificar usuários de Facebook e Instagram e analisar como os usuários interagem com o conteúdo do website. São coletados dados como produtos visualizados, produtos adicionados ao “carrinho”, início do procedimento de pagamento, compra etc. Em outras palavras, quando o usuário visita uma página contratante do Meta Pixel, essa página envia à Meta informações sobre a identidade do visitante e sobre as ações por ele tomadas no site. Por fim, a Meta usa as informações para montar um perfil de cada usuário e direcionar publicidade a eles.

Investigação conduzida pelo jornal online The Markup³⁸ e copublicada com a STAT³⁹ em 2022 sobre os endereços eletrônicos dos 100 principais hospitais dos Estados Unidos revelou que 33 deles usavam a ferramenta Pixel da Meta, que enviava ao Facebook dados sempre que um paciente clicava em um botão ou link para marcar consulta com um médico. Dentre os dados enviados, que variavam de acordo com cada hospital, constava IP de acesso, nome do médico, termos utilizados na busca para encontrá-lo, especialidade médica, condição médica do paciente, nome do paciente e data e hora da consulta. E a coleta alcançou, no ano de 2020, dados de 26 milhões de pacientes.⁴⁰ The Markup também constatou que quando os sites eram visitados enquanto uma conta do Facebook estava logada no mesmo computador, a Meta poderia ligar os dados enviados ao usuário da conta.

³⁷ <https://pt-br.facebook.com/business/tools/meta-pixel>, acesso em 25/03/2023.

³⁸ <https://themarkup.org/>

³⁹ <https://www.statnews.com/>

⁴⁰ FEATHERS, T.; FONDRIE-TEITLER, S.; WALLER, A.; MATTU, S. Facebook Is Receiving Sensitive Medical Information from Hospital Websites. The Markup, 2022. Disponível em: <https://themarkup.org/pixel-hunt/2022/06/16/facebook-is-receiving-sensitive-medical-information-from-hospital-websites>. Acesso em 25/03/2023.

Os fatos deram origem à propositura de pelo menos três ações coletivas contra a Meta e hospitais nas cortes americanas⁴¹. Duas delas, que tiveram a petição inicial divulgada, contém alegação de violação da privacidade⁴². Também há alegação de que as informações reveladas nos sites dos prestadores de serviços médicos foram transferidas para a Meta e utilizadas para publicidade direcionada aos pacientes e relacionadas a sua condição médica⁴³.

Confrontando o caso mencionado com a LGPD, constatar-se-ia de plano a violação ao art. 11º, inciso I, que exige o consentimento do titular dos dados sensíveis “de forma específica e destacada, para finalidades específicas”, para tratamento, bem como do § 4º do art. 11º, que veda a comunicação ou o uso compartilhado “de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica”.

3.2 A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA (ART. 2º, INCISO II)

O direito à autodeterminação informativa ganhou força a partir do caso alemão Lei do Censo, julgado pela Corte Constitucional Alemã em 1983 (BVerfGE 65,1). Em 1982 foi aprovada na Alemanha a lei que organizava o censo, obrigando cada cidadão a responder 160 perguntas. A lei previa também que aqueles dados poderiam ser confrontados com outros do registro civil,

⁴¹ ZIEGER, A. Meta Faces Legal Firestorm As Hospitals Cite Its Pixel Tool In Health Data Breaches. *Healthcare IT Today*, 2022. Disponível em: <https://www.healthcareit-today.com/2022/11/09/meta-faces-legal-firestorm-as-hospitals-cite-its-pixel-tool-in-health-data-breaches/>. Acesso em 26/03/2023.

⁴² WETSMAN, N. Meta sued for violating patient privacy with data tracking tool. *The Verge*, 2022. Disponível em: <https://www.theverge.com/2022/8/2/23288612/meta-hospitals-sued-patient-privacy-facebook-data-hipaa>. Acesso em 26/03/2023.

⁴³ ALDER, Steve. *OCR Confirms Use of Website and Other Tracking Technologies Without a BAA is a HIPAA Violation*. *The Hipa Journal*, 2022. Disponível em: <https://www.hipaajournal.com/ocr-website-tracking-technology-without-baa-hipaa-violation/>. Acesso em: 26/03/2023.

transmitidos sem identificação às autoridades federais e aos estados. Por fim, a lei previa multa pecuniária para quem deixasse de responder.⁴⁴

No julgamento do caso, a Corte, interpretando o art. 2º, §1º, da Lei Fundamental da Alemanha, que garante a todos o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, combinado com o art. 1º, §1º, da mesma Lei, que trata da dignidade da pessoa humana, afirma a existência do direito fundamental à autodeterminação informativa, que garante o poder do indivíduo em determinar sobre a coleta e utilização de seus dados pessoais.⁴⁵ O Tribunal considerou que o processamento de dados por meio de sistemas automatizados e integrados possibilitaria a elaboração de um perfil completo da personalidade do indivíduo, sem que este tivesse meios de controlar de forma suficiente sua correção e utilização.⁴⁶

Laura Mendes aponta que esse julgamento marca a mudança na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, que passa da defesa dos dados a partir da esfera privada⁴⁷ para a defesa dos dados a partir da autodeterminação informativa, na qual o caráter pessoal dos dados ganha preponderância⁴⁸. Significa dizer que todos os dados pessoais são relevantes, e não mais apenas os íntimos, da esfera privada, e que qualquer processamento

⁴⁴ DONEDA, D. Da privacidade à proteção de dados pessoais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

⁴⁵ MENDES, L. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Brasília, v. 25 n. 4, 12/2020.

⁴⁶ MENDES, L. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Brasília, v. 25 n. 4, 12/2020.

⁴⁷ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados de uma mesma moeda. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 12, n. 39, p. 185-216, 2018. A autora menciona o caso do microcenso (BVerfGE 27), de 1960, em que o Tribunal Constitucional Alemão “não vê na pergunta acerca das viagens de férias e lazer uma violação da constituição. Ele baseia sua decisão no fato de que a pergunta não atinge a “esfera íntima” da pessoa, pois seriam informações do “mundo exterior”, destituídas de um “caráter sigiloso”.

⁴⁸ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Brasília, v. 25 n. 4, 12/2020.

de dados pessoais, no atual estágio tecnológico, pode afetar a liberdade e a personalidade de seu titular⁴⁹.

O direito à autodeterminação informativa, entretanto, assim como os demais direitos fundamentais, não é absoluto. Como destaca Ingo Sarlet em comentário à decisão, o Tribunal Constitucional Federal deixou claro que “o direito à autodeterminação informativa não assegura a cada cidadão um controle absoluto sobre os seus dados, visto que, dadas a inserção e a responsabilidade comunitária e social do ser humano, este deve tolerar eventuais limitações do direito quando em prol do interesse geral.”⁵⁰ Corroborando esse entendimento o fato de o consentimento ser apenas uma das dez possibilidades de tratamento de dados elencadas no art. 7º da LGPD.

Conforme ensinamento de Danilo Doneda, “concebido como um direito fundamental, na esteira do direito geral de personalidade, o direito à autodeterminação informativa proporciona ao indivíduo o controle sobre suas informações”⁵¹, que abrange a autorização e as circunstâncias de seu uso, bem como a correção e a exclusão dos dados. E a juridicidade desse controle tem como chave-interpretativa a noção de consentimento.⁵²

Partindo da premissa que o consentimento é o eixo principal da autodeterminação informativa⁵³, a LGPD traz o titular dos dados pessoais ao palco em toda a cadeia de tratamento de dados, da coleta e tratamento até eventual transmissão dos dados entre controladores. E em decorrência da autodeterminação

⁴⁹ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados de uma mesma moeda. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 12, n. 39, p. 185-216, 2018.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Fundamentos Constitucionais: o Direito Fundamental à Proteção de Dados*. Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Coordenadores Danilo Doneda *et al*, Rio de Janeiro, Forense, 2021.

⁵¹ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

⁵² MENDES, Gilmar. Voto na ADI 6387, p. 26.

⁵³ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

informativa, o titular dos dados pessoais pode revogar o consentimento dado previamente ao controlador para tratar seus dados (art. 18, inciso IX, da LGPD).

O consentimento é assim definido na LGPD, art. 5º, inciso XII: “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”. A Lei adotou, então, o consentimento qualificado⁵⁴:

a) Manifestação livre. Trata-se de faculdade do titular dos dados, que deve exercê-la livre de coação, seja do controlador ou de terceiros. Merecem debate, porém que foge do escopo deste trabalho, os termos de uso oferecidos por aplicativos digitais ou redes sociais, que podem conter uma infinidade de finalidades, quando de aceitação obrigatória para o uso da ferramenta, em uma relação desequilibrada de poderes entre o controlador e o titular dos dados.

b) Manifestação informada. É imprescindível que o titular dos dados saiba que dados serão coletados, por qual meio, qual a finalidade da coleta, além dos “possíveis riscos, consequências e/ou implicações de tal tratamento”⁵⁵. O exercício da autodeterminação informativa pressupõe que o titular dos dados tenha conhecimento do que será feito com seus dados para tomar conscientemente a decisão de consentir ou não. E caso as informações apresentadas tenham com conteúdo enganoso ou abusivo, ou não sejam apresentadas previamente com transparência, de maneira clara e inequívoca, o consentimento será considerado nulo (art. 9º, §1º).

c) Manifestação inequívoca. Falhas ou ruídos na comunicação podem pôr em risco o direito do titular à proteção dos dados pessoais. Não pode haver dúvida quanto à autorização do titular para o tratamento dos dados pessoais.

⁵⁴ SOMBRA, Thiago Luis Santos. Fundamentos da Regulação da Privacidade e da Proteção de Dados Pessoais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

⁵⁵ SOMBRA, Thiago Luis Santos. Fundamentos da Regulação da Privacidade e da Proteção de Dados Pessoais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

d) Vinculação do consentimento dado às finalidades informadas. Considerando que o consentimento válido pressupõe ser informado, o tratamento de dados pessoais deve ater-se à finalidade informada pelo operador e consentida pelo titular. Ainda, a finalidade deve ser determinada, sendo nula a autorização genérica para tratamento de dados pessoais (art. 8º, §4º).

Voltando ao Caso alemão Lei do Censo, o Tribunal Constitucional declarou o instrumento legislativo inconstitucional utilizando como principal argumento o de que, “caso os dados recolhidos fossem utilizados ao mesmo tempo para fins administrativos e estatísticos, estaria caracterizada a diversidade de finalidades, que impediria o cidadão de conhecer o efetivo uso de suas informações.”⁵⁶

De acordo com o art. 9º, §2º, da LGPD, caso haja mudança da finalidade, o titular deverá ser informado previamente, podendo revogar o consentimento se não concordar com as alterações. Não podemos concordar com o dispositivo. A alteração da finalidade deve conduzir à necessidade de obtenção de novo consentimento por manifestação livre, informada e inequívoca, considerando a nova finalidade determinada. O dispositivo demanda apenas informação prévia ao titular dos dados pessoais sobre a mudança na finalidade do processamento de dados, possibilitando que haja a revogação do consentimento. Pela literalidade do texto, se o titular dos dados pessoais não se manifestar sobre a mudança de finalidade (digamos que o e-mail informativo tenha parado na caixa de lixo eletrônico), estará tacitamente concordando com ela, o que não está de acordo com a autodeterminação informativa. É mais, como visto, em decorrência da autodeterminação informativa, o consentimento pode ser revogado a qualquer tempo (art. 18), havendo ou não mudança de finalidade, assegurando-se, assim, o controle dos dados pessoais

⁵⁶ RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade de informação. Revista Direito, Estado Sociedade, n. 36, p. 178 a 199, 2014.

ao seu titular.

E para garantir o regular exercício do direito da proteção de dados pessoais, a LGPD prevê ao titular o direito de acesso às informações sobre o tratamento de seus dados (art. 9º, *caput*). Trata-se de garantia fundamental para o livre exercício da autodeterminação informativa que o titular possa conhecer quem está armazenando e utilizando os seus dados pessoais, quais dados estão na posse do controlador e quais as finalidades do tratamento dos dados. Nesse sentido:

Também conhecido como parte da autodeterminação informativa, o direito de acesso é o instrumento capaz de empoderar os titulares dos dados pessoais de modo a viabilizar a equalização das relações de poder e ampliar as possibilidades de maior controle.⁵⁷

O direito de acesso às informações sobre o tratamento de dados corresponde ao dever do controlador de dar acesso facilitado às informações e de disponibilizá-las de forma clara, adequada e ostensiva (art. 9º). A falta de acesso às informações afeta a personalidade e o bem comum de uma sociedade democrática. “Uma sociedade, ‘na qual os cidadãos não mais são capazes de saber quem sabe o que sobre eles, quando e em que situação’, seria contrária ao direito à autodeterminação informativa”⁵⁸

A partir do livre acesso, o titular obtém as informações necessárias para exercer o controle dos seus dados pessoais, como a retificação, a supressão ou até mesmo a retirada do consentimento. Vale lembrar que a retirada do consentimento é direito do titular dos dados pessoais, no exercício do livre desenvolvimento da personalidade e da autodeterminação informativa, ressalvados os casos legais de dispensa do consentimento.

Por fim, ainda em relação à autodeterminação

⁵⁷ SOMBRA, Thiago Luis Santos. Fundamentos da Regulação da Privacidade e da Proteção de Dados Pessoais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

⁵⁸ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados de uma mesma moeda. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 12, n. 39, p. 185-216, 2018.

informativa, cabe trazer à discussão a perfilização⁵⁹ (*profiling*⁶⁰), que é a construção de perfis por meio de algoritmos que se valem de dados pessoais. Com base em dados como a escolaridade, o bairro de residência, a idade, a renda e tantos outros, o titular dos dados é categorizado em um grupo pré-definido, que terá maior, menor ou nenhuma chance de obter um financiamento ou ser selecionado para uma entrevista de emprego. Trata-se aqui de exemplo hipotético de pré-aprovação de crédito ou pré-seleção para entrevista de emprego a partir do tratamento de dados pessoais.

O potencial discriminatório do tratamento automatizado de dados com a utilização de algoritmos é grande, como se viu em apenas dois simples exemplos. Essa discriminação atinge o direito geral de personalidade do indivíduo a partir da violação à autodeterminação informativa, que decorre da obscuridade dos algoritmos e da falta de conhecimento acerca dos dados pessoais utilizados. E como forma de harmonizar a perfilização e o respeito aos direitos fundamentais, ZANATTA sugere o cumprimento de determinadas obrigações:

A ação de “encaixar uma pessoa”, a partir de seus dados

⁵⁹ ZANATTA, Rafael AF. Perfilização, discriminação e direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Publicado em fevereiro de 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em 24/04/2023. O autor menciona que o termo foi anteriormente utilizado por outros pesquisadores brasileiros, a saber: KANASHIRO, Marta M. Apresentação: vigiar e resistir: a constituição de práticas e saberes em torno da informação. *Ciência e Cultura*, v. 68, n. 1, p. 20-24, 2016. DOS REIS PERON, Alcides Eduardo; ALVAREZ, Marcos César; CAMPELLO, Ricardo Urquiza. Apresentação do Dossiê: Vigilância, Controle e Novas tecnologias. *Mediações-Revista de Ciências Sociais*, v. 23, n. 1, 2017, p. 11-31.

⁶⁰ O artigo 4º, (4), do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia traz definição legal de *profiling* nos seguintes termos: “‘*profiling*’ means any form of automated processing of personal data consisting of the use of personal data to evaluate certain personal aspects relating to a natural person, in particular to analyse or predict aspects concerning that natural person’s performance at work, economic situation, health, personal preferences, interests, reliability, behaviour, location or movements;”

personais, em um perfil social e inferir algo sobre ela implica em obrigações de três naturezas: (i) informacional, relacionada à obrigação de dar ciência da existência do perfil e garantir sua máxima transparência, (ii) anti-discriminatória, relacionada à obrigação de não utilizar parâmetros de raça, gênero e orientação religiosa como determinantes na construção do perfil, e (iii) dialógica, relacionada à obrigação de se engajar em um “processo dialógico” com as pessoas afetadas, garantindo a explicação de como a perfilização funciona, sua importância para determinados fins e de como decisões são tomadas.⁶¹

O cumprimento dos deveres informacional, antidiscriminatório e dialógico têm o condão de minimizar os danos aos direitos fundamentais dos titulares dos dados pessoais, e estão alinhados à LGPD, que dispõe sobre o direito à revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais (art. 20).

3.3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, DE COMUNICAÇÃO E DE OPINIÃO (ART. 2º, INCISO III)

As liberdades de expressão, de informação, de comunicação e de opinião são direitos fundamentais inseparáveis do regime democrático, na medida em que permitem a participação efetiva dos cidadãos no debate público e, por consequência, na construção e compartilhamento de regras jurídicas e valores morais.

A participação livre e consciente no debate público pressupõe a liberdade de informação de quem informa e de quem quer informar, pois dados, informações, conhecimentos e fatos servem de embasamento para a tomada de decisões. Visto de outro ângulo, não há construção coletiva de ideias ou progresso

⁶¹ ZANATTA, Rafael AF. Perfilização, discriminação e direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Publicado em fevereiro de 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em 24/04/2023.

comunitário sem que seus integrantes sejam livres para buscar e compartilhar informações, bem como para expressar suas opiniões.

No âmbito da proteção dos dados pessoais, o tratamento de dados pessoais não deve interferir na livre circulação de ideias, embora isso ocorra com frequência em ambiente digital. Não é novidade que as empresas gerenciadoras de redes sociais coletam dados pessoais dos usuários, após a obtenção de consentimento sem o qual a rede seria inacessível, para exercer curadoria do conteúdo que será preferencialmente entregue para cada um.

Nesse sentido, a primeira interferência das *big techs* controladoras de redes sociais nos direitos de liberdade de expressão, comunicação e informação se dá com a obrigatoriedade de aceitação dos termos de uso e políticas de privacidade na criação da conta. E considerando que, como expressão do desenvolvimento tecnológico, as redes sociais surgiram como novos espaços públicos para compartilhamento e debate de ideias, a imposição da aceitação da coleta e tratamento de dados pessoais para acesso a esses espaços já é suficiente para fragilizar a liberdade de expressão. O usuário que não concorda com a política de privacidade e com o uso de seus dados da forma como apresentada deve optar por dar consentimento para participar do foro, ou não dar consentimento e ficar excluído daquele específico local de debate.

Outra forma de interferência na liberdade de expressão, de informação e de comunicação pelas redes sociais ligada ao tratamento de dados pessoais é a curadoria de conteúdo. Com efeito, as redes sociais são titularizadas por empresas privadas que visam ao lucro. E sendo o acesso à rede gratuito, a monetização do negócio se dá por meio da publicidade, que é direcionada a partir da coleta de dados pessoais. Para aumentar a renda, então, as plataformas buscam aumentar o engajamento, ou seja, aumentar o acesso e o tempo de acesso dos usuários, com o

objetivo tanto de coletar mais dados quanto de oferecer mais e melhor a publicidade (quanto mais dados coletados, melhor é o direcionamento da publicidade).

Nesse sentido, o maior engajamento do usuário é alcançado por meio da moderação de conteúdo, em seleção feita por algoritmos utilizados pelas redes sociais, que se valem dos dados pessoais coletados dos usuários. A rede social mostra ao usuário tipos de conteúdos que ele mais pesquisa ou que ele emprega mais tempo visualizando, em um universo amplo e diversificado de circulação de ideias. Portanto, cada usuário é apresentado a um universo personalizado, que, segundo os algoritmos desenvolvidos, tem maior potencial de atê-lo por mais tempo na rede social. Essa curadoria não parece incentivar a contraposição de ideias, que é cara ao regime democrático e ao pluralismo político.

A rápida incursão no modelo de negócio serviu-nos para chegar a esse ponto: as redes sociais selecionam as informações que preferencialmente chegarão para cada usuário por meio de algoritmos, em patente distorção do ambiente público de debate, o que acaba afetando a liberdade de expressão, de comunicação e de informação.

3.4 A INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, DA HONRA E DA IMAGEM (ART. 2º, INCISO IV)

A intimidade, a honra e a imagem são direitos decorrentes do direito geral de personalidade, portanto estão ligados ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, que é objetivo da proteção dos direitos pessoais (art. 1º).

Ademais, é da previsão constitucional da intimidade e da vida privada que podemos desenvolver o direito à privacidade no Brasil como direito fundamental, que também é objetivo da proteção dos dados pessoais (art. 2º).

O direito geral de personalidade foi desenvolvido pelo

Tribunal Constitucional Alemão, e o expoente dessa criação foi o Caso Eppler. No julgamento, a Corte estabeleceu que o direito da personalidade representa um direito de liberdade indefinido que complementa os direitos de liberdade específicos, e que o direito da personalidade visa a proteger, nos termos do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a esfera de vida pessoal mais íntima e a conservação de suas condições básicas que não podem ser captadas de forma conclusiva pelas tradicionais garantias concretas de liberdade.⁶² A construção é visionária, pois considera o desconhecimento do que está por vir em termos de avanços tecnológicos para assentar uma formulação abstrata do direito geral de personalidade, capaz de proteger contra riscos desconhecidos.

Importante, outrossim, a ideia fundamental de que os desenvolvimentos modernos poderiam acarretar novos riscos para o indivíduo, o que representaria um grande desafio para a proteção da personalidade na atualidade. Logo, o direito geral de personalidade serviria para conceder proteção por meio de sua formulação abstrata contra riscos ainda desconhecidos e imprevisíveis. Segundo o Tribunal Constitucional, não é possível circunscrever de forma conclusiva o conteúdo desse direito; de fato, diversas manifestações foram desenvolvidas pela jurisprudência: a esfera privada, a secreta e a íntima, a honra pessoal, o direito de dispor sobre a apresentação da própria pessoa bem como o direito à própria imagem e à palavra falada.⁶³

A partir do Caso Eppler, o direito geral de personalidade passa a integrar o rol de direitos fundamentais na Lei Fundamental alemã, com esfera de proteção ampliada para além da esfera

⁶² MENDES, Laura Schertel. Autodeterminação informacional: origem e desenvolvimento conceitual na jurisprudência da corte constitucional alemã. Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) - A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. A autora cita o desenvolvimento do direito geral de personalidade a partir dos seguintes casos: Caso Soraya (BVerfGE 34, 269), Caso Lebach (BVerfGE 35, 202), Caso Eppler (BVerfGE 54, 148)

⁶³ MENDES, Laura Schertel. Autodeterminação informacional: origem e desenvolvimento conceitual na jurisprudência da corte constitucional alemã. Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) - A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

privada, abrangendo toda a personalidade, o que inclui o poder de decidir como se apresentar a terceiros ou ao público⁶⁴.

O direito geral de personalidade garante a possibilidade do titular do direito de fazer suas escolhas de vida, de se expor, de não se expor, de se autodeterminar. Como consequência, a violação à intimidade, à honra ou à imagem afetam diretamente a personalidade.

3.5 O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E TECNOLÓGICO E A INOVAÇÃO (ART. 2º, INCISO V)

O desenvolvimento tecnológico e a inovação, embora proporcionem incontáveis benefícios em cada área do saber, também trazem riscos que lhe são inerentes, como a discriminação decorrente de decisão automatizada. Até a possibilidade de tratamento automatizado de dados, era impensável a necessidade de criação de um direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Em 1890, Warren e Brandeis chamavam a atenção a recentes invenções e novos métodos de negócios com potencial de afetar a esfera a vida privada e doméstica:

Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person and for securing what Judge Cooley calls the right “to be let alone”. Instantaneous photographs and newspaper have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that “what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops.”

O Direito tenta acompanhar a realidade, portanto se desenvolve e amadurece a partir de fatos e casos para solucionar problemas concretos, como disciplinar o regime jurídico da lua

⁶⁴ MENDES, Laura Schertel. Autodeterminação informacional: origem e desenvolvimento conceitual na jurisprudência da corte constitucional alemã. Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) - A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

quando se alcançou o espaço, ou regular as telecomunicações, a partir de sua invenção e desenvolvimento. De outro lado, não é possível ao legislador prever e disciplinar todas as situações passíveis de concretização, uma vez que muitas delas sequer podem ser cogitadas, a considerar o estágio de conhecimento alcançado até então (precisamos regulamentar o teletransporte de pessoas em 2023?)

Pois bem. O desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação tornaram absolutamente urgente que a proteção de dados pessoais fosse debatida e regulamentada, como forma de se assegurar os direitos fundamentais dos titulares dos dados. Não poderia ser diferente, considerando que os dados pessoais passaram a ser amplamente utilizados por setores públicos e privados para as mais diversas finalidades, desde estatísticas até comerciais.

No entanto, o principal motivo de constar o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação como fundamento da proteção é assegurar que a interpretação das normas e a efetiva proteção de dados pessoais considere a constante evolução tecnológica. Esse fundamento é um guia interpretativo que se aplica agora e para o futuro, quando outras inovações, não cogitadas ou não previstas, puderem, e irão, pôr em risco os direitos fundamentais do titular dos dados pessoais.

De acordo com o Tribunal Constitucional Alemão no caso *Microcenso*⁶⁵, “as condições tecnológicas e sociais modificadas requerem o desenvolvimento continuado da interpretação da proteção pelos direitos fundamentais para que as novas ameaças possam ser superadas”.⁶⁶

Também sobre o desenvolvimento econômico, porém analisando sobre diferente perspectiva, o regramento estabelecido pela LGPD, para além de tutelar o titular dos dados, garante

⁶⁵ BVerfGE 27, 1 (6).

⁶⁶ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados de uma mesma moeda. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 12, n. 39, p. 185-216, 2018.

segurança jurídica às empresas que realizam o tratamento de dados pessoais. A esse respeito, a instituição de balizas para o tratamento de dados, por meio da positivação de fundamentos, princípios e regras, todas voltadas ao direito fundamental à proteção de dados, serve também aos agentes econômicos, na medida em que iluminam o caminho da legalidade e constitucionalidade no tratamento de dados, diminuindo, assim, a possibilidade de sancionamento administrativo e de acionamento perante o poder judiciário.

3.6 A LIVRE INICIATIVA, A LIVRE CONCORRÊNCIA E A DEFESA DO CONSUMIDOR (ART. 2º, INCISO VI)

A livre iniciativa, que é o direito abstrato de iniciar e explorar atividade econômica, é um dos fundamentos da ordem econômica brasileira⁶⁷. Já a livre concorrência e a defesa do consumidor são princípios gerais da ordem econômica, que “tem por fim assegurar a todos existências digna, conforme os ditames da justiça social”⁶⁸.

As inovações na tecnologia da informação aliadas ao tratamento de dados pessoais são passíveis de afetar a livre iniciativa e concorrência, assim como direitos de personalidade do consumidor. Com efeito, o setor privado armazena e processa grande quantidade de informação dos consumidores e de seus hábitos de consumo⁶⁹, o que pode afetar negativamente tanto os consumidores e o mercado de consumo quanto o ambiente concorrencial.

Tome-se como exemplo a concentração de poder no mercado publicitário das grandes empresas gerenciadoras de redes sociais, que se dá a partir do tratamento de dados pessoais e do direcionamento publicitário. A publicidade nessas plataformas,

⁶⁷ Art. 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

⁶⁸ Art. 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

⁶⁹ MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

em razão da utilização dos dados pessoais do destinatário, alcança pessoas identificadas e mais predispostas a adquirir determinado produto (que pode ser um bem, uma candidatura política ou um plebiscito acerca da manutenção do Estado na União Europeia). Em contrapartida, a publicidade das revistas e jornais e da televisão alcança um público indeterminável, que adquiriu o periódico ou que está com a televisão ligada no momento do anúncio publicitário.

Esse modelo de negócio se retroalimenta, pois conforme aumenta o número de pessoas que acessa as redes e a quantia de tempo de utilização, mais dados são coletados e mais precisos são os direcionamentos de conteúdo, com a finalidade de aumentar o engajamento e os retornos publicitários. E a possibilidade de coleta de dados não se esgota em redes sociais. O Google, por exemplo, controla o navegador Chrome, um dos mais utilizados do mundo, e o sistema operacional Android, o mais popular que existe⁷⁰, possuindo, dessa forma, diversas fontes de dados pessoais ao seu dispor.

Não se está aqui criticando o avanço tecnológico, as novas possibilidades de vida e a eficiência das empresas controladoras das plataformas digitais. O que se busca é trazer luz a acontecimentos que devem ser debatidos e regulamentados.

Algumas empresas, como o Google e a Meta, “estão construindo um novo mundo e o fazem em função de suas expectativas de benefício econômico”⁷¹, e nesse novo espaço,

⁷⁰ RAVACHE, Guilherme. Por que separar YouTube do Google e dividir a gigante resolveriam muitos problemas. Valor Econômico, 2023. Disponível em: <https://valor.globo.com/opiniao/guilherme-ravache/coluna/por-que-separar-youtube-do-google-e-dividir-a-gigante-resolveriam-muitos-problemas.ghtml>. Acesso em: 13/04/2023.

⁷¹ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Redes Sociais, Companhias Tecnológicas e Democracia. Direitos fundamentais, desenvolvimento e crise do constitucionalismo multinível. Livro em homenagem a Jörg Luther. MENDES, Gilmar Ferreira; HÄBERLE, Peter; BALAGUER CALLEJÓN, Francisco; SARLET, Ingo Wolfgang; STRAPAZZON, Carlos Luiz; AGUILAR CALAHORRO, Augusto (Organizadores), Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2020.

considerando o modelo de negócio adotado pelas empresas que gerenciam as redes, a instabilidade política, a radicalização do espaço público e a conflitividade permanente são lucrativos⁷².

Na matéria de direitos do consumidor também há relevância o debate sobre a proteção de dados. Com efeito, os dados colhidos dos consumidores servem aos fornecedores como guia para a produção e para o direcionamento de publicidade. O processamento de dados pessoais dos consumidores por agentes privados é um fato que põe em risco o direito fundamentais dos primeiros. A diferença de poder entre consumidores e fornecedores resulta na vulnerabilidade dos consumidores “nos mais variados tipos de ambientes em que os consumidores podem estar inseridos”⁷³.

Essa diferença de poder toma maiores proporções a partir do processamento de dados pessoais. Como visto neste trabalho, a publicidade foi revolucionada a partir do tratamento de dados pessoais e a possibilidade de identificação individualizada de necessidades dos consumidores por meio da formação de perfis. Não é o escopo desse trabalho, porém é salutar questionar até que ponto o fornecedor pode se utilizar dos dados pessoais para oferecer publicidade direcionada, e qual é a linha, se é que existe, que, uma vez cruzada, torna a publicidade abusiva.

O tratamento de dados pessoais por fornecedores também acarreta riscos ao acesso de consumidores a bens e serviços, principalmente em razão de tratamento equivocado ou discriminatório, que pode levar à classificação e discriminação do próprio consumidor. “Isso porque os dados pessoais, assim como as demais informações extraídas a partir deles, constituem-se em

⁷² CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Redes Sociais, Companhias Tecnológicas e Democracia. Direitos fundamentais, desenvolvimento e crise do constitucionalismo multinível. Livro em homenagem a Jörg Luther*. MENDES, Gilmar Ferreira; HÄBERLE, Peter; BALAGUER CALLEJÓN, Francisco; SARLET, Ingo Wolfgang; STRAPAZZON, Carlos Luiz; AGUILAR CALAHORRO, Augusto (Organizadores), Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2020.

⁷³ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

uma representação virtual da pessoa perante a sociedade, ampliando ou reduzindo as suas oportunidades no mercado, conforme a sua utilização.”⁷⁴

A mesma discussão sobre a perfilização cabe aqui, ao tratar da defesa do consumidor como fundamento da LGPD. O Código de Defesa do Consumidor já tangenciava o tema, abordando especificamente os bancos de dados e cadastros de consumidores⁷⁵, ao prever o direito de acesso do consumidor às informações e dados pessoais constantes, bem como sobre suas respectivas fontes. Nesse ponto, a proteção foi ampliada pela LGPD e pela fundamentalização do direito à proteção de dados pessoais.

3.7 OS DIREITOS HUMANOS, O LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE, A DIGNIDADE E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA PELAS PESSOAS NATURAIS (ART. 2º, INCISO VII)

⁷⁴ MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁷⁵ Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

§ 6º Todas as informações de que trata o *caput* deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor.

Os direitos humanos, tomando-se o conceito jurídico, são direitos do ser humano reconhecidos em normas internacionais, que têm como fontes tratados internacionais, costume internacional e princípios gerais do Direito. Nesse sentido, o primeiro tratado internacional a versar sobre o tema foi a Convenção 108 para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais (Convenção de Estrasburgo), do Conselho da Europa, editada em 1981, que teve como objetivo conferir proteção às pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento automatizado de dados pessoais. Foi o surgimento do direito à proteção de dados pessoais no catálogo de direitos humanos (novamente, sob uma perspectiva jurídica, tendo como fonte instrumento internacional de caráter vinculante aos signatários).

Após a Convenção 108 alçar a proteção de dados à condição de direito humano, em 1982 a Alemanha passou a considerar a autodeterminação informativa como direito fundamental, e em 2000, por meio da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a União Europeia passou a reconhecer a proteção de dados como direito fundamental. Esse reconhecimento pela Carta, entretanto, surgiu sem efeito jurídico vinculativo, constituindo-se em compromisso político, até se tornar obrigatório pela entrada em vigor do Tratado de Lisboa em 2009⁷⁶, por meio da qual foi enunciado, no art. 6º, 1, a força jurídica de tratado internacional à referida Carta. Embora o documento use o termo direito fundamental, a previsão consta em fonte do direito internacional (tratado internacional), e não em uma constituição propriamente dita, melhor se enquadrando juridicamente na definição de direito humano. Seja como for, o desenvolvimento do direito (humano e fundamental) à proteção de dados teve foi impulsionado pela *cross fertilization* ou influência recíproca entre

⁷⁶ Eurocid. Informação Europeia ao Cidadão. Carta dos Direitos Fundamentais da EU. Disponível em: <https://eurocid.mne.gov.pt/artigos/carta-dos-direitos-fundamentais-da-ue>. Acesso em: 27/04/2023.

as ordens jurídicas nacionais e internacionais⁷⁷.

Não é demais ressaltar que o regime jurídico protetivo dos direitos humanos e dos direitos fundamentais é distinto, aqui adotada a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais apontada por Ingo Sarlet⁷⁸. Os primeiros integram os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, como o sistema interamericano, o sistema europeu e o sistema das Nações Unidas, que contam com órgãos próprios de monitoramento e de aplicação das normas internacionais, a exemplo da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Já os direitos fundamentais são radicados na Constituição de cada Estado e, no Brasil, a exemplo de outros Estados, como a Alemanha, contam com regime jurídico protetivo reforçado, conforme já abordado no Capítulo 2.

Outros dois fundamentos adotados pela LGPD, que serão aqui tratados em conjunto, são o livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade, que foram o ponto de partida para a justificação do direito fundamental implícito à autodeterminação informativa na Lei Fundamental da Alemanha. Como visto, a Corte Constitucional da Alemanha, no Caso Lei do Censo, justificou juridicamente a existência do direito fundamental à autodeterminação informativa a partir do livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental positivado no art. 2, §1º, da Lei Fundamental, e da dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1º, §1ª, da Lei Fundamental.

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos de personalidade foram consagrados no Código Civil de 2002, porém eles já poderiam “ser deduzidos de uma cláusula geral de tutela

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos Constitucionais: o Direito Fundamental à Proteção de Dados. Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Coordenadores Danilo Doneda *et al*, Rio de Janeiro, Forense, 2021. p. 24.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

da personalidade ancorada no direito geral de liberdade e no princípio da dignidade da pessoa humana”⁷⁹, resultando no direito geral de personalidade como direito fundamental implícito.

O livre desenvolvimento da personalidade está na base da necessidade de proteção dos dados pessoais. Conforme nos ensina Danilo Doneda:

(...) somos cada vez mais identificados a partir dos nossos dados pessoais, fornecidos por nós mesmos a empresas e a entidades públicas com as quais mantemos relações; ou então coletados por meios diversos. Estes dados pessoais são indicativos de aspectos de nossa personalidade, portanto merecem proteção do direito enquanto tais.⁸⁰

A dignidade, da mesma forma, como visto ao longo do texto, foi elemento decisivo no surgimento do direito fundamental à proteção de dados. E não poderia ser diferente, pois os direitos fundamentais são “concretizações do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana”⁸¹. Além disso, numa sociedade da informação, a proteção da dignidade humana e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada somente é possível se houver proteção contra os riscos do tratamento de dados pessoais⁸². Na visão de Ingo Sarlet, os dois principais pontos de contato entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à proteção de dados “são o princípio autônomo (autodeterminação) e os direitos de personalidade, representados aqui, por sua vez, pelo direito (de natureza geral) ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos especiais à

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

⁸⁰ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

⁸² MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados de uma mesma moeda*. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 12, n. 39, p. 185-216, 2018.

privacidade e à autodeterminação informativa”⁸³.

Por fim, inciso VII do art. 2º da LGPD elenca o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. Esse fundamento se concretiza justamente pelo arcabouço de regras e princípios contidos na Lei e que empoderam o titular dos dados pessoais, em especial no mundo digital, permitindo-lhes exigir de instituições públicas e privadas informações acerca do uso, do armazenamento e do compartilhamento de seus dados pessoais, bem como demandar a correção, a exclusão ou a interrupção do uso dos dados. O mundo digital também é um espaço em que se exercem direitos e deveres, e nesse ponto a LGPD significou mais um passo em direção ao exercício da cidadania.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intuito desse trabalho foi de fazer uma análise do direito fundamental à proteção de dados pessoais a partir dos fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, inscritos no art. 2º. Como ponto de partida, recapitulamos o tratamento dado ao direito à proteção de dados pessoais pelo Supremo Tribunal Federal, que, antes mesmo da EC 115/2019, já o via como um direito autônomo e implicitamente integrante do catálogo de direitos fundamentais. Logo após, destacamos a relevância do reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados como direito fundamental tanto pela decisão do STF quanto pela emenda constitucional, apontando as implicações práticas decorrentes do regime jurídico constitucional protetivo dos direitos fundamentais.

O estudo individualizado de cada fundamento, que não teve a pretensão de ser exaustivo, acabou por revelar um pouco da história do surgimento e desenvolvimento do direito humano

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos Constitucionais: o Direito Fundamental à Proteção de Dados. Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Coordenadores Danilo Doneda *et al*, Rio de Janeiro, Forense, 2021.

e do direito fundamental à proteção de dados. Passamos pelo direito norte americano, em que se desenvolveu a *privacy* a partir de 1890, com o artigo *the right to privacy*, e pelo direito alemão, que melhor desenvolveu o direito à autodeterminação informativa, incluído no rol dos direitos fundamentais da Lei Fundamental alemã a partir do julgamento do multicitado Caso Lei do Censo pelo Tribunal Constitucional Alemão.

Debatemos também a arrecadação e tratamento de dados pessoais por grandes empresas gerenciadoras de redes sociais, que, diferente das constituições e leis reguladoras da proteção de dados, não encontram fronteiras físicas no exercício de suas atividades. Comentamos sobre o surgimento do foro público de debate em âmbito virtual e os potenciais riscos à liberdade de expressão, de comunicação e de informação decorrentes dessa nova forma de interação.

Como visto, os direitos fundamentais devem ser constantemente aprimorados e, por vezes, reinterpretados, de forma a adaptarem-se à realidade cambiante, constantemente influenciada pelo desenvolvimento tecnológico e pelos riscos que lhe são inerentes. Nesse ponto, segue atual o artigo *the right to privacy*, em que os autores alertaram para a necessidade de ser repensada a proteção das pessoas em razão das invenções e novos métodos de negócios.



REFERÊNCIAS

ALDER, Steve. *OCR Confirms Use of Website and Other Tracking Technologies Without a BAA is a HIPAA Violation*. *The Hipa Journal*, 2022. Disponível em: <https://www.hipaajournal.com/ocr-website-tracking-technology-without-baa-hipaa-violation/>. Acesso em:

26/03/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 21.729. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1569577>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6387 Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Redes Sociais, Companhias Tecnológicas e Democracia. Direitos fundamentais, desenvolvimento e crise do constitucionalismo multinível. Livro em homenagem a Jörg Luther. MENDES, Gilmar Ferreira; HÄBERLE, Peter; BALAGUER CALLEJÓN, Francisco; SARLET, Ingo Wolfgang; STRAPAZZON, Carlos Luiz; AGUILAR CALAHORRO, Augusto (Organizadores), Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2020.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Coordenadores Danilo Doneda *et al*, Rio de Janeiro, Forense, 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição dos Estados Unidos de 1787. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Office of Privacy and Civil Liberties - U.S. Department of Justice*. Disponível em: <https://www.justice.gov/opcl/privacy-act-1974>.

EUROCID. Informação Europeia ao Cidadão. Carta dos Direitos Fundamentais da EU. Disponível em: <https://eurocid.mne.gov.pt/artigos/carta-dos-direitos-fundamentais-da-ue>.

FACEBOOK. Pixel da Meta. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/business/tools/meta-pixel>.

- FEATHERS, T.; FONDRIE-TEITLER, S.; WALLER, A.; MATTU, S. Facebook Is Receiving Sensitive Medical Information from Hospital Websites. The Markup, 2022. Disponível em: <https://themarkup.org/pixel-hunt/2022/06/16/facebook-is-receiving-sensitive-medical-information-from-hospital-websites>.
- MENDES, Laura Schertel. Autodeterminação informacional: origem e desenvolvimento conceitual na jurisprudência da corte constitucional alemã. Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) - A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.
- MENDES, L Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. Pensar – Revista de Ciências Jurídicas, Brasília, v. 25 n. 4, 12/2020.
- MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados de uma mesma moeda. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 12, n. 39, p. 185-216, 2018.
- MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RAVACHE, Guilherme. Por que separar YouTube do Google e dividir a gigante resolveriam muitos problemas. Valor Econômico, 2023. Disponível em: <https://valor.globo.com/opiniaao/guilherme-ravache/coluna/por-que-separar-youtube-do-google-e-dividir-a-gigante-resolveriam-muitos-problemas.ghtml>.
- RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade de informação. Revista Direito, Estado Sociedade, n. 36, p. 178 a 199, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na

- perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos Constitucionais: o Direito Fundamental à Proteção de Dados. Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Coordenadores Danilo Doneda *et al*, Rio de Janeiro, Forense, 2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Fundamentos jusfilosóficos e âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista Direito Público*, v. 17, n. 93, p. 33-57, 2020.
- SOMBRA, Thiago Luis Santos. Fundamentos da Regulação da Privacidade e da Proteção de Dados Pessoais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Trecho contido na apresentação, escrita por Eduardo Ustaran.
- VERMESAN, Ovidiu; e BACQUET, Joël. Cognitive Hyperconnected Digital Transformation: Internet of Things Intelligence Evolution. River Publishers, 2017. Disponível em: https://european-iot-pilots.eu/wp-content/uploads/2020/06/Cognitive_Hyperconnected_Digital_Transformation_IERC_2017_Cluster_eBook_Web.pdf.
- WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*, vol. 4, nº. 5, p. 193-220, 1890.
- WETSMAN, N. Meta sued for violating patient privacy with data tracking tool. *The Verge*, 2022. Disponível em: <https://www.theverge.com/2022/8/2/23288612/meta-hospitals-sued-patient-privacy-facebook-data-hipaa>.
- ZANATTA, Rafael AF. Perfilização, discriminação e direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Publicado em fevereiro de 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais.
- ZIEGER, A. Meta Faces Legal Firestorm As Hospitals Cite Its

Pixel Tool In Health Data Breaches. Healthcare IT Today, 2022. Disponível em: <https://www.healthcareitoday.com/2022/11/09/meta-faces-legal-firestorm-as-hospitals-cite-its-pixel-tool-in-health-data-breaches/>.