O DIREITO À PRIVACIDADE: UMA REFLEXÃO ACERCA DO ANTEPROJETO DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS[1]

THE RIGHT TO PRIVACY: A REFLECTION ON THE PRELIMINARY DRAFT PROTECTION OF PERSONAL DATA

Bruno Mello Correa de Barros[2]

Clarissa Teresinha Lovatto Barros[3]

Rafael Santos de Oliveira[4]

RESUMO: Este artigo se propõe a refletir a respeito do princípio da privacidade e demonstrar a premência da aprovação de regra coerente sobre a proteção de dados pessoais no Brasil, compreendendo que, com Dworkin, princípio representa um fechamento hermenêutico capaz de buscar na integridade do próprio direito suas características. Utilizou-se como metodologia a ontologia hermenêutica, adotando a fenomenologia hermenêutica a fim de compreender a realidade e a temática proposta. Os métodos de procedimento elencados foram o método monográfico e o histórico. Desse modo, aponta-se que a privacidade e as suas formas de proteção costumam estar alinhadas à tecnologia disponível e que, com a consolidação da Sociedade Informacional guiada, notadamente pela Internet e a circulação instantânea de dados que ela propicia, o tema da proteção jurídica necessita de um marco regulatório integrado ao panorama internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Privacidade. Proteção de Dados Pessoais. Integridade normativa.

ABSTRACT: This article proposes to reflect on the principle of privacy and demonstrate the urgency of the adoption of a coherent rule on the protection of personal data in Brazil, understanding that with Dworkin, principle represents a hermeneutic closure capable of seeking in the integrity of its own right characteristics.

1 Pesquisa conta com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior – CAPES.

2 Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação – UFSM. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano – UNIFRA. Pesquisador do Centro de Estudos e Pesquisas em Direito & Internet. brunomellocbarros@gmail.com

3 Advogada, jornalista e Mestre pelo programa de Pós Graduação em Direito da UFSM e pesquisadora do grupo de estudos no Núcleo de Direito Informacional (NUDI). Formada em Direito e Jornalismo pela Universidade Federal de Santa Maria, além de MBA em Comunicação Empresarial pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2005/2006). clovatto@yahoo.com.br

4 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Integração Latino-Americana (Direito da Integração) pela Universidade Federal de Santa Maria e Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (2003). Professor Adjunto III no Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) e no Programa de Pós-graduação em Direito da UFSM (Mestrado). Professor do Curso de Especialização em Agricultura Familiar Camponesa e Educação do campo- Residência Agrária (2014/2015). advrso@gmail.com

Hermeneutical ontology was used as methodology, adopting the hermeneutic phenomenology in order to understand the reality and the proposed theme. The methods of procedure listed were the monographic and historical method. Thus, it is pointed out that privacy and its forms of protection are usually in line with available technology and that, with the consolidation of the Information Society guided, notably through the Internet and the instantaneous circulation of data that it provides, the subject of legal protection Requires a regulatory framework integrated to the international scene.

KEYWORDS: right to privacy, personal data protection, normative integrity.

INTRODUÇÃO

Na perspectiva deste artigo, o direito à privacidade impõe-se como direito fundamental, destacando que a correlação entre o nível de proteção desejado e o nível de tutela efetivo exige uma quota de privacidade, garantida por regra. As maneiras tradicionais de proteção se tornam difíceis em decorrência de características atinentes à sociedade informacional, revelando a premência de mecanismos que não se restrinjam a regras jurídicas nacionais e estejam integrados ao panorama internacional.

Destaca-se que este trabalho se propõe a refletir a respeito do princípio da privacidade e demonstrar a premência da aprovação de regra coerente sobre a proteção de dados pessoais no Brasil, compreendendo, com Dworkin, que princípio representa um fechamento hermenêutico capaz de buscar na integridade do próprio direito suas características. Assim, o princípio não representa "abertura" ao sujeito solipsista ou um mecanismo jurídico para preencher lacunas, haja vista que esse termo solipsista, derivado do alemão, traduz-se em "viciado em si mesmo", ou seja, àquele que se utiliza por si só a própria expertise para resolução de determinada situação.

Ainda, em relação aos autores que contribuem para construção deste artigo, recorreu-se ao entendimento de Pérez Luño (2005) de transposição da percepção que separa intimidade e privacidade, tendo em vista a aceleração provocada pela inovação tecnológica e científica que permeia a contemporaneidade. Apropriou-se, também, dos ensinamentos Stefano Rodotà (2008) de que há a necessidade de ampliar o conceito de privacidade para além da dimensão individualista.

A fim de possibilitar a melhor compreensão da temática abordada, se estruturou este artigo em duas seções. Na primeira, mostrou-se a relação do desenvolvimento das tecnologias de informação e da comunicação (TIC), realizando diálogo com o direito à privacidade e também com a compreensão de princípio como elemento instituidor da regra. A segunda versa a respeito do tratamento do tema no cenário internacional e no Brasil, delineando aspectos coerentes no ordenamento brasileiro em comparação a outros países, especialmente da Europa. Utilizou-se como metodologia a ontologia hermenêutica, adotando a fenomenologia hermenêutica a fim de compreender a realidade e a temática proposta. Os métodos de procedimento foram o monográfico e o histórico.

1 DIREITO FUNDAMENTAL DA PRIVACIDADE NA SOCIEDADE INFORMACIONAL: UMA COERÊNCIA NECESSÁRIA

O desenvolvimento das tecnologias nos campos da informação e da comunicação, sobretudo a Internet, produziu reflexos sobre os conceitos de tempo e espaço, provocando uma série de alterações nas formas de relacionamento interpessoais, seja na esfera pública ou privada. As Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) podem ser entendidas como mecanismos de valor ao estabelecer conexões entre a sociedade civil e o Estado, mas a utilização inadequada das TIC tem potencial de infringir direitos sensíveis, tanto pelo Estado quanto por particulares. Nesse sentido, presencia-se uma sociedade em evolução, ou uma sociedade da informação, com um modelo de desenvolvimento sociopolítico na busca pela satisfação das necessidades dos cidadãos e pela disseminação do conhecimento (BATTEZINI; REGINATO, 2016, p. 6).

A sociedade informacional, termo preconizado por Manuel Castells, sociólogo espanhol, consiste em uma terminologia que tenta estabelecer um paralelo entre indústria e industrial. Uma sociedade industrial (conceito comum na tradição sociológica) não é apenas uma sociedade em que há indústrias, mas uma sociedade em que as formas sociais e tecnológicas de organização industrial permeiam todas as esferas de atividade, começando com as atividades predominantes localizadas no sistema econômico e na tecnologia militar e alcançando os objetos e hábitos da vida cotidiana. Assim, o emprego dos termos "sociedade informacional" e "economia informacional" tenta uma caracterização mais precisa das transformações atuais, além da sensata observação de que a informação e os conhecimentos são importantes para as sociedades. Porém, o conteúdo real de "sociedade informacional" tem que ser determinado pela observação e pela análise (CASTELLS, 2008, p. 65).

Nesse sentido, a partir do termo cunhado por Castells, quando mal utilizados os instrumentos disponibilizados pelas TIC aliado ao incorreto armazenamento de dados abre-se o leque para devastar com a privacidade do indivíduo. No contexto contemporâneo em que dados são veiculados de maneira instantânea, o cidadão, titular de seus dados, muitas vezes, perde o controle das informações a seu respeito, inclusive as mais íntimas. Nesse cenário de mudanças paradigmáticas, constata-se a evolução do direito à privacidade, o qual somente incorporou-se ao ordenamento jurídico brasileiro após ter conquistado reconhecimento no plano internacional. Dentro desse plano, é possível prescrever que o marco doutrinário ocorreu em 1890, nos Estados Unidos, quando Samuel Dennis Warren e Louis Demitz Brandeis publicaram artigo na *Harvard Law Review*, intitulado *Right to privacy*. Destaca-se que o direito à privacidade obteve reconhecimento na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, e, em 1966, ganhou regulação pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. A previsão legal desse direito na Convenção Americana sobre Direitos Humanos aconteceu em 1969 (VIEIRA, 2007).

Dentro desse ângulo, a informação, atualmente, pode ser considerada a base da vida e das relações humanas e sociais. Isto porque quem possui o poder de comunicá-la, em regra, possui o poder de controle dos cidadãos, que tomarão decisões a partir do que conhecem (RAMINELLI; OLIVEIRA, 2015. p. 23). Na análise de Brenton (1992, p. 24), este lançou mão da comunicação e do considerava o seu principal elemento, a informação, como o elo fundamental entre a humanidade. A tecnologia permuta a

livre informação e isso é comunicação, o fenômeno central de uma sociedade sem entropias. Logo, nessa perspectiva, uma sociedade em que uma comunicação se realiza de forma livre e descentralizada, pode, na mesma medida, propiciar que a difusão da informação ocorra de igual forma.

No mesmo propósito, a revolução tecnológica provoca uma mudança visceral no mundo hodierno, no caso de sua manifestação mais inquietante, a Internet inova nos parâmetros de sua própria análise, na dimensão formal do seu objeto, isto é, a virtualidade (PIMENTA, 2013, p. 14). As novas tecnologias, ou tecnologias digitais, expandiram enormemente a possibilidade de acesso à informação e às formas de comunicação, daí porque migraram de tecnologias de informática para serem nominadas Novas Tecnologias da Informação e Comunicação (NTICs). O desenvolvimento do que são comumente denominadas na literatura como novas tecnologias da informação e da comunicação foi propulsor de mudanças que afetaram a sociedade mundial em todos os seus aspectos (PIMENTA, 2013, p. 01).

Assim, modernamente, graças às novas tecnologias, o ser humano alcançou um desenvolvimento capaz de alterar a sua própria história. A tecnologia alcançou patamares que há décadas não se pensaria fosse possível (NUNES; PATUSSI, 2016, p. 135). O acesso ao conhecimento a essas novas tecnologias torna-se competitivo e alguns Estados o tratam como impreterível ao desenvolvimento. Portanto, é imprescindível dar novos suportes de fixação de conteúdos, e que a lei acompanhe esse desenvolvimento modificando os antigos parâmetros de proteção para contemplar novas abrangências de proteção que antes eram impensáveis (NUNES; PATUSSI, 2016, p. 136).

Logo, o Brasil, com a Constituição Federal de 1988, consagrou o Princípio da Dignidade Humana (art. 1, III), protegendo os direitos de personalidade e reconheceu a inviolabilidade da vida privada, da intimidade e da honra das pessoas (art. 5, X). Apesar de a Constituição ter assegurado a tutela da privacidade não se pode olvidar que, conforme leciona Streck (2006), as condições de possibilidade para que o intérprete possa compreender um texto implicam a existência de uma pré-compreensão acerca da totalidade do sistema jurídico-político-social. Nesse sentido, uma "baixa compreensão" a respeito do sentido da Constituição na seara do Estado Democrático e de Direito acarretará uma "baixa aplicação", com efetivo prejuízo para a concretização de direitos fundamentais. Entende-se oportuno destacar explicação de Streck (2006, pp. 51-54) a respeito de não existir etapas distintas na compreensão.

> Compreender é aplicar. Filosoficamente, ao menos depois da invasão da filosofia pela linguagem, não é possível separar *interpretação e aplicação*. O sentido não se desloca do âmbito da compreensão. Aqui parece não ter sido compreendido bem a tese (central) gadameriana da *applicatio*, pela qual interpretar é aplicar, que sempre aplicamos, que não interpretamos por parte ou etapas e que, enfim, "em toda a leitura tem lugar uma aplicação" (Gadamer). *Quando Gadamer diz isso, ele não está se referindo à aplicação da lei ou na aplicação judicial.* [...] Aplicação (applicatio) é a síntese hermenêutica da compreensão; a aplicação de que fala Gadamer não é uma fase posterior da interpretação ou compreensão.

Na mesma linha, coaduna-se com Isaia (2011, p. 82) de que "a interpretação de um texto se desvelaria desde a sua assumida função como mediador de um nexo histórico

mais amplo, completo na perspectiva da história universal". Assim, resta evidenciado que a experiência humana tem significado por ser histórica e seguir uma unidade coerente na linha do tempo. Como bem explica Isaia (2012, p. 171), a partir de Dworkin, "os sentidos se dão no distanciamento sujeito-objeto e não na intersubjetividade, através da linguagem".

Reitera-se que o direito à privacidade e a sua coerente tutela tem previsão constitucional, mas a Constituição, que deveria ser o *local* para a obtenção de respostas concretizadoras, foi alterada em um "texto aberto". No Brasil, a interpretação da Constituição acontece dentro de uma tradição liberal-individualista que ainda conforma o sentido-comum-teórico dos juristas (WARAT, 1995). Desse modo, quando o "operador do direito" (sic) fala o (ou sobre) o Direito, fala a partir do seu "desde-já-sempre-sabido" sobre, e o "como-sempre-tem-sido" o Direito (STRECK, 2000, p. 268). Consequentemente, os direitos sociais, característicos do constitucionalismo contemporâneo, são relegados a um segundo plano pelos juristas com base na consideração de que somente os direitos individuais de liberdade seriam prontamente exigíveis.

Dentro dessa lógica liberal, muitas vezes, a *applicatio* tem ocorrido em etapas posteriores à interpretação ou compreensão, realizando, apenas a adequação da norma ao caso concreto. Porém, conforme bem alerta Streck (2010, p. 226), "quando me deparo com o texto, ele já ex-surge normado" e, assim, a interpretação de um texto jurídico não se desvincula da antecipação de sentido pelo intérprete. Nessa mesma linha, ao rechaçar diferenciação entre conhecer, interpretar e aplicar Dworkin (1999, p. 72) entende que os princípios são *standards* que devem ser observados por refletirem uma exigência de justiça ou alguma outra dimensão de moralidade, o que os distingue das normas.

Nesse sentido, Oliveira (2008) observa que Dworkin destaca a diferença qualitativa entre regras e princípios, mas ambos são tratados como conjunto de padrões que apontam para decisões, tendo distinções quanto à natureza de orientação. As regras são aplicáveis *tudo ou nada*, ou seja, "quando se argumenta com uma regra ela é ou não é". Já num argumento de princípio, é necessário se mostrar como sua aplicação mantém uma coerência com o contexto global dos princípios (dimensão de peso). Assim, a aplicação de um princípio não pode significar a exclusão de outros.

Dworkin entende que o Direito sempre proporciona uma boa resposta, tendo em vista que o juiz ao julgar escreve a continuidade de uma história e, para exemplificar essa similaridade do Direito com a narrativa, utiliza a metáfora do "Romance em Cadeia". Nessa metáfora elaborada do Dworkin cada juiz deve se considerar parte de um complexo empreendimento em cadeia, ao lançar-se à criação e à interpretação jurisprudenciais. Concebe a interpretação jurídica como a extensão de uma história institucional do Direito, que se desenvolve a partir de decisões, estruturas, convenções e práticas (OLIVEIRA, 2008).

Desse modo, o processo interpretativo seria como um romance em cadeia que não é escrito somente por um autor, mas vários; cada um é responsável pela redação de um capítulo separado, devendo continuar a elaboração a partir de onde seu antecessor parou. Nesse contexto, destaca-se a integridade, ou seja, na complexidade da tarefa a que estaria submetido cada escritor ao redigir o romance ele deve escrever cada capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance com a complexidade

da tarefa enfrentada pelo juiz que, ao decidir um caso difícil, teria a função de dar continuidade à história.

De acordo com a teoria de Dworkin (2003) da integridade do Direito existe um valor moral no respeito à integridade e à coerência de um sistema jurídico e, desse modo, torna-se premente o imperativo de o Direito sustentar concepção coerente que seja o reflexo dos valores da comunidade política. Assim, conforme a noção de fidelidade a um sistema de princípios cada cidadão possui a responsabilidade de se manter leal ao sistema de princípios e valores da comunidade a qual pertence (DWORKIN, 2003).

Oportuno ressaltar que Streck discorda de Dworkin, quando esse afirma que as regras são aplicáveis à maneira do *tudo ou nada* e que os princípios, por sua vez, enunciariam uma razão que conduz o argumento em certa direção. Concorda-se com Streck (2006, p. 170) no sentido que a regra não subsiste sem o princípio e, do mesmo modo, não há princípio que possa ser aplicado sem o "atravessamento" de uma regra. Nesse contexto, é imperativo o uso de princípios a fim de encontrar a resposta acertada, aquela que decorre de uma correta interpretação à luz da hermenêutica à solução dos conflitos. E, para chegar a esta resposta acertada, é indispensável uma interpretação correta, no plano de uma argumentação racional. Assim, conforme preconiza Lenio Streck (2006, p. 145) os princípios[5] têm a finalidade de impedir múltiplas respostas e, sendo assim, fecham a interpretação.

> É através dos princípios – compreendidos evidentemente da superação dos *discursos fundacionais* acerca da interpretação jurídica – se torna possível sustentar a existência de respostas adequadas (corretas para cada caso concreto). Portanto, a resposta dada através dos princípios é um problema hermenêutico (compreensão), e não analítico-procedimental (fundamentação).

Feito esse recorte a respeito da compreensão de princípio, qual seja, como elemento instituidor da regra, passa-se a dissertar sobre o desenvolvimento de uma noção de privacidade, destacando que não ocorre processo subsuntivo ao interpretar um texto com base na Constituição, pois "ao vislumbrar o texto, já há um ver-prévio e um pré-conceito acerca da Constituição" (STRECK, 2006, p. 175).

O desenrolar da noção de privacidade aconteceu paralelo ao surgimento da própria possibilidade material de assegurar esse direito. O nascimento do direito à privacidade, conforme leciona Rodotà (2008, p. 26), pode ser historicamente relacionado à desagregação da sociedade feudal em que o isolamento era privilégio de eleitos ou de outras pessoas as quais, por necessidade ou opção, viviam distantes da comunidade.

Nessa conjuntura de consolidação do direito à privacidade e da regulação da rede, destacam-se as contribuições de Pérez Luño e Stefano Rodotà. A Carta Magna faz distinção entre os institutos da intimidade e da privacidade, pois no art. 5º, X, aponta que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização por dano mora ou material decorrente de sua violação" (BRASIL, 1988), desse modo se verifica que existe uma cisão da intimidade e de outras manifestações de privacidade.

---

[5] Conforme o autor antes de estarem cindidos, há um acontecer que aproxima regra e princípio em duas dimensões, a partir de uma anterioridade, isto é, a condição de possibilidade da interpretação da regra é a existência do princípio instituidor (STRECK, 2006, p. 167).

Apesar dessa aparente separação, na Constituição Federal, dos direitos à intimidade e à privacidade, coaduna-se com entendimentos Stefano Rodotà, que reivindica a autonomia do individuo na sociedade de informacional e sugere um novo conceito de privacidade, qual seja, da definição histórica do "direito de ser deixado só" para o "direito à autodeterminação informativa". Esse conceito abarca o direito de manter o controle sobre as próprias informações; o direito de escolher aquilo que será revelado; direito ao esquecimento, em suma, o direito de determinar a maneira de construir a própria esfera particular.

Ao apresentar uma nova percepção da privacidade, Rodotà (2008) afirma que esse direito tem a ver com a proteção da personalidade, não da propriedade. Assim, a ressignificação da privacidade, como direito à autodeterminação informativa, colabora para uma concepção integral da pessoa, possibilitando o livre desenvolvimento da personalidade. Desse modo, a garantia da privacidade como direito fundamental, pressupõe um ordenamento jurídico cujos regramentos sejam interpretados em consonância à pessoa humana. Nesse sentido, sublinha-se entendimento de Rodotà (2008, p. 24).

> [...] cada vez mais frágil a definição de "privacidade" como o "direito a ser deixado só", que decai em prol de definições cujo centro de gravidade é representado pela possibilidade de cada um controlar o uso das informações que lhe diz respeito. Não que esse último aspecto estivesse ausente das definições tradicionais: nelas, porém, ele servia muito mais para sublinhar e exaltar o ângulo individualista, apresentando a privacidade como mero instrumento para realizar a finalidade de ser deixado só; enquanto hoje chama a atenção, sobretudo, para a possibilidade de indivíduos e grupos controlarem o exercício dos poderes baseados na disponibilização de informações, concorrendo assim para estabelecer equilíbrios sociopolíticos mais adequados.

Essa fragilidade na conceituação de privacidade como "direito a ser deixado só" resta evidenciada, especialmente, na sociedade informacional, na qual tanto as estruturas públicas como as empresas privadas realizam coleta de dados pessoais dos indivíduos. Ao se abordar a temática proposta, torna-se imperioso assinalar que alguns doutrinadores entendem ter a privacidade maior abrangência do que a intimidade. Nesse sentido, Moraes (2002, p. 80) afirma que "os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro que se encontra no âmbito de incidência segundo".

Na mesma linha de Rodotá (2008), Pérez Luno (2005) assinala que os direitos fundamentais devem ser compreendidos a partir de percepções que não realizam a divisão de seus conteúdos em âmbitos apartados. Desse modo, o que se tutela é a intimidade a partir da qual os demais direitos seriam tutelados, inclusive os direitos à honra e à imagem. Compreende-se que essa concepção unitária é a mais adequada, especialmente na sociedade informacional, pois relaciona os direitos fundamentais à autonomia do titular, detentor do direito à autodeterminação informacional. Esse direito, por sua vez, corresponde, segundo Sarmento (2004, p. 204) ao direito de o indivíduo determinar o seu destino, como casar-se ou não, ter filhos ou não, expor em público sua própria imagem, voz e honra pessoal e demais direitos nessa mesma linha, desde que não afetem direitos de terceiros, nem a lei moral, nem a ordem constitucional.

É premente, argumenta Pérez Luño (2005), a necessidade de transpor as concepções que serviram de base para o Estado Liberal, quando bastava a postura negativa pelo Estado para garantir a satisfação dos direitos fundamentais dos cidadãos. O caráter negativo dos direitos fundamentais relaciona-se com a teoria liberal do Estado de Direito burguês, defendido por Carl Schmidtt, na qual o Estado deve respeitar a esfera jurídica do cidadão, não assumindo, entretanto, nenhum dever para realização das liberdades públicas. Essa teoria foi superada pela teoria do Estado Social, que enfatiza o caráter positivo dos direitos fundamentais, ao demonstrar que, para se atingir a liberdade real, em contraposição à liberdade meramente jurídica, impõe-se uma serie de prestações estatais (VIEIRA, 2007, p. 96).

Destaca-se que a teoria do Estado Social superou a visão restritiva dos direitos fundamentais, ressaltando, conforme explica Vieira (2007), a teoria institucional dos direitos fundamentais, segunda a qual, os direitos fundamentais, para serem efetivos, precisam ser protegidos institucionalmente e enriquecidos por atos normativos que lhes ofereçam direção, conteúdo e função.

Verifica-se que a tutela do direito à privacidade demanda uma atuação positiva do poder público para assegurar a não intromissão de terceiros na privacidade alheia. O posicionamento ativo do Estado torna-se ainda mais essencial ao compreender os direitos fundamentais na dimensão social. Assim, resta evidenciada o imperativo do reconhecimento do controle de fluxo informacional pelo próprio indivíduo. Ao entender que direito à privacidade deve ser compreendido de maneira integrada às diretrizes internacionais, insta destacar a distinção entre intimidade e privacidade realizada pela doutrina alemã, a qual distingue a privacidade em três círculos concêntricos. Nesse sentido, frisa-se a explicação de Vieira a respeito da teoria das esferas (2007, p. 37):

> [...] O primeiro círculo e de maior amplitude representa a esfera privada, excluindo-se do conhecimento de terceiros aspectos específicos da vida da pessoa. O segundo compreende os valores atinentes ao âmbito da intimidade ou esfera confidencial, cujo acesso é mais restrito, somente permitido àqueles indivíduos com os quais a relação pessoal se desenvolve de forma mais intensa. O terceiro e mais fechado dos círculos abrange a reserva, o sigilo, o segredo, as mais profundas manifestações espirituais da pessoa, caracterizadoras da vida íntima *stricto sensu*.

Percebe-se que essa teoria, adotada pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão[6] no caso da Lei do Microcenso, realiza diferenciação entre intimidade, vida privada e segredo, apesar de ser questionável a possibilidade de delimitar os limites que balizam as três esferas. A par da teoria das esferas houve a formulação da teoria do mosaico, em que a partir de coletânea de dados é possível traçar o perfil do cidadão, por Fulgêncio Conessa.[7] Aliás, Canotilho (2003) conceitua direito à privacidade como

[6] Em 16 de julho de 1960, o Tribunal Alemão afirmou que o terceiro e mais fechado dos círculos não pode ser violado pelo Estado nem mesmo por lei, por ser tal âmbito um recinto inatingível da vida privada, que não pode ser submetido a qualquer ação do poder público. [...] De outro lado, as informações solicitadas pelos órgãos públicos, que exorbitem essa esfera e que não violem a dignidade ou a autodeterminação do individuo, devem ser prestadas ao Estado para pesquisas estatísticas, por exemplo. No caso em exame, o Tribunal considerou que a Lei de Microcenso não viola a esfera do segredo confirmando a constitucionalidade do ato normativo (VIEIRA, 2007, p. 39).

[7] Dados pessoais assemelham-se a pequeninas pedras que formam um mosaico, ou seja, vistas por si sós nada representam, mas, uma vez unidas, formam um conjunto pleno de significado que, nesse caso, compõem a personalidade do indivíduo. MIGUEL, Carlos Ruiz. Em torno de la protección de lós datos

direito de personalidade. O constitucionalista português faz distinção[8] entre direitos de personalidade e direitos fundamentais.[9] Segundo o constitucionalista português, os direitos de personalidade abrangem os direitos de estado (direito de cidadania), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e os direitos sobre a própria vida.

Segundo a teoria do mosaico, é irrelevante o fato de a informação do indivíduo pertencer à esfera da intimidade, vida privada do segredo, pois interessa, sobretudo, é a utilização que se fará com tal dado informacional. Assim, há dados que possuem aparência de inofensivos à violação, porém, quando colacionados com outros dados, apresentam risco à violação da privacidade do cidadão. Destaca-se que a teoria do mosaico colabora para o entendimento da problemática relacionada à coleta e ao armazenamento de dados pessoais tanto por entes públicos quanto por privados, em especial na sociedade informacional na qual é possível realizar, em instantes, a interligação de dados e delinear o perfil de indivíduos.

Percebe-se que o discurso sobre a privacidade aparece como um discurso sobre dados pessoais e, portanto, sobre a informação. Porém, alerta-se que considerar a relevância da informação como um dado somente dos tempos atuais é abstrair a sua importância em períodos anteriores. Reconhece-se que, nos dias atuais, há maior desenvoltura na manipulação, coleta, tratamento e comunicação da informação e, concomitantemente, aumentam as formas com as quais as informações podem utilizadas, coadunando com a observação de Rodotà (2008) no sentido de que a novidade fundamental introduzida pelos computadores é a transformação de informação dispersa em informação organizada.

Pode-se afirmar que, de fato, na sociedade informacional, a Internet alavancou o acesso às informações e possibilitou a troca de dados, em diferentes formatos, entre pessoas e organizações. No entanto, não se pode negar que é a organização das empresas e também do poder público em rede alavancou a invasão da vida privada de clientes e dos cidadãos em busca de dados pessoais. Assim, a Internet se constitui em ameaça à privacidade dos indivíduos, pois facilita a troca de informações entre os prestadores de serviços (público ou privado), além de facilitar o monitoramento das condutas virtuais dos usuários da rede.

Salienta-se que o uso generalizado do mecanismo de interconexão de informações pessoais armazenadas em bancos de dados públicos tem gerado preocupações em relações ao direito à privacidade em razão da violação da autodeterminação dos indivíduos pelo monitoramento estatal. Há, conforme alerta Rifkin (2001, p. 82), desequilíbrio informacional na relação do internauta em face do fornecedor, tendo em vista que esse ao operar e dominar o ciberespaço detém, evidentemente, informações em maior volume e, assim, mais controle e poder.

nota 8

personales automatizados. Revista de Estudios Políticos. Madrid, n. 84, pp. 242-243, abril/junho. 1994 apud BESSA, Leonardo Roscoe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 91.

8 O autor reconhece que, em razão da interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como direito à pessoa ser e à pessoa devir, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa (CANOTILHO, 2003, p. 396).

9 Direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente (CANOTILHO, 2003, p. 392).

Delineados aspectos do direito à privacidade, examina-se, na próxima seção, a proteção de dados na sociedade informacional, expondo espécies de dados pessoais e o panorama internacional da tutela desses dados. Posteriormente, destacam-se aspectos do anteprojeto de lei de dados pessoais no Brasil, que foi submetido, pelo Poder Executivo Federal, para consulta pública (http://participacao.mj.gov.br/dadospessoais/).

2 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: O TRATAMENTO DO TEMA NO CENÁRIO INTERNACIONAL E NO BRASIL

A realidade virtual facilitou o acesso a informações, possibilitando uma nova faceta da democracia, mas, ao mesmo tempo, o que está por trás de um dado é uma pessoa e, assim, os dados pessoais devem ser tratados com a devida garantia e proteção. A necessidade de proteger o indivíduo do risco de divulgação de seus dados tem origem, conforme ensina Limberger (2007, p. 58), no fato de que possuem um conteúdo econômico pela possibilidade de sua comercialização e há a possibilidade de toda uma serie de empregos secundários dos dados recolhidos, os quais nem sempre foram consentidos.

Na sociedade informacional, a interconexão de arquivos dos usuários com intuito de formação de bancos de dados, construídos, grande parte das vezes, com informações dos cidadãos sem o seu aval, impulsionou a concepção e criação de mecanismos de proteção aos dados pessoais. Inclusive, a relevância da temática reflete-se em documentos internacionais, especialmente na Carta de Direitos Fundamentais da Comunidade Europeia que reconhece a proteção de dados como um direito fundamental autônomo e, como bem destaca Rodotà (2008, p. 19) "a inviolabilidade da pessoa deve ser reconfigurada e reforçada na dimensão eletrônica. Devem ser rejeitadas todas as formas de reducionismo".

Desse modo, no sentido do apregoado por Dworkin, os princípios, inclusive da proteção de dados, devem ser respeitados por refletirem uma exigência de justiça. No tocante à tutela de dados pessoais, as iniciativas legislativas surgiram em 1970. A Lei do *Land* alemão de Hesse, de 1970;[10] a lei nacional de proteção de dados da Suécia: o Estatuto para bancos de dados de 1973 – Datalaf 289,[11] além do *Privacy Act* norte-americano, de 1974. Conforme Sampaio (1998), essa primeira geração de leis que previa a concessão de autorizações para a criação de bancos de dados e do posterior controle por órgãos públicos, permaneceu até a lei federal da República Federativa da Alemanha sobre proteção de dados pessoais, de 1977.

Conforme registra Doneda (2006), a Alemanha, a partir dessa legislação, pretendia concluir a realização de um censo em que comparava os dados pessoais fornecidos com

10 Essa lei criou uma autoridade – Comissário para proteção de dados – para controlar a elaboração informática de dados pessoais no confronto com a administração pública, em iniciativa pioneira na Europa.

11 Em 1976, o parlamento sueco promulgou uma lei de acesso a registros públicos e aos atos oficiais do governo. No tocante à Datalag, a Suécia estudava desde 1963 a ligação de bancos de dados como o registro civil, de veículos, de propriedade imobiliária, policiais, serviços sociais e empregatícios no seu Escritório Central de Estatística. A tentativa de implementar um Registro Total da População de um Registro Central de Contribuintes provocou uma reação contrária da sociedade, motivando a promulgação da primeira lei mundial de proteção de dados pessoais (BENNET, C. Regulating privacy, Ithaca: Cornell University Press, 1992, p. 47).

os do registro civil. Esse censo gerou controvérsias, pois havia possibilidade de envio às autoridades pessoais dos dados colhidos, bem como a previsão de multa a quem se recusasse a responder aos questionamentos.

Na década de 1990, a União Europeia aprovou sua diretiva 95/46/CE[12] sobre a "proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados". A Diretiva tinha como objetivo uniformizar as normas de tratamento de dados pessoais no âmbito da União Europeia, procurando ao mesmo tempo proporcionar um nível mínimo de proteção aos dados pessoais, bem como fomentar e fortalecer o mercado interno europeu com a adoção de um padrão comum a todos os Países-membros.

Feito esse resgate histórico a respeito das gerações de leis atinentes à proteção de dados, percebe-se que o Brasil demorou a apresentar, juridicamente, legislação para tutelar esse direito. Com base nos ensinamentos de Dworkin, há um valor moral na obediência à coerência de um sistema jurídico, tornando-se imprescindível de o ordenamento brasileiro assegurar concepção integrada da proteção de dados pessoais Cabe explicar, neste momento, que o sentido é dado pelos intérpretes e não estão nos textos legais, pois, no Estado Democrático de direito, como leciona Isaia (2012, p. 169), "o direito assume um novo papel representado pela relação entre jurisdição e legislação".

Em relação à situação da tutela de dados pessoais no Brasil, registra-se que o ordenamento jurídico estabelece, de forma indireta, essa proteção. A Constituição prevê a inviolabilidade da vida privada e regula o habeas data para garantir o conhecimento e a correção de informações relativas ao impetrante. Mas, somente na década de 2000, passou a se delinear a discussão legislativa a respeito da tutela, de forma direta, dos dados pessoais.

O Poder Executivo Federal submeteu à consulta pública anteprojeto de lei sobre a temática. O texto do anteprojeto, após debate público promovido pelo Ministério da Justiça em parceria com Observatório Brasileiro de Políticas Digitais do Comitê Gestor da Internet no Brasil, foi consolidado em um texto final, o qual está disponibilizado em meio virtual para comentários dos cidadãos (BRASIL, 2015).

No Brasil, há o Código do Consumidor de 1990 que versa sobre os bancos de dados nas relações de consumo e legislação complementar, autorizando quebra de sigilo bancário, em situações excepcionais, sem autorização judicial. Porém, inexiste legislação específica da tutela dos dados pessoais e, conforme assinala Doneda (2006, p. 358), a tutela de dados pessoais possuiria um caráter instrumental, derivado da proteção da privacidade, mas seria limitada por essa. Conforme entrevista concedida por Daniel Doneda, um dos responsáveis pela elaboração do anteprojeto, a lei tem por objetivo garantir direitos ao cidadão sobre seus dados pessoais, além de determinar o modo de tratamento desses dados pela iniciativa privada e entidades públicas. Além disso, os dados pessoais devem ser tratados, pelas entidades públicas e privadas, sob o viés dos princípios da finalidade, transparência, segurança e responsabilidade.

12 Os Estados-membros porão em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva o mais tardar três anos a contar da data da sua adoção In: UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa.*

Dividido em 13 eixos temáticos,[13] o anteprojeto estabelece o tratamento de dados pessoais para proteger a personalidade e a dignidade da pessoa natural. Destaca-se que, entre os princípios de proteção de dados, por exemplo, estão os da transparência e do livre acesso, pelos quais os titulares sempre devem ter conhecimento quando for realizado um tratamento de dados a seu respeito; e o princípio da não-discriminação no sentido de que a proteção de dados não seja compreendido somente na perspectiva da privacidade individual, mas que leve em consideração o fato que a utilização de dados pessoais não possa facilitar práticas discriminatórias.

Em relação aos princípios de tutela de dados, entende-se que eles – como instituidores da regra (STRECK, 2014) – devem ser compatíveis e coerentes com as legislações de outros países. Entende-se como avanço legislativo o anteprojeto estipular já no artigo inicial a proteção dos direitos fundamentais da liberdade e privacidade, dispositivo corolário ao art. 5 da Constituição Federal de 1988. Assim, pode-se afirmar que há traços da integridade tal como definida por Dworkin (2003, p. 229), que contribuem à eficiência do direito "pois se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, mas por quaisquer regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente".

A leitura atenta do anteprojeto revela que há mais de uma dezena de referências a "órgão competente"; "órgão competente estabelecerá"; "órgão competente estimulará a adoção de padrões", no entanto não há informações atinentes à formação e ao funcionamento deste órgão regulador. Diferentemente do Brasil, na Europa, todos os países dispõem de entidades administrativas[14] nos respectivos governos responsáveis pela aplicabilidade da Diretiva, apesar de serem variáveis as atribuições desses setores de país para país, conforme explica Vieira (2007).

Percebe-se maior avanço da União Europeia no tocante à proteção de dados pessoais, mas cabe destacar que o tema tem sido discutido nos Estados Unidos desde a década de 1970. Conforme ensina Sampaio (1998), já em 1975 houve publicação de ato normativo com intuito de proteger a privacidade dos indivíduos no que diz respeito ao tratamento de suas informações pelas agências governamentais. Na América Latina, apenas Chile e Argentina já possuem leis específicas sobre proteção de dados pessoais. Registra-se que a aprovação de atos normativos relacionados ao tema exige que os países atuem, de maneira coordenada, para, como assinala Vieira (2007), não seja obstruída a transmissão de dados pessoais. Inclusive, nesse sentido, a Organização dos Estados Americanos cunhou a Convenção Americana sobre Autodeterminação Informativa, destacando que a tutela de proteção de dados pessoais deve apresentar coerência em razão do caráter transnacional da Internet e do fluxo transfronteiriço das informações.

---

13 Eixos temáticos: escopo e aplicação; dados pessoais, dados anônimos e dados sensíveis; princípios; consentimento; término do tratamento; direitos do titular; comunicação, interconexão e uso compartilhado de dados; transferência internacional de dados; responsabilidade dos agentes; segurança e sigilo de dados pessoais; boas práticas; como assegurar estes direitos, garantias e deveres e disposições transitórias (BRASIL, 2015).

14 a) controlar e fiscalizar o cumprimento das disposições legais e regulamentares em matéria de proteção de dados pessoais; b) exercer poder de autoridade, quer ordenando o bloqueio, quer o apagamento ou destruição de dados, quer proibindo temporária ou definitivamente o tratamento de dados pessoais; c) advertir ou censurar publicamente o responsável pelo tratamento de dados pessoais, pelo não cumprimento das disposições legais (UNIAO EUROPEIA. Directiva 95/46)

Pode-se afirmar que, gradativamente, os países têm percebido os riscos advindos da tecnologia informacional e a necessidade da tutela do direito à privacidade. Nesse cenário, nota-se a adoção de estratégia integrada na proteção de dados. Mas, conforme ensina Rodotà (2008, p. 84), "não há soluções simples e existe a necessidade de um enfoque global".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento da humanidade sempre esteve adstrito ao conhecimento e a exasperação do mesmo, a utilização desse recurso foi primordial durante a Revolução Industrial, sendo que as máquinas e a expertise tecnológica da época auxiliaram de forma potencial na estruturação da sociedade e modernização na forma de produção de bens materiais e dos serviços prestados. Hodiernamente, vivencia-se uma nova perspectiva, calcada na informação, haja vista que esse recurso foi modificado, tendo-se edificado como um ativo econômico, sendo apropriado por empresas, instituições, nações e Estados.

Esse quadro de desenvolvimento tecnológico e evolução proporcionou a solidificação da sociedade da informação, onde as conexões realizadas através das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), tendo como suporte a Internet, promoveu a difusão célere e dinâmica dessa informação. Esta comunicação cheia de signos de conteúdo é primordial ao progresso social, econômico e também jurídico. E nesse ponto, que se visualiza a extrema necessidade de rever antigos parâmetros de proteção dos indivíduos e dos atores sociais, de modo a contemplar novas abrangências de vigilância, regulação e resguardo, para meandros que antes eram impensáveis, como a proteção de dados pessoais.

Em razão do exposto na construção deste artigo, percebe-se que a elaboração de uma legislação coerente, na maior parte dos aspectos ao panorama internacional, evidencia o compromisso do Brasil, país regido por uma Constituição dirigente, na defesa dos dados pessoais. Reitera-se que garantias relacionadas à privacidade passam a ser compreendidas numa perspectiva mais abrangente, abarcando, ainda, as formas de controle viabilizadas com a manipulação de dados pessoais. Para tanto, as estratégias de tutela exigem a integração de diversos instrumentos e a atuação dos poderes governamentais a partir do pressuposto de que, conforme ressalta Isaia (2012, p. 170), de que "os direitos e deveres legais foram criados pela própria comunidade".

A reflexão sobre as vantagens e desvantagens das tecnologias revela a premência do reconhecimento do direito à autodeterminação informativa. Entende-se, com base em Rodotà, a necessidade de correspondência entre o nível de proteção desejado e o nível de proteção efetivo e isso requer parcela de privacidade, garantida por regras. O cotejo do tratamento do tema no Brasil e no cenário internacional apontou que o país está iniciando a trajetória na consolidação de direitos a fim de assegurar aos cidadãos o acesso às facilidades advindas das tecnologias da informação e comunicação e, concomitantemente, a garantia da tutela de seus direitos fundamentais. Não se pode negar que as formas tradicionais de proteção da privacidade são difíceis na sociedade informacional e, nesse contexto, torna-se imperativo a aplicação de mecanismos integrados e que não se resumam somente a regras nacionais.

REFERÊNCIAS

BATTEZINI, Andy Portella; REGINATO, Karla Cristine. O Ativismo Popular e o Papel das Mídias Digitais: Reflexos de um Novo Modelo de exercer Democracia no Cenário Contemporâneo e seus impactos na esfera Política. In: **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 15, n. 6, pp. 173-184, set. /dez. 2016. Disponível em: ‹http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/401›. Acesso em: 05 fev. 2017.

BENNETT, C. **Regulating privacy, data protection and public policy in europe and the united states.** Ithaca: Cornell University Press, 1992.

BRASIL. **Constituição Federal.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: ‹http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm›. Acesso em: 16 jun. 2015.

____. **Ministério da Justiça.** Disponível em: ‹http://participacao.mj.gov.br/dadospessoais/›. Acesso em: 10 jun. 2015.

BRENTON, Philip. **A Utopia da Comunicação.** Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede.** 6. ed. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v.1.

____. **A Sociedade em rede**. 11. ed. Traduzido por Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2008. 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: Zahar, 2003.

DONEDA, Daniel. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio.** Barcelona: Ariel Derecho, 1999.

____. **O império do direito.** Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

____. **Levando os direitos a sério.** Traduzido por Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

____. **Processo civil e hermenêutica:** crise do procedimento ordinário e o redesenhar da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NUNES, Luiz Felipe; PATUSSI, Marcio Assis. A Potencialidade do Desenvolvimento Tecnológico e sua relação com o Homem. In: **Revista Argumentum**, Vitória, v. 8, n. 3, pp. 133-145, set. /dez. 2016. Disponível em: ‹http://www.periodicos.ufes.br/argumentum/article/view/10284/10430›. Acesso em: 08 fev. 2017.

PIMENTA, Viviane Raposo. Novas Tecnologias da Informação e Comunicação e a Possibilidade de Acesso à Justiça. In: **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, ano 3, v. 4, jan. /abril, 2013. Disponível em: ‹http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/24›. Acesso em: 05 fev. 2017.

PÉREZ LUÑO. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2005.

RAMINELLI, Francieli Puntel; OLIVEIRA, Rafael Santos de. O Cosmopolitismo por uma Internacionalização do Direito: O Fortalecimento Recíproco do Global e do Nacional por meio da Proteção do Direito Humano à Informação. In: **Revista de Direito Brasileira,** São Paulo, v. 10, ano 05, 2015. Disponível em: ‹http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/161›. Acesso em: 05 fev. 2017.

RIFKIN, Jeremy. **A Era do Acesso**. Traduzido por Maria Lucia G. L. Rosa. São Paulo: MAKRON Books, 2001.

SAMPAIO, José Adércio. **Direito à intimidade e à vida privada:** uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da more. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias. Discursivas. 5. ed. rev. mod. ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias. Discursivas. 5. ed. rev. mod. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

VIEIRA, Rafael Tomaz de**. Decisão judicial e o conceito de princípio:** a hermenêutica e a (in) determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RECEBIDO EM: 12/12/2016
APROVADO EM: 03/04/2017