

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO - FND**

**A EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE
DADOS COMO LIMITE DO CAPITALISMO INFORMACIONAL**

EDUARDA DE FREITAS ALMEIDA E SOUSA

**Rio de Janeiro/RJ,
2022**

EDUARDA DE FREITAS ALMEIDA E SOUSA

**A EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE
DADOS COMO LIMITE DO CAPITALISMO INFORMACIONAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Guilherme Magalhães Martins**.

**Rio de Janeiro/RJ,
2022**

EDUARDA DE FREITAS ALMEIDA E SOUSA

**A EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE
DADOS COMO LIMITE DO CAPITALISMO INFORMACIONAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Guilherme Magalhães Martins**.

Data da Aprovação: __/__/__

Banca examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Membro da Banca

**Rio de Janeiro/RJ,
2022**

CIP - Catalogação na Publicação

S725e SOUSA, Eduarda de Freitas Almeida e
A EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À
PROTEÇÃO DE DADOS COMO LIMITE DO CAPITALISMO
INFORMACIONAL / Eduarda de Freitas Almeida e SOUSA.
-- Rio de Janeiro, 2022.
78 f.

Orientador: Guilherme Magalhães Martins.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Proteção de Dados. 2. Direitos da
Personalidade. 3. Capitalismo de Vigilância. 4.
Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. 5.
Constitucionalização do Direito Civil. I. Martins,
Guilherme Magalhães, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao meu orientador Guilherme Magalhães Martins, que me guiou com imensa sabedoria, didática e presença.

Durante a escrita deste trabalho, um nome sempre me vinha à cabeça como a pessoa que iniciou todo este processo. Por isto, agradeço à minha vó Belmira da Silva e Sousa, que me ensinou o valor imensurável da leitura.

Agradeço, então, a meus pais, Monique Lima de Freitas e Leonardo da Silva Almeida e Sousa, a quem devo cada escolha acertada no caminho que me trouxe até aqui. Cada um à sua maneira, ambos investiram tudo o que puderam para a minha educação, seja conhecendo todas as minhas professoras e sabendo de cor minhas notas para me colocar na explicadora quando necessário, seja me soltando na livraria e me recebendo com um sorriso quando eu voltava com 10 livros a mais. Sua fé inabalável em minhas conquistas sempre me permitiu ir além do que eu mesma acreditava que poderia ir.

Agradeço à minha avó Maria Auxiliadora Soriano Lima, minha torcedora mais fiel e amorosa, que sempre me proporcionou igualmente motivação para correr atrás dos meus objetivos e conforto sempre que eu precisei descansar. Igualmente, agradeço meu avô Joaquim da Silva Almeida e Sousa, com quem aprendi o valor do trabalho árduo e constante e que palavras são incríveis, mas são as ações que nos tornam grandes pessoas.

Agradeço também ao meu grande número de tios que torcem muito por mim, especialmente à Adriana da Silva e Sousa, que se emociona mais que eu com minhas conquistas.

Agradeço aos professores que, dentro da universidade, inspiraram meu respeito e admiração pela educação e pesquisa, especialmente Márcia Cristina Xavier de Souza, Vanessa Velasco, Rachel Delmas, Leonardo Ribeiro da Luz, Roberto Xavier, Hugo Filardi, Thaylise Leite, Cíntia Konder, Kone Cesário, Carolina Pizoeiro, Inês Dias, Mariana Trotta, Filipe José Medon, João Pedro Acciolly e Philippe Oliveira de Almeida.

Igualmente, agradeço aos professores que, ao longo da vida, foram fundamentais para minha formação enquanto aluna e ser humano e cujos ensinamentos me guiaram para a visão humana que orienta minha pesquisa e minhas atitudes enquanto cidadã, em especial Desirée Lima, Eduardo de Biase, Cristina Magela, Carlos Henrique, Diego Reis, Paulo Antônio Barbosa, Carolina Medeiros, Máxima Gonçalves, Eliane Trigo, Elaine Lopes, Rogério Neves, Marcos Moura, Bruno Malizia, Beatriz Arosa e Luna Campos.

Merecem minha eterna gratidão também as mentoras do Núcleo de Pesquisa de Proteção de Dados da Liga de Direito e Tecnologia da UFRJ, Erika Bakonyi, Flavia Lima e Ana Clara Chicrala, que me apresentaram com maestria o universo da proteção de dados, pelo qual me encantei.

Agradeço também à equipe de Societário do Gaia, Silva, Gaede & Associados por todo o apoio à minha graduação, especialmente a Guilherme Roxo e Heloisa Barros, que ativamente colaboraram para o meu estudo em proteção de dados.

Agradeço especialmente a Marina Fikota, Giovanna Maia, Camila Azevedo e Luiz Matheus Salomão, pessoas incríveis que me inspiram e me ajudam todos os dias a ser uma melhor acadêmica, profissional e pessoa.

Sou grata também às pessoas incríveis que a Faculdade Nacional de Direito colocou em meu caminho e que tornaram minha trajetória mais bonita e suportável, em especial as Aliadas.

Sou igualmente grata àqueles que estiveram comigo desde quando a Faculdade Nacional de Direito era apenas um sonho, em especial Carlos Eduardo de Castro, Carolina Cerqueira, Daniel Mois, Vitória Senna e Beatriz Santos, cuja companhia e apoio constantes me sustentaram por todos os desafios até aqui.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a dicotomia entre o direito à proteção de dados considerado enquanto direito fundamental autônomo e as estratégias de classificação e manipulação comportamental promovida pela 4ª revolução industrial. Com efeito, busca-se delimitar o escopo de atuação do modelo produtivo vigente à luz da eficácia do direito fundamental à proteção de dados perante os particulares, principais agentes do capitalismo informacional. Para o estudo de tais inconsistências conceituais entre o modelo econômico vigente e o respeito entre os particulares desta importante ferramenta de proteção dos direitos da personalidade, foi estudada a bibliografia referente (i) ao enquadramento da proteção de dados enquanto integrante do prisma de direitos que buscam a proteção da individualidade contra controles externos e os mecanismos pelos quais se dá a sua tutela; (ii) à análise do *modus operandi* do capitalismo informacional, destrinchando suas ferramentas de classificação e manipulação que erodem a individualidade, bem como o discurso utilitarista que legitima tais práticas; e (iii) as características dos direitos fundamentais e os efeitos de sua eficácia horizontal, que vinculam os particulares à observância de princípios alicerçados na dignidade humana. Assim, buscou-se demonstrar a incompatibilidade do sistema econômico vigente com a proteção da personalidade, bem como a necessidade de adequação dos particulares aos preceitos constitucionais, de forma a preservar a condição do ser humano enquanto fim em si mesmo.

Palavras-chaves: Proteção de Dados; Direitos da Personalidade; Lei Geral de Proteção de Dados; Capitalismo Informacional; Capitalismo de Vigilância; Direitos Fundamentais; Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais; Constitucionalização do Direito Civil.

ABSTRACT

The purpose of the present monograph is to analyse the dichotomy between the right to data protection considered as an autonomous fundamental right and the strategies of classification and behavior manipulation promoted by the 4th industrial revolution. In this sense, it investigates the delimitation of the scope of action of the current economic model, regarding the effects of the fundamental right to data protection among private parts, the most important players of informational capitalism. To study the conceptual inconsistencies between the current economic model and the respect among private parts of this important personality rights tool, it was analyzed the bibliography regarding (i) the ordination of data protection among the list of rights that objectivates the protection of individuality against external control and the mechanisms that provide such protection; (ii) the modus operandi of informational capitalism, untangling its classification and manipulation tools that erode individuality, such as the utilitarian discourse that legitimates its practices; and (iii) the particulars of fundamental rights and its horizontal effects, that binds private parts to observe constitutional principles based on human dignity. Therefore, it aimed to demonstrate the incompatibility between the current economic system and the protection of the personality, such as the need of the private parts to comply with constitutional laws, to preserve the human condition as an end in itself.

Keywords: Data Protection; Personality Rights; Informational Capitalism; Surveillance Capitalism; Fundamental Rights; Horizontal Effects Of Fundamental Rights; Constitutionalizing of Civil Law.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I – O DIREITO A PROTEÇÃO DE DADOS	12
1.1. UMA NOVA FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	12
1.2. A SINGULARIDADE DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS.....	19
1.3. MARCO DA DISSOCIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: A LGPD	25
CAPÍTULO II – O CAPITALISMO INFORMACIONAL	31
2.1. APRESENTAÇÃO E CONCEITO	31
2.2. CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA	36
2.3. A LEGITIMAÇÃO UTILITARISTA DO MERCADO DE DADOS	50
CAPÍTULO III – A EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS	54
3.1. NEOCONSTITUCIONALISMO E A DIGNIDADE HUMANA	54
3.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESFERA CIVIL	58
3.3. O RECONHECIMENTO DA PROTEÇÃO DE DADOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL	66

INTRODUÇÃO

O reconhecimento da proteção de dados como direito fundamental autônomo por meio do julgamento conjunto das ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393 ajuizadas contra a MP 954/2020 e a posterior aprovação da Emenda Constitucional 115/2022 deflagram o esforço do judiciário e legislativo brasileiros em adequar o ordenamento jurídico à nova realidade que se impõe ao cenário mundial.

A nova expressão do capitalismo, reestruturada pela 4ª revolução industrial, tornou o dado pessoal o ativo mais valioso do planeta. Esta nova acepção mercadológica, alicerçada nas mais avançadas tecnologias da informação e refinadas técnicas de engenharia comportamental, foi responsável pela rápida ascensão das chamadas *Big Techs*, empresas voltadas para o mercado tecnológico, que hoje dominam o cenário mundial, destituindo as empresas petrolíferas da liderança global e se estabelecendo como as empresas mais ricas do mundo. Esse crescimento, porém, não se deve somente à excelência na gestão do tempo, das leis da natureza ou da oferta e demanda, como foram as revoluções passadas. A causa do crescimento exponencial da nova economia remonta à gestão altamente especializada de um atributo extremamente importante para o indivíduo: a personalidade humana fragmentada em pedaços de informação, os chamados dados pessoais.

O crescente mercado de dados pessoais, no qual os *players* negociam de dados brutos a técnicas de manipulação de comportamento humano com base no tratamento destes dados, é legitimado pelos benefícios que alega proporcionar: conectividade, agilidade, praticidade, personalização, dentre outras possibilidades que alavancam a qualidade de vida de seus usuários. Trata-se, neste sentido, da ação supostamente legitimada pela sua consequência que, neste caso, visaria o bem-estar coletivo, alinhando-se ao discurso utilitarista, filosofia na qual uma ação é moralmente ética ao propiciar mais felicidade a um maior número de pessoas.

A despeito da alta popularidade das empresas do ramo e seus respectivos gestores, trata-se, em verdade, de uma indústria marcada pela obscuridade, sobre a qual o cidadão médio possui pouco ou nenhum conhecimento. A realidade que se apresenta por trás dos panos demonstra que o discurso acerca dos benefícios gerados pelo processamento massivo de dados encobre o mercado de predição e manipulação do comportamento humano, possibilitado pela classificação acurada da personalidade humana. Este poder, adiante chamado de

“instrumentário”¹, cujo conceito será parte da presente análise, consiste na objetificação de dados, da personalidade humana e, em última escala, da humanidade em cada indivíduo, visando satisfazer objetivos econômicos de agentes ocultos. Como os recentes escândalos mundiais demonstram, as diferentes formas de tratamento de dados incorrem em diversos graus de risco à personalidade humana, desde o vazamento de dados que fere a vida íntima de seus titulares² até a manipulação de padrões comportamentais que podem levar à corrupção do processo democrático de um país³. Trata-se, portanto, de um grau de benefício à uma parte da população que, como já constatado em experiências anteriores, provém de prejuízos inestimáveis para outra.

Nesta toada, o projeto de manipulação em massa iniciado há mais de uma década começa a demonstrar os malefícios para além das promessas de melhorias de vida: aumento da intolerância, manipulação de processos democráticos, crescimento da ansiedade e depressão entre jovens em idades cada vez menores, dentre diversos eventos cuja relação com as novas tecnologias da informação ainda é estudada. Impõe-se, neste ponto, importante análise entre os reais benefícios e os malefícios ocultos deste mercado, que têm demonstrado profunda desproporcionalidade entre si.

O recente reconhecimento da proteção de dados enquanto direito fundamental autônomo e explícito oficializa a entrada da única entidade capaz de medir forças com esta indústria multibilionária: o Estado. Apresentando lógica diametralmente oposta à utilitarista, na qual uma ação pode ser legitimada por suas consequências, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais insere neste jogo regras de proteção alicerçadas no princípio da dignidade humana.

Neste contexto, é de suma relevância observar os efeitos que a constitucionalização do Direito Civil, no especial tocante à proteção de dados, enseja sobre este mercado, cujos pilares

¹ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na fronteira do poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 19.

² MEGAVAZAMENTO de dados de 223 milhões de brasileiros: o que se sabe e o que falta saber. **G1**, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/01/28/vazamento-de-dados-de-223-milhoes-de-brasileiros-o-que-se-sabe-e-o-que-falta-saber.ghtml>

³ ENTENDA o escândalo de uso político de dados que derrubou o valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades. **G1**, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml>

são legitimados pela instrumentalização da personalidade humana, tornando-a um meio para diversos fins.

É nesta complexa equação que o reconhecimento à proteção de dados enquanto direito fundamental autônomo acrescenta mais uma importante consideração: a discussão ocorre, hoje, acerca de direito pertencente à esfera da dignidade humana, atendendo a concepção neokantiana do ser humano enquanto fim em si mesmo. Trata-se de atributo em direto embate com a lógica utilitarista propagada pelo capitalismo, na qual indivíduos poderiam ser o meio para um fim - podendo este ser conectividade, praticidade ou lucro para empresas.

Diante do contexto exposto, o presente trabalho dedica-se à análise dos efeitos da eficácia horizontal que a proteção de dados terá sobre o discurso utilitarista do capitalismo informacional, observando o embate entre a Carta Magna do Estado brasileiro e o imenso poder econômico dos grandes agentes deste mercado.

CAPÍTULO I – O DIREITO A PROTEÇÃO DE DADOS

1.1. UMA NOVA FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A personalidade é um aspecto intrínseco ao ser humano, sendo objeto de estudo de diversas áreas do saber, conquanto permeie todos os aspectos de sua existência em vida e o distingue dos demais.

Ao nascer, o indivíduo inicia o processo de construção da sua personalidade, que será influenciada pela estrutura orgânica do corpo (física e psíquica), pelas tendências do temperamento, pelas experiências adquiridas ao longo de sua existência, pela inteligência e pela cultura.⁴

Este fundamental atributo, dada sua centralidade para a vida humana, projeta sua influência no ordenamento jurídico: do ponto de vista jurídico a personalidade pode ser compreendida como uma “susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações”⁵, configurando, assim, “pressuposto para inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica”⁶.

Nesta linha, a personalidade civil cuida da delimitação de quem pode ser sujeito de direitos e a duração desta titularidade, conforme definido em lei:

Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

(...)

Art. 6º. A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

Compreende-se, portanto, que atualmente a personalidade é estendida a todo ser humano desde o nascimento até a morte. Sua universalidade e continuidade no tempo são produto do avanço civilizatório, à medida que, em experiências não muito distantes no passado, indivíduos

⁴ POMIN, Andryelle Vanessa Camilo; BUENO, João Bruno Dacome; FRACALOSSO, William. **Teoria geral dos direitos da personalidade**. Maringá: Vivens, 2012, p. 39.

⁵ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quórum, 2018, p. 19.

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. v. 1. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 132.

podiam nascer sem personalidade ou mesmo perdê-la. É o caso, por exemplo, do regime de escravidão da Roma antiga. O reconhecimento da universalidade da personalidade, neste sentido, representa uma garantia à inserção do indivíduo como agente ativo da sociedade e das relações jurídicas.

Disto, tem-se que resguardar os aspectos existenciais em forma de direitos subjetivos, de forma a proteger a individualidade de ameaças, é uma imprescindível forma de atender ao princípio da dignidade humana, no sentido de assegurar “o processo de construção da identidade pessoal, permitindo a cada indivíduo orientar sua vida de acordo com seu projeto espiritual e desenvolver livremente sua personalidade”⁷. Daí derivam os direitos da personalidade.

Com a ascensão dos direitos da personalidade e, logo após, dos direitos fundamentais, temos o surgimento de uma nova categoria de bens jurídicos que, sem apresentar qualquer semelhança com o que o legislador definia como coisa, mereciam tutela especialíssima, apta a contemplar os aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes do exercício desta nova modalidade de direitos subjetivos. Tais direitos, por sua vez, à semelhança do que antes ocorria apenas com os direitos reais, também são exercidos de modo direto sobre o bem jurídico em questão - imagem, nome, privacidade etc. -, inexistindo intervenção de qualquer outra pessoa sobre o vínculo.⁸

Com efeito, trata-se de grupo diferenciado de direitos, que não dependem da relação com outra parte para existirem, sendo compreendidos enquanto:

(...) direitos subjetivos privados, inatos e vitalícios, que têm por objeto manifestações interiores da pessoa, e que, por serem inerentes, extrapatrimoniais e necessários, não podem ser transmitidos nem disponibilizados de forma absoluta e radical.”⁹

Os direitos da personalidade são reflexos da personalidade humana no plano fático¹⁰ e podem ser definidos como o conjunto de prerrogativas que visam “dar conteúdo à personalidade”¹¹, possuindo caráter extrapatrimonial e intrínseco ao ser humano¹². Objetivam

⁷ POMIN, Andryelle Vanessa Camilo; BUENO, João Bruno Dacome; FRACALOSSO, William. **Teoria geral dos direitos da personalidade**. Maringá: Vivens, 2012, p. 35.

⁸ MAIA, Roberta Mauro Medina. A titularidade de dados pessoais prevista no art. 17 da LGPD: direito real ou pessoal? *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLÍVIA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 149.

⁹ SANTOS, Cifuentes. **Elementos de derecho civil**: Parte general. Buenos Aires: Astrea, 1988, p. 33

¹⁰ POMIN, Andryelle Vanessa Camilo; BUENO, João Bruno Dacome; FRACALOSSO, William. **Teoria geral dos direitos da personalidade**. Maringá: Vivens, 2012., p. 39.

¹¹ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quórum, 2018, p. 23.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017., p. 199.

“orientar a interpretação e facilitar a aplicação e a tutela”¹³ da personalidade humana, não configurando seu ato formador.

Este complexo rol, que busca abarcar a existência individual do ser humano dentro do ordenamento jurídico, permite diversas conceituações, dado seu caráter essencialmente abstrato. Inicialmente, cabe ao presente estudo a consideração dos direitos da personalidade enquanto proteção à pessoa contra a interferência de terceiros em sua individualidade¹⁴ Seriam, neste racional, direitos que “garantiriam ao sujeito a senhoria sobre sua própria esfera pessoal”¹⁵. De forma mais objetiva:

Direitos da personalidade ou personalíssimos são direitos subjetivos absolutos que possibilitam a atuação legal, isto é, uma faculdade ou um conjunto de faculdades, na defesa da própria pessoa, nos seus aspectos físico e espiritual, dentro do autorizado pelas normas e fundado na dignidade da pessoa humana, nos limites da boa fé.¹⁶

Assim, evidencia-se que o ordenamento jurídico compreende a proteção da pessoa para além de seu aspecto corpóreo. Os direitos da personalidade, com efeito, abarcam não somente o direito à vida, ao próprio corpo, à segurança, mas também o direito à privacidade, à identidade, à honra, ao planejamento familiar¹⁷ e demais aspectos existenciais.

Anota-se que personalidade aqui, na sua função de adjetivação – direitos da personalidade –, é completamente diferente de personalidade tomada como substantivo – personalidade jurídica. Não se trata da aptidão de um sujeito ser titular de direitos e deveres, mas da proteção jurídica canalizada para o desenvolvimento da pessoa humana.¹⁸

Estendendo ainda mais o aspecto extracorpóreo dos direitos da personalidade, é preciso destacar que estes abarcam “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções”¹⁹.

¹³ DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 96.

¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 60.

¹⁵ DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 79.

¹⁶ OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. **Direito Civil: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 121.

¹⁷ OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. **Direito Civil: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 215.

¹⁸ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 97.

¹⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade - coordenadas fundamentais. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, v. 7, n. 4, p. 37-50, 1993. Tradução. Disponível em:

Tais prolongamentos e projeções se referem a qualquer meio pelo qual a personalidade humana possa deixar seus rastros e ser identificada, seja em fotografias, documentos, biometria, dentre outras diversas formas que surgem a cada dia. Cita-se como exemplo, com grande relevância no momento atual, perfis em redes sociais, que são uma grande fonte de informações sobre a vida dos cidadãos, representando verdadeiras “identidades digitais”²⁰.

Em uma sociedade cada dia mais estruturada em torno da informação, a circulação dos fragmentos de informação, denominados dados, se reveste de suma importância.

Não é outro o motivo pelo qual a Lei 13.709/18, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), explicita em seu art. 5º, I a definição de dado pessoal:

Art. 5º. Para os fins desta Lei, considera-se:
I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;
(...)

Tem-se, portanto, que a proteção de dados é instituto jurídico que visa a tutela de projeções da personalidade humana²¹, especialmente no contexto de *datificação* da sociedade, no qual as tecnologias da informação permitem, com cada dia mais intensidade, a redução de toda a vida de milhões de indivíduos em dados a eles associados com as mais diversas finalidades e formas de tratamento²².

Os dados pessoais são a representação do que nós somos. Por meio deles, nossa vida é decidida em múltiplas esferas: se teremos acesso a crédito, a um seguro, qual tipo de propaganda ou conteúdo veremos e, na medida em que o governo se digitaliza, qual tipo de política pública se aplicará a cada um de nós.²³

<http://www.ablj.org.br/revistas/revista4/revista4%20R%20LIMONGI%20FRANCA%20FRANCA%20Direitos%20da%20Personalidade%20%E2%80%93%20Coordenadas%20fundamentais.pdf>. Acesso em: 22 out. 2022.

²⁰ RUARO, Regina Linden; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O direito fundamental à proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro: uma análise acerca de hipóteses de tratamento e da obrigatoriedade do consentimento livre, esclarecido e informado sob o enfoque da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) - Lei 13.709/2018. In: DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais**: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 184.

²¹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 99.

²² BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 120.

²³ LEMOS, Ronaldo; BRANCO, Sérgio. *Privacy by Design*: conceito, fundamentos e aplicabilidade na LGPD. In: DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais**: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 448.

Imperioso, contudo, ao delimitar a abrangência do conceito trabalhado nesta pesquisa, que, em racional oposto à *datificação*, a existência de dados pessoais, bem como os perigos que sua negligência causa aos indivíduos não são tão recentes.

Efetivamente, dados pessoais acompanham o desenvolvimento da sociedade, sendo indispensáveis para a existência de políticas públicas, gestão administrativa de entes públicos ou privados, até mesmo para a existência da vida social, conquanto nome, gênero e idade sejam algumas de nossas mais tradicionais formas de identificar alguém. Dados são, portanto, “o estado primitivo da informação”²⁴, fragmentos que, isoladamente, não permitem aprofundada cognição. Contudo, ao serem devidamente tratados, permitem que deles se extraia uma informação consistente²⁵.

Disto, depreende-se que, historicamente, a caracterização de um indivíduo passa pelos seus dados, que são capazes de distingui-lo entre os demais²⁶ ou mesmo agrupá-lo junto a pessoas semelhantes. Dados configuram, portanto, indubitável componente da identidade pessoal dos indivíduos.

Neste racional, dados que se referem a pessoas físicas são considerados dados pessoais, integrando a esfera dos direitos da personalidade²⁷.

É neste sentido que a CRFB consagra, em seu art. 5º, XII, dentre outras garantias, o sigilo de dados. Assim, verifica-se que a ordem constitucional compreende, desde sua edição, os dados enquanto projeções da personalidade humana.

Por isso, os dados que influem na projeção de uma pessoa e na sua esfera relacional adequam-se conceitualmente como um novo direito da personalidade. Alocar a proteção dos dados pessoais nessa categoria jurídica é uma construção dogmática necessária. Além de dar coerência normativa a uma série de faculdades jurídicas próprias desse direito (e.g automatizadas etc.), trata-se de um norte que facilita a sua

²⁴ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 120.

²⁵ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 120.

²⁶ RUARO, Regina Linden; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O direito fundamental à proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro: uma análise acerca de hipóteses de tratamento e da obrigatoriedade do consentimento livre, esclarecido e informado sob o enfoque da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) - Lei 13.709/2018. *In: DONEDA, Danilo; et al. Da Privacidade à Proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

²⁷ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 99.

interpretação e aplicação para não empolar a compreensão de seus conceitos basilares.²⁸

Muito embora dados circulem quase simultaneamente desde a estruturação das sociedades, o avanço das tecnologias da informação viabilizado pela 4ª revolução industrial representou um marco de crescimento exponencial da circulação de informações relativas a indivíduos. A partir da criação do *Big Data*, passou a ser possível a coleta e processamento de uma quantidade colossal de dados, tornando cada indivíduo um alvo suscetível a ter seus dados tratados para as mais diversas finalidades em velocidade e quantitativo inimagináveis.

A inteligência artificial promete ser uma ferramenta importante para facilitar as tarefas do dia a dia, como mostram os assistentes de voz pessoais e os agentes inteligentes que hoje são capazes até de reservar uma mesa num restaurante em nosso nome. Entretanto, o preço para isso, de novo, é compartilharmos nossa intimidade de forma ainda mais profunda com esses serviços.²⁹

A projeção da personalidade humana em dados a serem tratados é tão intensa atualmente, que se pode considerar que “perfis estatísticos gerados por Inteligência Artificial e ancorados em dados são frequentemente a forma de apresentação e representação dos indivíduos diante de governos e da iniciativa privada”³⁰. Pode-se compreender, neste sentido, que “dados pessoais passam em diversas ocasiões a serem os intermediários entre a pessoa e a sociedade”³¹.

Estamos diante da verdadeira reinvenção da proteção de dados - não somente porque ela é expressamente considerada como um direito fundamental autônomo, mas também porque se tornou uma ferramenta essencial para o livre desenvolvimento da personalidade.

Uma esfera privada, dentro da qual a pessoa tenha condições de desenvolver a própria personalidade, livre de ingerências externas, ganha hoje ainda mais importância: passa a ser pressuposto para que a pessoa não seja submetida a formas de controle social que, em última análise, anulariam sua individualidade, cerceariam sua autonomia privada (para tocar em um conceito caro ao direito privado) e, em última análise, inviabilizariam o livre desenvolvimento de sua personalidade.³²

²⁸ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 99.

²⁹ LEMOS, Ronaldo; BRANCO, Sérgio. *Privacy by Design: conceito, fundamentos e aplicabilidade na LGPD*. In: DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 449.

³⁰ MEDON, Filipe. Decisões automatizadas: o necessário diálogo entre a Inteligência Artificial e a proteção de dados pessoais para a tutela de direitos fundamentais. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo (Coord.). **O Direito Civil na era da inteligência artificial**. 1. edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 340.

³¹ DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 162.

³² DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 131.

Ressalta-se, neste sentido, que perfis estatísticos se referem a uma coletividade e, ainda em ocasiões em que os dados sejam fornecidos de forma fidedigna pelos próprios indivíduos aos quais se relacionam, são estruturados por terceiros. Não se trata, portanto, somente da projeção da personalidade em forma de dados, mas também como tais dados serão interpretados, selecionados, compartilhados, agrupados (em *lato senso*, tratados) por terceiros.

A tutela da identidade se desdobra, conseqüentemente, em, no mínimo, dois aspectos, ou seja, em uma proteção da identidade pessoal propriamente dita que visa ao livre desenvolvimento da personalidade, como honra, reputação, imagem, entre outras, e na necessária proteção em face das atuais técnicas de identificação do sujeito, ou seja, aos novos delineamentos da identidade advindos do tratamento de dados pessoais.³³

Indispensável destacar que esta nova faceta dos direitos da personalidade vem tendo seu aspecto pessoal e individual erodido na atualidade. Isto porque, muito embora dados pessoais digam respeito a seus titulares, tecnologias como o *Big Data* são especializadas no cruzamento e interpretação de dados de milhões ou bilhões de indivíduos, de forma que o julgamento de uma pessoa está diretamente ligado a informações de outras milhões. Ocorre a liga entre o individual e o coletivo³⁴.

O ponto de vista global torna a se impor nos temas ligados (...) à distinção entre privacidade individual e de grupo. Diante da nova realidade dos perfis, essas distinções perdem o significado: (...) porque a própria esfera individual pode ser prejudicada quando se pertence a um grupo do qual tenha sido traçado um perfil com conotações negativas.³⁵

Assim, a consideração do direito à proteção de dados somente em seu aspecto individual pode representar um grave prejuízo à própria proteção da personalidade. Enquanto o direito brasileiro dispõe de técnicas de proteção clássica da privacidade em seu aspecto individual, é necessário controlar “a erosão lenta, mas cada vez mais generalizada, da zona de privacidade”³⁶,

³³ RUARO, Regina Linden; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O direito fundamental à proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro: uma análise acerca de hipóteses de tratamento e da obrigatoriedade do consentimento livre, esclarecido e informado sob o enfoque da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) - Lei 13.709/2018. In: DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais**: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 185.

³⁴ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância**: a Privacidade Hoje. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 45.

³⁵ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância**: a Privacidade Hoje. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 85.

³⁶ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância**: a Privacidade Hoje. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 112.

oportunizada pelas novas tecnologias capitalistas. É necessário considerar seu aspecto coletivo³⁷.

Sem prejuízo da relevância dos institutos tradicionais previstos pelo art. 5º, X, XI e XII é certo que os tempos atuais requerem mais do que a garantia de sigilo de dados, da inviolabilidade da vida privada, e da intimidade. A tutela dos direitos da personalidade, hoje, demanda o fortalecimento da proteção de dados.

1.2. A SINGULARIDADE DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS

Em atenção às tendências mundiais em relação ao tema, o direito à proteção de dados no ordenamento brasileiro apresenta-se, hoje, como direito fundamental autônomo, previsto no art. 5º, LXXIX da Constituição Federal. O inciso foi inserido por meio da Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022.

Configura, portanto, direito apenas recentemente reconhecido em sua singularidade, especialmente considerando instituto jurídico da privacidade, ao qual, por muito tempo, a proteção de dados foi associada, cuja base vem sendo solidificada há mais de um século, desde a publicação de *The Right to Privacy* de Samuel Warren e Louis Brandeis em 1890.

Tal associação entre proteção de dados e privacidade ocasionou grandes similaridades entre ambos os institutos, que compartilham diversos aspectos em comum. Neste contexto, a proteção de dados seria “herdeira”³⁸ da privacidade, possuindo características próprias, apesar das identidades.

Em seu aspecto único, a privacidade é um direito fundamental garantido em nossa Constituição desde sua promulgação em 1988, ligada a “manter o controle sobre suas próprias

³⁷ RUARO, Regina Linden; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O direito fundamental à proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro: uma análise acerca de hipóteses de tratamento e da obrigatoriedade do consentimento livre, esclarecido e informado sob o enfoque da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) - Lei 13.709/2018. In: DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 195.

³⁸ DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 177.

informações.”³⁹. Mais precisamente, o direito à privacidade poderia ser entendido como o “controle de informações pessoais do que seja algo íntimo ou privado do sujeito”⁴⁰.

Em uma abordagem mais dinâmica, acentuando que a privacidade não configura, de forma alguma, um conceito ultrapassado em razão das novas formas de ataque, esta pode ser compreendida como a proteção da individualidade contra objetificação, a má interpretação, a interferência de instituições públicas ou privadas, a rotulagem, permitindo que toda pessoa possa construir sua individualidade⁴¹. Seria, portanto, “a tutela das escolhas da vida contra toda forma de controle público e de estigmatização social.”⁴².

Neste sentido, demonstra-se que, em verdade, a privacidade tem o potencial de resguardar, conseqüentemente, a liberdade.⁴³

Sob o impulso dado por Louis Brandeis, emergiu uma visão na qual a privacidade foi vista também como uma ferramenta de proteção a minorias e opiniões dissonantes e, portanto, à livre manifestação e ao direito de livremente desenvolver a personalidade. Aqui surge um aparente paradoxo: a forte proteção da esfera privada em última instância não resguarda a privacidade nem a mantém protegida do olhar indesejável; na verdade permite que crenças e opiniões individuais sejam tornadas públicas livremente. Isto abriu o caminho para aproximar ainda mais a associação entre privacidade e liberdade.⁴⁴

Trata-se de uma guinada na concepção da privacidade em relação à sua gênese, na qual era considerado um assunto de interesse das sociedades mais abastadas.

Em um nível social e institucional, portanto, o nascimento da privacidade não se apresenta como a realização de uma exigência “natural” de cada indivíduo, mas como a aquisição de um privilégio por parte de um grupo. Não é por acaso que seus instrumentos jurídicos de tutela foram predominantemente modelados com base naquele característico do direito burguês por excelência, a propriedade; e que exigências análogas àquelas que a burguesia fez valer ou não foram reconhecidas em

³⁹ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 92.

⁴⁰ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 99.

⁴¹ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15

⁴² FRIEDMAN, Lawrence. **The Republic of Choice: Law, Authority and Culture**. Cambridge: Harvard University Press, 1990, p. 184.

⁴³ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, idem.

⁴⁴ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 16.

qualquer medida à classe operária ou o foram somente mais tarde, através de instrumentos jurídicos completamente diferentes.⁴⁵

Observa-se que a privacidade foi gradativamente sendo expandida aos demais setores da sociedade, tornando-se cada vez mais um interesse de todos os cidadãos. Tendo sido concebida como um instrumento recluso a um único grupo, ela tem se projetado não somente como um interesse individual de diversas pessoas, mas como uma verdadeira questão coletiva, na qual a privacidade de uma pessoa influencia diretamente na de diversas outras.

(...) é prudente não abstrairmos o fato de que se trata de um direito que já foi qualificado como “tipicamente burguês” na chamada “idade de ouro da privacidade” - a segunda metade do século XIX, não por acaso o apogeu do liberalismo jurídico clássico. Mas foram essas mesmas relações, potencializadas pelo crescimento do fluxo de informações pessoais, que lançaram luz sobre um outro aspecto da privacidade: a sua importância para uma sociedade democrática como pré-requisito fundamental para o exercício de diversas outras liberdades fundamentais.⁴⁶

Revela-se, assim, um novo aspecto da intimidade, tornando imperativo o “reconhecimento do direito à unicidade de cada pessoa, e à consequente recusa de formas de estigmatização social ligadas a uma identidade que não apresente características em conformidade com as de uma maioria hipotética.”⁴⁷

Com efeito, os perfis são utilizados para decisões que, para a maioria dos cidadãos, são mais frequentes e, no mais das vezes, mais significativas do que as judiciais ou administrativas, e que são aquelas que dizem respeito ao cidadão consumidor ou usuário de serviços (comerciais, bancários, e assim por diante).⁴⁸

Nesta linha, a importância da privacidade para o próprio exercício da liberdade pode ser estendida à própria proteção de dados: muito embora seja crença amplamente enraizada que a circulação de dados de pessoas comuns seja de pouco interesse aos demais, a verdade é que isto influencia diretamente em diversas áreas da nossa vida. A plenitude da esfera pública depende diretamente da liberdade com a qual pode ser construída a esfera privada.

⁴⁵ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.

⁴⁶ DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 31.

⁴⁷ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 121.

⁴⁸ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 115

A título de exemplo, se antes somente os locais pelos quais pessoas famosas circulavam geravam lucros a revistas de fofocas, hoje o percurso do GPS de cada indivíduo tem imenso valor para a iniciativa privada. Assim, deixaram de ser somente

(...) as figuras de grande relevo social que estavam sujeitas a terem sua privacidade ofendida com o aumento no tratamento de dados pessoais, porém uma parcela muito maior da população, em uma gama igualmente variada de situações⁴⁹.

Mais que de tutela da privacidade, nestes casos se deve falar de defesa do princípio da igualdade. Não está em questão a esfera privada, mas a posição do indivíduo na organização social. política, econômica.⁵⁰

Isto porque tanto a privacidade quanto a proteção de dados abrangem parte fundamental da personalidade humana, incluindo desde a configuração do DNA até a filiação partidária de um indivíduo. Assim, é certo que pode ser atacada, e conseqüentemente defendida, em momentos diferentes por grupos com interesses diametralmente opostos, seja por grupos progressistas ou conservadores⁵¹.

(...) no primeiro caso, recusando as informações necessárias aos programas de intervenção social, a privacidade apresenta-se como um instrumento para a consolidação dos privilégios de um grupo; no segundo caso, serve para reagir contra o autoritarismo e contra uma política de discriminações baseada nas opiniões políticas (sindicais ou religiosas; ou mesmo sobre a raça; e assim por diante.⁵²

Com efeito, o direito à privacidade, do qual foram extraídas importantes características do direito à proteção de dados, é imprescindível para a dignidade humana, visando resguardar o direito à personalidade em sua intimidade, conservando, em última instância, a liberdade, a igualdade e a dignidade humana.

Indispensável considerar que as mudanças de contexto sobre a privacidade não seguem somente no sentido de sua expansão: em tempos difíceis, “onde se degradam as condições de vida dessa classe, como ocorre com a pequena burguesia europeia confinada em habitações populares [*alveari*] na periferia das grandes cidades”, a privacidade tende a ser esvanecida.

⁴⁹ DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 33.

⁵⁰ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 79.

⁵¹ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 20.

⁵² RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 30.

Isso pode se aplicar à proteção de dados:

(...) leis de proteção de dados somente seriam possíveis em fases de boa conjuntura econômica, em tempos de paz social e de estabilidade política. Quando essas condições se transformassem, haveria um estímulo para coletas de dados mais amplas e dificilmente controláveis, para diminuir os custos de gestão, governar o mercado de trabalho, combater criminosos ou terroristas.⁵³

Percebe-se que a esfera pessoal, tanto da privacidade quanto da proteção de dados tendem a ser atacadas em tempos conturbados, seja na política ou economia. Assim, é certo que sua proteção se dá com mais aceitação em momentos de prosperidade e exaltação dos direitos humanos, porém é justamente a ameaça em tempos difíceis que torna sua proteção algo fundamental⁵⁴.

Contudo, fenômenos relativamente recentes, como a intensificação do modelo capitalista vigente, têm transformado as noções clássicas de diversos direitos humanos há muito sedimentados, provocando a necessidade de reavaliar a abrangência dos conceitos existentes no presente, de forma a melhor tutelar os interesses dos indivíduos⁵⁵.

Com efeito, a positivação do direito singular à proteção de dados tem seu início em 1970, com a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados do *Land* alemão de Hesse (*The Hesse Data Protection Act*)⁵⁶. A lei fora promulgada após milhares de reclamações contra a realização de um censo realizado pelo estado alemão, contendo requerimentos excessivos de dados que desagradaram seus titulares.

A partir de então, o tratamento massivo de dados tem sido utilizado como investimento não somente para Estados, com as mais nobres ou torpes das finalidades, mas também por empresas privadas, que encontraram nos fragmentos de informações dos indivíduos uma mina de ouro⁵⁷. Neste contexto, é imperioso adotar novos conceitos para viabilizar o mercado de

⁵³ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 55.

⁵⁴ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 56.

⁵⁵ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na fronteira do poder**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 14.

⁵⁶ DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 3.

⁵⁷ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na fronteira do poder**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 92.

inovações, do qual fazem parte a inteligência artificial, a internet das coisas, a robótica e diversos outros componentes⁵⁸ sem negligenciar o custoso direito à proteção da individualidade.

De fato, o direito à privacidade, considerado em sua concepção estrita, poderia configurar um entrave ao progresso à medida que impõe limitação mais rígida às informações pessoais⁵⁹. O panorama ideal, nos termos da LGPD, seria diferente, nos termos que seguem:

A privacidade indica uma visão negativa e estática, em larga medida pautada na concepção de impossibilitar a interferência de terceiros. Em contrapartida, a proteção de dados confere ao titular poderes positivos e dinâmicos postos à sua disposição com vistas ao controle sobre a coleta e o processamento dos dados que lhe digam respeito.⁶⁰

Ainda nesta linha, a legislação, ao tratar de “intimidade” ou “vida privada” remete ao sentido mais reservado, na forma de “eventos mais particulares e pessoais, a uma atmosfera de confiança.”⁶¹. Reforça-se, neste sentido, a perspectiva reclusa do direito à privacidade. Existiriam, neste caso, os dados públicos ou compartilhados com uma certa coletividade e, em contraponto, as informações privadas.

A possibilidade de escolher pela circulação ou não e, ainda, quais os termos e abrangência da circulação de informações seria, assim, o principal diferencial. “O direito de escolha confere o poder de decidir entre manter algo em segredo ou compartilhá-lo. Pode-se escolher o grau de privacidade ou transparência de cada situação.”⁶².

É neste contexto que a proteção de dados se torna centro do debate mundial acerca da dignidade humana na atualidade, na qual ameaças ao indivíduo e a coletividade advém de novos

⁵⁸ COLOMBO, Cristiano. Comentário ao Art. 2º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; *et al* (Coord.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 14.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos Constitucionais: O Direito Fundamental à Proteção de Dados. In: DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 33.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos Constitucionais: O Direito Fundamental à Proteção de Dados. In: DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 33.

⁶¹ DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 107.

⁶² ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na fronteira do poder**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 110.

processos ainda não plenamente compreendidos pela coletividade, sendo certo, portanto, que as noções jurídicas clássicas não são capazes de abarcá-los em sua totalidade.

1.3. MARCO DA DISSOCIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: A LGPD

No cenário brasileiro, um importante avanço em relação a esta diferenciação se deu, em termos formais, com a promulgação da LGPD, a Lei Geral de Proteção de Dados. Trata-se de avanço no campo infraconstitucional, instituindo regras para o tratamento de dados, direitos aos chamados titulares de dados em face do controlador e estabelecendo definições e parâmetros. Não obstante, instituiu a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), a quem incumbe, dentre outras atribuições, a tarefa de fiscalizar o mercado e estabelecer medidas de boas práticas, bem como receber denúncias a respeito de violações à LGPD.

Observando as características próprias da proteção de dados ao redor do mundo, a LGPD introduz ao ordenamento brasileiro o conceito de autodeterminação informativa, no qual a lei se fundamenta. A autodeterminação informativa consiste na capacidade do indivíduo de decidir sobre as suas informações, em estreita relação com os direitos da personalidade⁶³.

Em consideração ao exposto no item anterior, a lei ostenta os seguintes fundamentos:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:
I - o respeito à privacidade;
II - a autodeterminação informativa;
III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Observa-se, inicialmente, sua fundamentação no instituto da privacidade, “por estar vinculada à gênese da mesma”⁶⁴. Destaca-se que, neste momento, a dissociação entre ambos os institutos era prematura, uma vez que sequer havia previsão constitucional para tanto. Não

⁶³ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 129.

⁶⁴ COLOMBO, Cristiano. Comentário ao Art. 2º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; *et al* (Coord.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 9)

obstante, é certo, como dito acima, que a proteção de dados não objetiva a substituição da privacidade, de forma que esta deve respeitar os âmbitos que dizem respeito tão somente à vida privada, da qual não há de se falar em qualquer interferência externa. De forma análoga, pode ser interpretado o inciso IV, firmando a proteção de dados em esfera de coexistência com os demais direitos da personalidade.

Em semelhante racional, o inciso III busca afastar a prevalência absoluta da proteção de dados sobre direitos constitucionalmente garantidos, sendo estes a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião⁶⁵. Neste sentido, não se admite que a proteção de dados seja um entrave para o exercício das liberdades constitucionalmente positivadas.

Importante mencionar, como peculiaridade da LGPD, a preocupação com a livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor, reconhecendo o papel decisivo que o tratamento de dados apresenta hoje na economia, sendo capaz de formar imensos conglomerados, bem como colocando os titulares em posição vulnerável, muitas vezes inseridos ao mesmo tempo na categoria de consumidor.

Neste sentido, a LGPD tem a difícil tarefa de conciliar interesses conflitantes. De um lado, a legislação poderia representar um entrave ao tratamento nacional e internacional, que hoje representa parte significativa da economia mundial. Por outro, sua tutela destina-se a um atributo de imenso valor ao ser humano, de forma que sua negligência acarretaria graves prejuízos não só a indivíduos, mas a toda a coletividade.

Assentando a proteção de dados enquanto direito da personalidade, a despeito dos interesses em torná-la um bem passível de apropriação, a LGPD institui a figura do “titular de dados”.

Por ora, deve ser ressaltado que, ao determinar que “toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei, o legislador evidencia a opção de, ao contrário do tempo de Teixeira de Freitas, considerar que a distinção mais relevante para o Direito Civil nos tempos atuais não é a que divide os direitos subjetivos entre reais ou pessoais, mas sim a que aparta os de caráter

⁶⁵ COLOMBO, Cristiano. Comentário ao Art. 2º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; *et al* (Coord.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 11)

patrimonial - único traço que comum entre aqueles dois campos - os de caráter extrapatrimonial.⁶⁶

Adiante, em vez de delimitar os dados ou tipos de tratamento permitidos ou vedados, a LGPD declara no art. 3º sua vasta abrangência prevendo que todo tipo de tratamento de dados está sujeito ao seu crivo, excetuando sua aplicação somente em virtude do agente ser pessoa física com finalidades particulares sem fim econômico e demais entidades com fins jornalísticos e de segurança nacional em geral.

Isto evidencia que, para assegurar a proteção de dados, não é mais relevante a forma do tratamento, uma vez que importa à lei a sua finalidade⁶⁷. Este é o ponto fundamental para a LGPD, elencando-a como o primeiro princípio mencionado no art. 6º. O art. 6º, I prevê que todo tratamento deve possuir finalidade legítima, específica, explícita e informada ao titular, vinculando toda a cadeia de tratamento.

Verifica-se, assim, a delimitação um “critério para valorar a razoabilidade da utilização de determinados dados para uma certa finalidade, fora da qual haveria abusividade”⁶⁸, vedando expressamente a existência de tratamentos para fins ilegítimos, ocultos e vagos.

A partir disto, a LGPD confere caráter central à finalidade, sendo o princípio que vincula todo o tratamento: os dados estritamente necessários, os meios adequados para seu tratamento e até mesmo uma “limitação temporal”⁶⁹, à medida que dados deverão ser armazenados somente enquanto tal finalidade estiver sendo perseguida, devendo ser eliminados logo após, caso a lei não disponha o contrário.

É o caso ainda de discriminação em virtude de critérios que não estejam em acordo com a finalidade para a qual se realize determinada diferenciação, como aquela que envolva dados sensíveis, por exemplo, a recusa de fornecimento de produto ou serviço

⁶⁶ MAIA, Roberta Mauro Medina. A titularidade de dados pessoais prevista no art. 17 da LGPD: direito real ou pessoal? *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVIA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 129.

⁶⁷ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 64.

⁶⁸ MARTINS, Guilherme Magalhães. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018) e a sua principiologia. **Revista dos Tribunais**, v. 1027, ano 110, pp. 203-243, São Paulo, maio, 2021, p. 16.

⁶⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018) e a sua principiologia. **Revista dos Tribunais**, v. 1027, ano 110, pp. 203-243, São Paulo, maio, 2021, idem.

a qualquer pessoa em razão de sua orientação sexual, credo ou raça, ou ainda cobrança de preços diferenciados para homens e mulheres em casas noturnas.⁷⁰

Nesta linha, a LGPD elenca de forma exemplificativa tão somente os dados pessoais sensíveis em seu art. 5º, II, como dados que merecem especial cuidado em razão de seu superior potencial lesivo, como gênero, crença, sexualidade e dados relativos à saúde. Os demais dados se encontram elencados no art. 5º, I e referem-se a absolutamente qualquer informação que possa ser relacionada a uma pessoa natural. Isto porque, conforme experiências passadas, “até as informações aparentemente mais inócuas podem, se integradas a outras, provocar danos ao interessado”⁷¹.

Debruçando-se sobre as hipóteses que autorizam o tratamento de dados, a LGPD confere especial poder ao indivíduo, colocando o seu consentimento como um dos requisitos para o tratamento. Trata-se de desdobramento do conceito de autodeterminação informativa, permitindo que os cidadãos escolham as destinações de seus dados conforme seu próprio juízo de valor⁷².

O instituto, contudo, recebe críticas a respeito da vulnerabilidade do cidadão em relação à grandes corporações, indicando que não basta o empoderamento jurídico do indivíduo empiricamente vulnerável, conforme Laura Chartel Mendes explicita.

Não obstante, parcela significativa da literatura tem ressaltado as insuficiências do consentimento na tarefa de tutelar a privacidade e de proteger os dados pessoais dos cidadãos diante dos desafios contemporâneos trazidos, por exemplo, pela ascensão do *Big Data*, pela difusão da publicidade comportamental, pela proliferação de tecnologias relacionadas ao rastreamento e monitoramento dos usuários da Internet, entre outros.⁷³

Nesta linha, este instituto baseado na mera manifestação individual por vezes condena o indivíduo a fornecer seus dados ou viver apartado da sociedade, bem como coloca nas mãos de

⁷⁰ MARTINS, Guilherme Magalhães. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018) e a sua principiologia. **Revista dos Tribunais**, v. 1027, ano 110, pp. 203-243, São Paulo, maio, 2021, p.19.

⁷¹RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 36.

⁷² MIRAGEM, Bruno; MADALENA, Juliano. Comentário ao Capítulo II – Do Tratamento de Dados Pessoais da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *In*: MARTINS, Guilherme Magalhães; *et al* (Coord.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 71.

⁷³ MENDES, Laura Schertel. Proteção de Dados Para Além do Consentimento. *In*: DONEDA, Danilo; *et al*. **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 74.

cidadãos manipulados pela indústria de dados o poder de decidir sobre questões turvas, com efeito muito maiores do que ele próprio⁷⁴, conforme os seguintes termos:

Sua utilização [do consentimento] pode ser instrumentalizada pelos interesses que pretendem que seja não mais que uma via para legitimar a inserção de dados no mercado. Por outro lado, o consentimento pode ser incentivado pelo próprio Estado sob a (falsa) premissa de conceder aos cidadãos um instrumento forte e absoluto para determinar livremente a utilização de seus próprios dados pessoais (...). Uma reflexão sobre o papel do consentimento para o tratamento de dados é necessária também para retirá-lo de uma posição na qual, escorado em uma tecnicidade, ele poderia até mesmo neutralizar a atuação dos direitos fundamentais⁷⁵.

Observando a vulnerabilidade do indivíduo perante este poderoso mercado, com capacidade, inclusive, de se infiltrar em setores do Estado, emerge a importância de uma instituição independente:

A atuação de uma disciplina de proteção de dados pessoais compreende uma ação positiva do Estado que, para atingir o patamar de isenção e autoridade necessárias a um direito fundamental, deve ser confiada a uma autoridade de garantia caracterizada pela autonomia e independência.⁷⁶

É neste contexto que a ANPD se faz altamente necessária como espécie de agência reguladora, tendo recentemente sido transformada em autarquia especial por meio da MP 1.124/22 convertida na Lei 14.460/2022, como pretendia o projeto de lei inicial. Diante da inicial recusa em mantê-la como órgão autônomo do Poder Executivo, a transformação soluciona diversas especulações a respeito da real autonomia da qual a entidade disporia, indispensável para a satisfação de seus objetivos:

Para garantir a independência, é necessário portanto que o órgão de vigilância se localize fora das estruturas administrativas e burocráticas tradicionais. Também neste ponto a razão é evidente. São justamente as grandes burocracias públicas (além das privadas) que promovem as mais significativas coletas de informações, o que quer dizer que a função de vigilância deve ser estruturada de modo a obedecer a uma lógica diferente daquela dos sujeitos a serem controlados.⁷⁷

⁷⁴ DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 312.

⁷⁵ DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 313.

⁷⁶ DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 346.

⁷⁷ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 86

Dentre suas atribuições, estão: promover a educação dos titulares a respeito de seus direitos, fiscalizar e aplicar punições em razão de tratamento irregular e elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. Para isto, diversos atributos se tornam indispensáveis.

(...) especialização, qualificação técnica, velocidade e consistência decisória (com consequente segurança jurídica aos agentes), aprofundamento temático e, essencialmente, autonomia administrativa e financeiro-orçamentária das entidades gestoras de políticas de proteção de dados pessoais seriam fundamentais à sua implementação, fiscalização e *enforcement*. A rápida mutação do setor exige técnica, atualização constante, conhecimento de ponta e garantia de atuação independente.⁷⁸

Diante do todo exposto, é evidente que a LGPD configura ponto comum em uma disputa de poderes entre os interesses políticos e econômicos em contraponto a direitos fundamentais da coletividade.

Sem embargo das críticas à sua redação, a LGPD representou significativo avanço na forma do ordenamento jurídico lidar com a proteção de dados.

⁷⁸ VASCONCELOS, Beto; PAULA, Felipe de. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados: origem, avanços e pontos críticos à luz das mudanças recentes. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVIA, Milena Donato (coordenadores). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 714.

CAPÍTULO II – O CAPITALISMO INFORMACIONAL

2.1. APRESENTAÇÃO E CONCEITO

A organização da sociedade em função de uma estrutura econômica de acumulação de riquezas precede a utilização das sofisticadas tecnologias que hoje conhecemos⁷⁹. A 1ª Revolução Industrial, marco agressivo da hegemonia do sistema capitalista, a título de exemplo, consagrou-se como a responsável pelo êxodo rural na Inglaterra, tornando uma tendência das potências capitalistas a valorização das zonas industriais.

Os avanços tecnológicos experienciados no século XX viabilizaram a reestruturação do capitalismo em novas fases, cada uma marcada por sua própria forma de concentração de capital. Atualmente, gigantes do ramo agrícola, da prestação de serviços e industrial, inclusive do multibilionário mercado petrolífero, têm sido ofuscados por um novo mercado, que consagra a nova fase capitalista em vigência.

Observa-se uma transformação nas principais decisões que determinam a vida das pessoas na sociedade: da concessão de crédito, passando pela seleção de currículos para uma vaga de emprego ao que aparece no *feed* de uma rede social. Em nome da eficiência e de uma pretensa neutralidade, decisões que eram todas tomadas por seres humanos vêm sendo cada vez mais delegadas para sistemas automatizados de elegibilidade, algoritmos de *ranking* e modelos de risco preditivo, que passam a controlar desde o policiamento a ser direcionado para um bairro até quem é investigado por uma fraude.⁸⁰

Neste sentido, é correto afirmar que a revolução operada na virada para o século XXI organizou a economia ao redor da informação⁸¹. Disto, resulta que a sociedade se molda (e é moldada) ao redor desta nova forma de produção: “A informação é o (novo) elemento estruturante que (re)organiza a sociedade, tal como o fizeram a terra, as máquinas a vapor e a

⁷⁹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 32.

⁸⁰ MEDON, Filipe. Decisões automatizadas: o necessário diálogo entre a Inteligência Artificial e a proteção de dados pessoais para a tutela de direitos fundamentais. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo (Coord.). **O Direito Civil na era da inteligência artificial**. 1. edição. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 338.

⁸¹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 33.

eletricidade, bem como os serviços, respectivamente, nas sociedades agrícola, industrial e pós-industrial”⁸².

Destaca-se, contudo, que não é correto afirmar que 4ª revolução industrial foi a responsável pelo advento do tratamento de dados ou que esta teria lançado luz sobre a importância da informação para o desenvolvimento das sociedades. Na realidade, a circulação de dados pessoais (ou não) foi fundamental para o desenvolvimento das sociedades há séculos, desde a delimitação de estratégias de guerra à realização de censos para elaboração de políticas públicas. O grande feito do capitalismo informacional foi otimizar de forma exponencial a capacidade de armazenamento e tratamento de dados.

Esta era a economia do Big Data, e ela prometia ganhos espetaculares. Um programa de computador poderia vasculhar milhares de currículos ou pedidos de empréstimo em um segundo ou dois e ordená-los em listas impecáveis, com os candidatos mais promissores ao topo. Isso não apenas economizava tempo, mas era vendido como algo imparcial e objetivo.⁸³

Desta sorte, é indubitável a gama de avanços na prestação de diversos serviços públicos e privados, que beneficiaram tanto seus controladores quanto os receptores, em razão da velocidade, maior chance de acerto e relativa diminuição de subjetividades⁸⁴.

Isto advém de uma conexão muito intensificada no contexto do capitalismo informacional entre dados pessoais e Inteligência Artificial, materializada em algoritmos alimentados pelo *Big Data*. Algoritmos podem ser compreendidos como “um conjunto de instruções, organizadas de forma sequencial, que determina como algo deve ser feito”⁸⁵:

(...) um dos objetivos fundamentais dos algoritmos é fazer previsões utilizando probabilidades. Embora algoritmos não possam fornecer respostas precisas a todas as questões, eles podem analisar os dados fornecidos (*inputs*) e oferecer “palpites”

⁸² BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, *idem*.

⁸³ O’NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. 1. ed. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020, p. 7.

⁸⁴ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 83.

⁸⁵ MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela; FUJIMOTO, Mônica Tiemy. Discriminação Algorítmica à Luz da Lei Geral de Proteção de Dados. *In: DONEDA, Danilo; et al. Da Privacidade à Proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 442.

coerentes. Quanto maior a quantidade e qualidade dos dados disponibilizados ao algoritmo, maior a chance de o resultado estar próximo do real.⁸⁶

Isto implica reconhecer a relação direta entre o volume de dados e a qualidade da previsão. Explica-se, neste sentido, o papel fundamental do *Big Data* para o intenso desenvolvimento da inteligência artificial:

A função mais importante do *Big Data* é elaborar previsões baseadas em um grande número de dados informações: desde desastres climáticos até crises econômicas, do surto de uma epidemia até o vencedor de um campeonato de esportes, do comportamento de um consumidor até a solvência de clientes. Assim, as análises do *Big Data* podem ser utilizadas para desenvolver prognósticos, tanto com relação à economia, à natureza ou à política, como sobre comportamento individual.⁸⁷

Com este poderoso captador e processador de dados, as tecnologias de predição adentraram os mais diversos ramos do mercado, oferecendo agilidade, precisão e comodidade em grande escala.

A iniciativa privada, motor que alavanca o capitalismo informacional, remodelou sua abordagem para a captação de informações, mesmo quando este não é seu objetivo final: “as novas mídias são também (ou sobretudo) canais para o fornecimento de bens ou serviços, com base em uma troca cada vez mais consistente de informações.”⁸⁸.

Inicialmente, esta investida sobre informações pessoais foi justificada enquanto “um *quid pro quo* necessário em troca de serviços de internet ‘gratuitos’”⁸⁹. Assim, o preço dos “abundantes prêmios de informação, conexão e outros bens digitais”⁹⁰ seriam nossas informações.

⁸⁶ MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela; FUJIMOTO, Mônica Tiemy. Discriminação Algorítmica à Luz da Lei Geral de Proteção de Dados. In: DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, *idem*.

⁸⁷ MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela; FUJIMOTO, Mônica Tiemy. Discriminação Algorítmica à Luz da Lei Geral de Proteção de Dados. In: DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 424.

⁸⁸ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 46.

⁸⁹ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na fronteira do poder**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 68.

⁹⁰ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na fronteira do poder**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 68.

Contudo, a coleta de dados foi absorvida como a lógica hegemônica de mercado, ocorrendo mesmo quando o serviço ou bem em questão já é pago pelo cliente, como ficou marcado no caso surpreendente do Spotify. O aplicativo de *streaming* coleta um conjunto tão vasto de dados, até dos usuários assinantes, que são necessárias 191 páginas para indicar todos os dados tratados sobre cada usuário⁹¹.

Concretamente, isso significa que a contrapartida necessária para se obter um bem ou um serviço não se limita mais à soma de dinheiro solicitada, mas é necessariamente acompanhada por uma cessão de informações. Nessa troca, então, não é mais somente o patrimônio de uma pessoa que está envolvido. A pessoa é obrigada a expor seu próprio eu, sua própria *persona*, com consequência que vão além da simples operação econômica e criam uma espécie de *posse permanente* da pessoa por parte de quem detém as informações a seu respeito⁹².

Assim, mesmo setores como compra e venda passam a utilizar-se desse modelo de captação de informações com as mais diversas finalidades, que não se limitam apenas ao *marketing*.

No caso aqui discutido, o condicionamento deriva do fato de que a possibilidade de usufruir de determinados serviços, essenciais ou importantes, ou tidos como tais, depende não somente do fornecimento de determinadas informações por parte do usuário do serviço, mas também do fato de que tais informações (eventualmente com base no consentimento do interessado) podem posteriormente ser submetidas a outras elaborações.⁹³

Toma-se como exemplo a coleta do CPF do consumidor em farmácias, que pode ser destinada a um simples cadastro em planos de fidelidade, porém também ser clandestinamente vendidos a planos de saúde⁹⁴. Isto configuraria verdadeira vigilância de seus usuários, podendo levar a aumentos indevidos no valor da mensalidade do plano.

Outra utilização ágil e massiva de dados incorpora-se na prática de *geopricing*, que consiste na diferente precificação de bens e serviços de acordo com a localização do

⁹¹ DE SOUZA, Ramon. São necessárias 191 páginas para listar tudo o que o Spotify coleta sobre você. **The Hack**. 2022. Disponível em: <https://thehack.com.br/sao-necessarias-191-paginas-para-listar-tudo-o-que-o-spotify-coleta-sobre-voce/>. Acesso em 01/11/2022.

⁹² RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 113.

⁹³ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 76.

⁹⁴ LUIZ, Gabriel. CPF em troca de desconto: MP investiga venda de dados de clientes por farmácias. **G1**. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/cpf-em-troca-de-desconto-mp-investiga-venda-de-dados-de-clientes-por-farmacias.ghtm>>. Acesso em 16/11/2022

consumidor⁹⁵. Estes dados são coletados por meio de *cookies*, dos quais os usuários muitas vezes não possuem pleno conhecimento, e interferem diretamente no modelo de negócio ofertado ao cliente.⁹⁶

Observa-se que, atualmente, a base estruturante do capitalismo consiste na troca de informações, de forma que “o fornecimento de dados pessoais pelos cidadãos tinha se tornado um requisito indispensável para a sua efetiva participação na vida social”⁹⁷. Assim, pode-se afirmar que o *modus operandi* informacional foi expandido:

(...) não está mais confinado ao drama competitivo de grandes empresas na internet, em que mercados futuros comportamentais eram a princípio visados na publicidade on-line. Seus mecanismos e imperativos econômicos tornaram-se o modelo-padrão para a maioria dos negócios que têm a internet como base.⁹⁸

Torna-se, portanto, um modelo que se retroalimenta: quanto mais resultado o *Big Data* disponibiliza, torna-se mais sofisticado para futuras utilizações. As possibilidades de conexão e expansão projetam-se até onde a imaginação humana é capaz de vislumbrar.

Disso decorrem duas consequências: quanto mais os serviços são tecnologicamente sofisticados, mais o indivíduo deixa nas mãos do fornecedor do serviço uma cota relevante de informações pessoais; quando mais a rede de serviços se alarga, mais crescem as possibilidades de interconexões entre bancos de dados de disseminação internacional das informações coletadas.⁹⁹

O fenômeno da datificação é exponencializado pela *Internet of Things*¹⁰⁰, fenômeno no qual a internet passa a ser integrada aos nossos pertences do dia a dia. Se houve um momento no qual era necessário reservar um momento do dia para acessar a internet e estar *on-line*, hoje é necessário um enorme esforço para estar *off-line*.

⁹⁵ MARTINS, Guilherme Magalhães; FORTES, Pedro Rubim Borges; OLIVEIRA, Pedro Farias. Digital Geodiscrimination: How Algorithms May Discriminate Based on Consumers Geographical Location. **Droit et Société**, n. 107, pp. 145-166, 2021, p. 151.

⁹⁶ MARTINS, Guilherme Magalhães; FORTES, Pedro Rubim Borges; OLIVEIRA, Pedro Farias. Digital Geodiscrimination: How Algorithms May Discriminate Based on Consumers Geographical Location. **Droit et Société**, n. 107, pp. 145-166, 2021, p. 151.

⁹⁷ DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 182.

⁹⁸ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na fronteira do poder**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 21.

⁹⁹ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 100.

¹⁰⁰ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 107.

Com celulares, notebooks, assistentes virtuais, televisões, todos conectados à internet, os indivíduos passam o dia fornecendo dados a diversas entidades, de forma consciente ou não.

Isto torna o ato de estar conectado algo aparentemente intrínseco ao ser humano¹⁰¹, naturaliza a constante presença de agentes captando nossos dados. Tanto, que é fácil esquecer que lidamos com a iniciativa privada e a deixamos entrar em nossas casas, coletar todo tipo de informação sobre nós.

É fácil esquecer que o Twitter ou o Facebook, por exemplo, não são espaços públicos de convivência gratuita, mas sim locais privados onde nos permitem interagir sob uma série de regras - e um custo alto.

2.2. CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA

Para compreender os reais efeitos desta nova ordem econômica, é necessário analisar de forma crítica suas aplicações e os interesses de seus grandes *players*. Neste viés, faz-se imprescindível dar ênfase à obra de autores que se dedicam a aprofundar o entendimento sobre esta intensa forma de acumulação de capital, de forma a expor a realidade que acompanha as promessas de conectividade, agilidade etc.

À medida que o capital se aglutina ao redor do tratamento refinado de dados, é certo que a distribuição de poder na sociedade estará diretamente ligada à capacidade de processamento de informações¹⁰². Em efeitos práticos, o acúmulo de poderio tecnológico observado atualmente sob domínio de entidades privadas lhes conferiu poderes nunca percebidos na dinâmica capitalista. Mais do que o controle sobre o mercado, sobre a produção, mão de obra ou meio ambiente, os gigantes do capitalismo informacional hoje almejam o controle sobre a personalidade humana.

(...) na esteira da crise, novas técnicas matemáticas estavam bombando, expandindo-se para novos territórios. Petabytes de dados eram processados 24 horas por dia, 7 dias por semana, muitos deles raspados de redes sociais ou sites de e-commerce. E

¹⁰¹ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na fronteira do poder.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 20.

¹⁰² RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje.** 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 45.

cada vez mais o foco não era nos movimentos dos mercados financeiros globais, mas nos seres humanos. Em nós. Matemáticos e estatísticos estavam estudando os nossos desejos, movimentações e poder de compra. Eles previam nossa credibilidade e calculavam nosso potencial enquanto estudantes, trabalhadores, amantes e criminosos.¹⁰³

Neste contexto, é fundamental organizar a confusão intencionalmente existente entre o avanço tecnológico e o capitalismo de vigilância: “O capitalismo de vigilância não é tecnologia; é uma lógica que permeia a tecnologia e a direciona numa ação.”¹⁰⁴. Com efeito, a utilização de tecnologia para o processamento de dados e tomadas de decisão não configura, em si, uma ameaça à sociedade:

A utilização de dados pessoais não é, em si, um problema. Na verdade, ela torna possíveis várias atividades, desde o planejamento administrativo até a ação humanitária, passando pela pesquisa de mercado e por mais um número infindável de áreas. Ocorre que a atividade do tratamento de dados pessoais requer instrumentos que a harmonize com os parâmetros de proteção da pessoa humana presentes nos direitos fundamentais (...)¹⁰⁵.

Evidencia-se, portanto, que não é plausível vilanizar a tecnologia, que configura mero meio para diversos fins. Um expoente deste pensamento é expresso no relato do projeto “*Aware Home*”, no qual uma casa inteligente tinha todos os seus componentes programados para a coleta de dados de seus residentes, dados estes que seriam utilizados somente para o aprimoramento da experiência na casa¹⁰⁶.

De forma semelhante, a programadora Cathy O’Neil relata em sua obra sobre os malefícios dos algoritmos capitalistas a possibilidade de criar ela mesma um algoritmo que analisasse os dias da semana, os gostos e restrições de sua família, os planos nutricionais e os alimentos na geladeira para, todos os dias, indicar o cardápio de sua família para lhe poupar o trabalho diário¹⁰⁷. Vislumbra-se, aqui, um algoritmo feito por ela para sua família, o qual

¹⁰³ O’NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. 1. ed. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020, p. 7.

¹⁰⁴ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na fronteira do poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 26.

¹⁰⁵ DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais**: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 24.

¹⁰⁶ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na fronteira do poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 16.

¹⁰⁷ O’NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. 1. ed. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020p. 31.

somente sua família teria acesso, domínio e interesse. Assim, a arquitetura e administração do projeto priorizaria tão somente a saúde, o bem-estar e a praticidade de sua família, sem qualquer intenção de lucro a terceiros.

O capitalismo de vigilância, em verdade, foi gestado de modo semelhante, porém seguiu em sentido diverso. Nos primórdios do desenvolvimento da tecnologia aqui tratada, a ferramenta de *feedback* do Google, que orientava seu aprimoramento operava em “equilíbrio de poder”¹⁰⁸: o algoritmo precisava das buscas das pessoas para se aperfeiçoar, de forma que os dados utilizados eram reinvestidos no aprendizado da ferramenta de buscas. Quanto mais buscas realizadas pelos usuários, melhor o serviço prestado aos próprios usuários.

O fato de usuários precisarem da busca quase tanto quanto a busca precisava dos usuários criava um equilíbrio de poder entre o Google e seu público. As pessoas eram tratadas como fins em si, os sujeitos de um não mercado, um ciclo contido em si próprio que se alinhava à perfeição com a missão do Google de “organizar a informação do mundo, tornando-a universalmente acessível e útil.”¹⁰⁹

O paradigma foi alterado pela invenção do “superávit comportamental”¹¹⁰: a abundância de dados existente hoje permite que estes sejam investidos não somente no aperfeiçoamento do serviço, mas também em diversas finalidades, que, no contexto capitalista, visam tão somente o lucro e concentração de poder das empresas prestadoras do serviço.

As informações fornecidas pelas pessoas para que obtenham determinados serviços são tais, em quantidade e qualidade, que possibilitam uma série de usos secundários, especialmente lucrativos para os gestores dos sistemas interativos. Estes, elaborando as informações obtidas quando do fornecimento dos serviços, podem “criar” informações novas (perfis de consumo individual ou familiar, análises de preferência, informações estatísticas, etc.), que interessam a outros sujeitos, a quem estas informações podem ser vendidas.¹¹¹

Diante das novas possibilidades descobertas a partir do excesso de dados, a sua coleta passou a ser o imperativo do capitalismo informacional.

¹⁰⁸ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na fronteira do poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 85.

¹⁰⁹ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na fronteira do poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 88.

¹¹⁰ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na fronteira do poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 88.

¹¹¹ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância**: a Privacidade Hoje. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 46.

A arquitetura tecnológica passou a objetivar absorver o maior quantitativo de rastros possível de cada indivíduo, criando iscas até mesmo onde antes não havia necessidade, desequilibrando a clássica relação de consumo. Pode-se afirmar que os serviços e produtos hoje disponibilizados “não estabelecem reciprocidades construtivas produtor-consumidor. Em vez disso, são “ganchos” que seduzem usuários para suas operações extrativas nas quais nossas experiências pessoais são sucateadas e empacotadas como meios para fins de outros.”¹¹².

A título de exemplo, é possível citar a arquitetura do aplicativo *Tik Tok*, estudada atualmente pelo seu alto potencial de captura de atenção dos usuários¹¹³. Muito embora este seja um artifício de toda rede social, o aplicativo inovou com conteúdo rápidos que se sucedem de forma simplificada, captando os assuntos que o usuário mais gosta.

O objetivo imediato é intensificar o consumo dos bens e serviços¹¹⁴, porém esta não é a única finalidade, como foi em experiências passadas. Se um dia a relação de consumo se encerrava na troca de bens e serviços e seu devido pagamento, hoje o “verdadeiro objetivo é o da ‘classificação’”¹¹⁵: a segmentação da sociedade em perfis, que orientarão a ação da iniciativa privada de acordo com “interesses comercialmente significativos”¹¹⁶, a despeito de interesses da coletividade, sendo certo que a “coletividade” inclui, também, aqueles que desviam dos perfis considerados padrão¹¹⁷.

Se, por exemplo, se verifica que a maioria das famílias que habitam um determinado bairro lê apenas um tipo de publicação, razões econômicas estimularão a distribuição naquela área apenas de livros e jornais correspondentes aos gostos e aos interesses individuados naquele momento particular. Por um lado, portanto, dá-se início a um mecanismo que pode bloquear o desenvolvimento daquela comunidade, molificando-a no seu perfil traçado em uma situação determinada. Por outro lado, penalizam-se os poucos que não correspondem ao perfil geral, iniciando-se assim um perigoso processo de discriminação das minorias. A “categorização” dos indivíduos e grupos,

¹¹² ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na fronteira do poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 22.

¹¹³ MENON, Isabella. Entenda como TikTok fisga cérebro de usuários com vídeos curtos. **Folha de São Paulo**. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/04/entenda-como-tiktok-fisga-cerebro-de-usuarios-com-videos-curtos.shtml>. Acesso em: 02/11/2022.

¹¹⁴ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância**: a Privacidade Hoje. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 114.

¹¹⁵ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância**: a Privacidade Hoje. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 114.

¹¹⁶ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância**: a Privacidade Hoje. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 114.

¹¹⁷ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância**: a Privacidade Hoje. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 114.

além disso, ameaça anular a capacidade de perceber as nuances sutis, os gostos não habituais.¹¹⁸

Observa-se que o capitalismo informacional não se limita à classificação a partir de dados, mas a utiliza para traçar suas estratégias mercadológicas.

(...) as invenções do Google destruíram as reciprocidades de seu contrato social original com os usuários. O papel do ciclo de reinvestimentos do valor comportamental que um dia alinhara o Google aos usuários mudou de maneira drástica. Em vez de aprofundar a unidade de oferta e demanda com suas populações, o Google optou por reinventar seu negócio em torno da fluorescente demanda dos anunciantes, ávidos por aproveitar o máximo até raspar o tacho do comportamento on-line por qualquer meio disponível na competição por vantagem no mercado. Na nova operação, *os usuários não eram mais fins em si mesmos, mas tornaram-se meios para fins de outros.*¹¹⁹

Neste contexto, o capitalismo informacional, nome designado em razão do papel central da informação para seu desenvolvimento, demonstra-se um verdadeiro capitalismo de vigilância: projetado para coletar o maior volume de dados possível sobre indivíduos para alimentar suas estratégias de lucro.

O indivíduo, por meio de sistemas de lojas, eletrônicos conectados ininterruptamente, coletores de dados em computadores etc., é acompanhado pela iniciativa privada de forma constante, em um verdadeiro estado de vigilância.

A gestão do sistema e a vigilância sobre seus usuários é um todo unitário, fazendo o aparato de vigilância parte da própria estrutura do sistema. Os instrumentos de controle perdem sua natureza autônoma, separada: tendem a dominar todo o sistema e a nele imprimir suas características.¹²⁰

Diante da obra de uma das maiores estudiosas críticas do tema, Shoshana Zuboff, podemos encarar o capitalismo de vigilância enquanto “uma lógica parasítica na qual a produção de bens e serviços é subordinada a uma nova arquitetura global de modificação de comportamento”¹²¹, ou, ainda, “uma expropriação de direitos humanos críticos que pode ser

¹¹⁸ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância:** a Privacidade Hoje. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 83.

¹¹⁹ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância:** a luta por um futuro humano na fronteira do poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

¹²⁰ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância:** a Privacidade Hoje. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 113.

¹²¹ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância:** a luta por um futuro humano na fronteira do poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 1.

mais compreendida como um golpe vindo de cima: uma destituição da soberania dos indivíduos”¹²².

Isto porque, para além da identificação de um mercado consumidor, passou-se a estudar a possibilidade de *criação* de um mercado consumidor:

Numa terceira fase de intensidade competitiva, os capitalistas de vigilância descobriram a necessidade de *economias de ação* baseadas em métodos originais que vão além de rastrear, capturar, analisar e prever comportamento para intervir no estado do jogo e moldar de forma ativa o comportamento na fonte.¹²³

Como um desdobramento lógico do avanço das tecnologias aliadas à sede por acúmulo de poder, o capitalismo informacional passou da “automatização dos fluxos de informação sobre você para a automatização de você.”¹²⁴

Em uma clara subversão aos paradigmas éticos atuais, observa-se a objetificação do ser humano em sua experiência enquanto receptor do serviço. Mais do que objeto, o indivíduo passa a servir de instrumento articulado para outros fins, de acordo com o conceito de *instrumentarismo*:

Os capitalistas de vigilância descobriram que os dados comportamentais mais preditivos provêm da intervenção no jogo de modo a incentivar, persuadir, sintonizar e arrebatar comportamento em busca de resultados lucrativos. Pressões de natureza competitiva provocaram a mudança, na qual processos de máquina automatizados não só *conhecem* nosso comportamento, como também *moldam* nosso comportamento em escala. Com tal reorientação transformando conhecimento em poder, não basta mais automatizar o fluxo de informação *sobre nós*; agora a meta é *nos automatizar*. Nessa fase da evolução do capitalismo de vigilância, os meios de produção estão subordinados a “meios de modificação comportamental” cada vez mais complexos e abrangentes. Dessa maneira, o capitalismo de vigilância gera uma nova espécie de poder que chamo de *instrumentarismo*. O poder instrumental conhece e molda o comportamento humano em prol das finalidades de terceiros. Em vez de armamentos e exércitos, ele faz valer sua vontade através do meio automatizado de uma arquitetura computacional cada vez mais ubíqua composta de dispositivos, coisas e espaços “inteligentes” conectados em rede.¹²⁵

¹²² ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na fronteira do poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 1

¹²³ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na fronteira do poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 387.

¹²⁴ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na fronteira do poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 388.

¹²⁵ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na fronteira do poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 19.

Este movimento pode ser também compreendido como *psicobiopoder*¹²⁶, em um aperfeiçoamento das práticas de biopoder conceituadas por Michael Foucault, exceto que, no presente, encontram-se, majoritariamente, a serviço da iniciativa privada.

O psicobiopoder é mais eficiente que o biopoder na medida que vigia, controla e influencia o ser humano não de fora, mas sim *a partir de dentro*. A psicopolítica se empodera do comportamento social das massas ao acessar sua lógica inconsciente. A sociedade digital de vigilância, que tem acesso ao inconsciente-coletivo, ao comportamento social futuro das massas, desenvolve traços totalitários. Ela nos entrega à programação e ao controle psicopolíticos. (...) Dirigimo-nos, hoje, à era da psicopolítica digital.¹²⁷

Trata-se de evidente afronta à liberdade humana, especificamente no contexto de sua personalidade.

Este poder é viabilizado pelas “Armas de Destruição em Massa (ADMs)”¹²⁸: algoritmos acobertados, incontestáveis, que reproduzem “preconceitos, equívocos e vieses”¹²⁹, que, em regra, prejudicam as camadas vulneráveis da sociedade enquanto enriquecem as camadas mais abastadas.

Com o fornecimento de informações pessoais, a categorização dos indivíduos e invasão silenciosa de seu psicológico, o capitalismo de vigilância objetiva “nos criar e lucrar com a autoria da criação.”¹³⁰

Os novos males com que nos deparamos implicam desafios à santidade do indivíduo, e considero o principal entre esses desafios os direitos elementares que caracterizam a soberania individual, inclusive o *direito a um tempo futuro* e o *direito a santuário*. Cada um desses invoca reivindicações de agência individual e autonomia pessoal como pré-requisitos essenciais para a liberdade de escolha e também o próprio conceito de ordem democrática.¹³¹

Está sob ataque o próprio pilar da existência de um ramo privado: a autonomia privada. Embasada pela liberdade, pela capacidade de manifestar opiniões livres e conscientes, ela tende

¹²⁶ HAN, Byung-Chul. **No enxame**: perspectivas do digital. Petrópolis: Vozes, 2018, p. 134.

¹²⁷ HAN, Byung-Chul. **No enxame**: perspectivas do digital. Petrópolis: Vozes, 2018, p. 134.

¹²⁸ O’NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. 1. ed. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020p. 8.

¹²⁹ O’NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. 1. ed. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020idem.

¹³⁰ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na fronteira do poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p.358.

¹³¹ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na fronteira do poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p.71.

a ser drasticamente comprometida em uma sociedade que ameaça a extirpação da individualidade e todas as prerrogativas que dela advêm.

Conceituando as principais problemáticas a respeito dos chamados Algoritmos de Destruição em Massa, Cathy O’Neil chega ao trinômio “Opacidade, Escala e Dano”¹³², a seguir delimitadas.

A opacidade considera que uma das limitações para a dignidade humana é a consciência sobre o problema que se apresenta. Isto que a obscuridade é a marca deste mercado, não por coincidência, mas como técnica para resguardar seu crescimento.

Ela ignora o ponto-chave de que a essência da exploração, aqui, é a utilização de nossa vida como dados comportamentais para o aperfeiçoamento do controle de outros sobre nós. As perguntas dignas de nota aqui dizem respeito aos fatos de que nossa vida é, em primeiro lugar, reduzida a dados comportamentais; de que a ignorância é uma condição dessa ubíqua redução; de que os direitos de escolha desaparecem antes que o indivíduo nem sequer tenha ciência de que existe uma decisão a tomar.¹³³

Isto importa em um ativo esforço para esconder a matéria prima deste novo capital, as suas finalidades, o meio utilizado para seu desenvolvimento etc.

A habilidade da empresa de ocultar essa apropriação do direito depende da linguagem tanto quanto de métodos técnicos ou políticas corporativas de sigilo. (...) O Google teve cuidado de camuflar a importância das suas operações de superávit comportamental em jargão industrial. Dois termos populares - “*data exhaust*” e “*digital breadcrumbs*” [migalhas digitais] - aludem a resíduos sem valor: restos espalhados que podem ser pegos.¹³⁴

Neste sentido, é fato sedimentado no Direito Civil que a ausência de conhecimento pleno sobre aquilo que se negocia - seja de forma espontânea ou provocada - é um impeditivo para a celebração de atos civis válidos, uma vez que a autonomia pressupõe a consciência.

¹³² O’NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. 1. ed. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020, p. 49.

¹³³ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na fronteira do poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 115.

¹³⁴ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na fronteira do poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 110.

Opera-se, nesta perspectiva, um ataque à autonomia que visa, em última instância, o ataque à individualidade. Enquanto os indivíduos tornam-se transparentes, a iniciativa privada opera de forma oculta.¹³⁵

O capitalismo de vigilância reivindica esse direito de escolha. A queixa típica é que a privacidade é erodida, mas trata-se de uma afirmação enganosa. No padrão social mais amplo, a privacidade não é erodida, mas redistribuída, uma vez que o direito de escolha sobre a privacidade é reivindicado pelo capital da vigilância. Em vez de as pessoas terem o direito de decidir como e o que vão revelar, esse direito é concentrado dentro do domínio do capitalismo de vigilância. O Google descobriu esse elemento necessário da nova lógica de acumulação: ele deve assegurar o direito de obter informação da qual seu sucesso é dependente.¹³⁶

Face a esta obscuridade característica é que a legislação de proteção de dados dá atenção ao princípio da finalidade, vedando a existência de finalidades ocultas ao tratamento de dados. Trata-se da imposição de regulação a um mercado que se expandiu às margens da lei.

A finalidade deve ser conhecida antes de que ocorra a coleta dos dados, especificando-se sobretudo na relação entre os dados colhidos e seu objetivo, além da sua utilização não abusiva e na eliminação ou anonimização dos dados que não mais se tornarem necessários.¹³⁷

Sem embargo da importância deste instituto, como já abordado anteriormente, é certo que parte do tratamento de dados atualmente apresenta finalidades diretas e indiretas, tanto sobre cada indivíduo que consente com o tratamento quanto para uma coletividade indeterminada, que por vezes sequer contratou o serviço.

Isto leva ao problema da escala.

Escala é o que transforma ADMs de um pequeno incômodo para algo com a força de um tsunami, um que define nossas vidas. Como veremos, as ADMs sendo desenvolvidas nas áreas de recursos humanos, saúde e sistema bancário, só para citar algumas, estão rapidamente estabelecendo normas gerais que exercem sobre nós algo muito próximo do poder de lei.¹³⁸

¹³⁵ HAN, Byung-Chul. **No enxame**: perspectivas do digital. Petrópolis: Vozes, 2018, p. 101.

¹³⁶ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na fronteira do poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 110.

¹³⁷ MARTINS, Guilherme Magalhães. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018) e a sua principiologia. **Revista dos Tribunais**, v. 1027, ano 110, pp. 203-243, São Paulo, maio, 2021.

¹³⁸ O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. 1. ed. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020, p. 48.

Ao expandir-se e consolidar-se como lógica de mercado hegemônica, o capitalismo de vigilância passou a estabelecer a forma padrão como usuários e consumidores são percebidos. A coleta de dados em massa, para a classificação de milhões de indivíduos e consequente delimitação de planos de ação que influenciam estas e outras pessoas as torna um problema coletivo, com potenciais de prejuízo abissais à individualidade.

A lógica de tratamento massivo de dados hoje rege diversos setores da vida humana, desde a “publicidade a penitenciárias. (...) São obscuras, incontestáveis e irresponsáveis, e operam em larga escala para ordenar, atingir ou ‘otimizar’ milhões de pessoas”.¹³⁹ Para além de posts em redes sociais e aplicativos de *streaming*, estão presentes em áreas centrais da vida humana, como *scores* de crédito, planos de saúde, precificação de bens etc.

Com efeito, os perfis são utilizados para decisões que, para a maioria dos cidadãos, são mais frequentes e, no mais das vezes, mais significativas do que as judiciais ou administrativas, e que são aquelas que dizem respeito ao cidadão consumidor ou usuário de serviços (comerciais, bancários, e assim por diante)¹⁴⁰

Observa-se, neste sentido, a abrangência de toda a coletividade, cujos dados são necessariamente cruzados e interpretados a partir uns dos outros. Com efeito, “a relação entre identidade individual e identidade coletiva acaba por se tornar mais complicada e os indivíduos podem perder autonomia nesse contexto.”¹⁴¹

Importa afirmar que o tratamento de dados de uma pessoa tem impacto na das demais, sendo difícil individualizar os efeitos do fornecimento de dados.

Isso aumenta exponencialmente a ocorrência de danos, sejam eles premeditados ou não. Isto porque, muito embora a Inteligência Artificial seja celebrada por sua precisão e suposta redução de subjetividades humanas em análises, a realidade é que tais tecnologias são “baseadas em escolhas feitas por seres humanos falíveis.”¹⁴²

¹³⁹ O’NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. 1. ed. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020p. 21.

¹⁴⁰ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 115.

¹⁴¹ VERONESE, Alexandre. Os direitos de explicação e de oposição diante de decisões. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVIA, Milena Donato (coordenadores). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 390.

¹⁴² O’NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. 1. ed. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020p. 8.

Daí decorre o requisito de dano característico das tecnologias destrutivas: ao se infiltrarem em partes vitais da sociedade, tornando-se o principal meio legitimado de decisões, sem possibilidade de questionamento e sendo manipuladas por serem humanos limitados, elas reproduzem padrões que, ao beneficiarem uma parte da população, colocam outra em desvantagem:

Você poderá notar que nem todas essas ADMs são danosas universalmente. Afinal de contas, elas podem enviar pessoas à Harvard, arranjar-lhes empréstimos baratos ou bons empregos, e reduzir tempo de prisão de alguns réus sortudos. Mas a questão não é se alguém se sairá beneficiado. É que fazem muitos sofrer. Esses modelos, movidos por algoritmos, fecham portas na cara de milhões de pessoas, muitas vezes pelas mais frágeis das razões, e não oferecem recurso ou apelação. São injustos.¹⁴³

Nesta linha, surgem relatos como o de Sarah Wsocki¹⁴⁴, professora querida por pais de alunos e bem avaliada pelo diretor de sua escola que foi demitida com base em um algoritmo utilizado pelo Estado para avaliar o desempenho de seus profissionais e nunca conseguiu uma explicação clara dos meios que o levaram a esta conclusão.

Na contemporaneidade, cada vez mais os algoritmos influenciam as decisões enquanto precarizam mais ainda o conhecimento da realidade mediante a filtragem das informações, atuando na manutenção do *status quo* na medida em que se prestam ao papel de postes/postos de vigilância e, em igual intensidade, têm sido empregados na criação de novos produtos, de serviços e na produção de *scores* amplamente aplicados, enquanto transmutam e afetam a efetivação das garantias elementares dos direitos humanos e fundamentais.¹⁴⁵

Foi observando esta problemática que a LGPD consagra em seu art. 20 o direito do titular à revisão de decisões automatizadas:

Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.

¹⁴³ O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. 1. ed. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020p. 50.

¹⁴⁴ O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. 1. ed. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020p. 10.

¹⁴⁵ RUARO, Regina Linden; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O direito fundamental à proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro: uma análise acerca de hipóteses de tratamento e da obrigatoriedade do consentimento livre, esclarecido e informado sob o enfoque da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) - Lei 13.709/2018. In: DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais**: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 180.

Este importante recurso é uma forma de impedir situações de injustiça provocadas pela tecnologia, protegendo-o em diversas esferas de sua vida, incluindo sua personalidade. Porém, atualmente, tais decisões ocorrem diariamente em diversos segmentos: “likes” em redes sociais, acesso a sites de compra por determinada localidade, pesquisa de determinados medicamentos na internet. Isto reduz a capacidade de controle do cidadão sobre cada decisão que o afeta de forma negativa.

Ao passo em que os sistemas de processamento ampliado prometem gerar uma automatização de respostas customizadas para cada indivíduo, eles também limitam a sua exclusão do perfil no qual foram enquadrados. Logo, quanto mais personalizada a resposta - de busca, por exemplo -, mais padronizada ela também será. (...) O problema é que ao mesmo tempo o sistema também responde: “e aquilo não serás nem gostarás¹⁴⁶”.

Trata-se de uma perspectiva limitadora que insere indivíduos em classificações para melhor manipulá-los para obtenção de lucro, a despeito das violações à personalidade, à democracia e à dignidade dos usuários.

Outra consequência latente desta classificação é a relação com as exceções: pessoas que não se encaixam confortavelmente em nenhuma das “caixas” disponibilizadas pelo tratamento de dados e, em consequência disso, têm seus interesses negligenciados. Pode-se dizer que os algoritmos “punem”¹⁴⁷ estas pessoas, que permanecem insatisfeitas com bens em serviços ou transmutam sua personalidade para se adaptar a um bombardeio de conteúdos padronizados.

Isto ocorre pois, em uma sociedade marcada pelas conclusões extraídas de dados, aquilo que não apresenta uma cognição satisfatória ao tratamento de dados deixa de ser reconhecida. Assim, se não existem dados o suficiente para ensinar à máquina a existência de um determinado grupo, a pessoa deve ser adaptar às opções que ele à disponibiliza: “Hoje tudo é tornado enumerável, a fim de poder ser convertido na linguagem do desempenho e da eficiência. Assim, hoje, tudo aquilo que não é enumerável cessa de *ser*.”¹⁴⁸

Bem, um cientista de dados poderia dizer que não existe sistema estatístico perfeito. Aquela gente é dano colateral. E muitas vezes, como Sarah Wysocki, são tidos como

¹⁴⁶ VERONESE, Alexandre. Os direitos de explicação e de oposição diante de decisões. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVIA, Milena Donato (coordenadores). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 390.

¹⁴⁷ O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. 1. ed. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020.

¹⁴⁸ HAN, Byung-Chul. **No enxame**: perspectivas do digital. Petrópolis: Vozes, 2018, p. 67.

desprezíveis e descartáveis. Esqueça-os por um instante, podem dizer, e se concentre em todas as pessoas que recebem sugestões úteis de mecanismos de recomendação ou encontram as músicas que gostam no Pandora ou Spotify, o emprego ideal no LinkedIn, ou quem sabe o amor de suas vidas no Match.com. Pense na dimensão e escala impressionantes, e ignore as imperfeições.¹⁴⁹

Este discurso marca a apropriação das benfeitorias da tecnologia pelo capitalismo de vigilância, utilizando-as “para atender às nossas necessidades referentes a levar uma vida efetiva, prometendo a mágica de informação ilimitada e milhares de maneiras de antecipar nossas necessidades e facilitar as complexidades das nossas perturbadoras vidas”¹⁵⁰.

Contudo, conforme já relatado, trata-se da forma identificada pelo capitalismo de vigilância de manter os indivíduos no fluxo de dados do qual ele se alimenta: “Sob esse novo regime, o momento preciso em que nossas necessidades são atendidas também é o momento preciso em que a nossa vida é saqueada em busca de dados comportamentais, e tudo isso para o lucro alheio.”¹⁵¹

Agora a natureza humana que é raspada, arrancada e tomada para o projeto de mercado de um novo século. É ofensivo supor que esse dano possa ser reduzido ao fato óbvio de que usuários não recebem pagamento algum pela matéria-prima que fornecem. Essa análise é uma façanha de má orientação usada para institucionalizar um mecanismo de precificação e, portanto, legitimar a extração do comportamento humano para fins de manufatura e venda.¹⁵²

Conferindo uma lógica essencialmente proprietária à personalidade humana, o capitalismo de vigilância utiliza-a como “matéria-prima gratuita para a tradução em dados comportamentais”¹⁵³. Mais do que o trabalho, o capitalismo de vigilância explora agora, também, a “experiência humana” de seus usuários.¹⁵⁴: “Nós agora pagamos para ser dominados.”¹⁵⁵

Assim como a civilização industrial floresceu à custa da natureza e agora há a ameaça de o preço a pagar por ela ser o planeta Terra, uma civilização da informação moldada

¹⁴⁹ O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. 1. ed. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020, p. 23.

¹⁵⁰ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na fronteira do poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 69.

¹⁵¹ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na fronteira do poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 69.

¹⁵² ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na fronteira do poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 115.

¹⁵³ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na fronteira do poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 18.

¹⁵⁴ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na fronteira do poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 20.

¹⁵⁵ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na fronteira do poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 21.

pelo capitalismo de vigilância e seu novo poder instrumentário irá prosperar à custa da natureza humana e ameaçará custar-nos a nossa humanidade.¹⁵⁶

É importante destacar o observado anteriormente: não se trata de uma forma disruptiva de capitalismo, ele conserva características clássicas de dominação entre classes. Por esta razão, é um equívoco considerar que abala toda a sociedade de forma igual. A realidade que se apresenta é a do acúmulo de capital e privilégios em virtude da exploração da maior parte da população, com a exceção de que este processo hoje se intensifica com as novas tecnologias:

Elas tendem a punir os pobres. Isto porque, em parte, são projetadas para avaliar grandes números de pessoas. São especializadas em volumes massivos, e baratas. É parte do seu atrativo. Os ricos, ao contrário, muitas vezes se beneficiam de contribuição pessoal. Um escritório de advocacia renomado ou escolas particulares tenderão muito mais a recomendações e entrevistas cara a cara do que uma rede de fast food ou distrito escolar com grana curta. Os privilegiados, veremos vez após outra, são processados mais pelas pessoas; as massas, pelas máquinas.¹⁵⁷

A exploração capitalista não é uma novidade deste século: utilizando-se da mão de obra de trabalhadores, o capitalismo impera em nossa sociedade há mais de um século. Quanto ao modelo clássico de exploração para o acúmulo de capital, criou-se o Direito do Trabalho. Quanto ao novo modelo, a proteção da personalidade humana parece o caminho legislativo adequado.

Destarte, observa-se uma lógica de vigilância da maioria da população em um claro movimento de rastreamento, coleta de dados, classificação e manipulação de indivíduos para o lucro de uma pequena parcela da sociedade. Tais métodos antiéticos, que minam a individualidade, a personalidade e a autonomia privada, são mascarados pelos avanços tecnológicos que proporcionam.

Nesta lógica, atrelam os benefícios experienciados pelas novas tecnologias às necessárias mazelas que trazem consigo, como uma expressão matemática utilitarista na qual direitos fundamentais podem ser negociados.

¹⁵⁶ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na fronteira do poder.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 23.

¹⁵⁷ O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia.** 1. ed. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020, p. 15.

2.3. A LEGITIMAÇÃO UTILITARISTA DO MERCADO DE DADOS

A teoria desenvolvida por Jeremy Bentham compreende o indivíduo como ser sujeito a duas forças irresistíveis: “a *dor* e o *prazer*”¹⁵⁸. Neste sentido, toda ação humana é sempre condicionada por estes dois fatores, sendo esta uma atitude voluntária ou não.

Em outras palavras, poderia se compreender que “o utilitarismo baseia-se no pressuposto de que o objectivo último de toda a actividade humana é (num certo sentido) a felicidade.”¹⁵⁹

Assim, entendendo que esta ponderação ocorre na mente humana ainda que o indivíduo não se dê conta, Bentham propõe que a racionalização deste movimento seria o caminho para uma sociedade cujas ações sejam moralmente legítimas, à medida que trariam maior quantitativo de prazer ao maior número de indivíduos possível.¹⁶⁰

Para um utilitarista, a boa ação pode ser calculada em quaisquer circunstâncias, examinando as consequências prováveis dos vários cursos possíveis de ação. A boa ação é a que tiver mais probabilidades de trazer a maior felicidade nas circunstâncias em causa (ou pelo menos mais felicidade do que infelicidade), seja ela qual for.¹⁶¹

Destaca-se, neste ponto, que este cálculo depende da probabilidade, conquanto as consequências de uma ação, costumeiramente, não podem ser apuradas com 100% de precisão.¹⁶²

Esta probabilidade é calculada levando em conta os fatores “(i) intensidade, (ii) duração, (iii) certeza ou incerteza (iv) proximidade no tempo ou longiquidade, (v) fecundidade, (vi) pureza e (vii) extensão”¹⁶³.

A este respeito, é importante destacar o conceito de fecundidade e pureza, os quais se referem, respectivamente, (i) à possibilidade de a ação provocar felicidade a partir de felicidade

¹⁵⁸ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. 2. edição, São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 3.

¹⁵⁹ WARBURTON, Nigel. **Elementos Básicos da Filosofia**. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 84.

¹⁶⁰ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. 2. edição, São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 3.

¹⁶¹ WARBURTON, Nigel. **Elementos Básicos da Filosofia**. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 84.

¹⁶² WARBURTON, Nigel. **Elementos Básicos da Filosofia**. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2007, idem.

¹⁶³ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. 2. edição, São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 16.

ou dor seguida de mais dor; e (ii) à possibilidade de uma ação não provocar o efeito adverso, ou seja, felicidade seguida de dor ou dor seguida de felicidade.¹⁶⁴

A extensão também muito importa nesta análise, especialmente frente aos números descomunais de alcance viabilizados pelo avanço do capitalismo de vigilância. Neste sentido, a ação deve levar em consideração a quantidade de pessoas abarcadas pelo sentimento discutido. Neste caso, o cálculo deve ser realizado em relação a cada uma destas pessoas, valorizando a individualidade, para, então, somar e equiparar os resultados obtidos¹⁶⁵.

A problemática com este tipo de análise, especialmente quando envolve uma grande parcela do globo, é considerável. Dentre as possíveis críticas, emerge a comparação entre as diferentes experiências individuais: “é extremamente difícil medir a felicidade e comparar a felicidade de pessoas diferentes. Quem decidirá se o enorme prazer do sádico ultrapassa ou não o sofrimento da sua vítima?”¹⁶⁶.

No contexto aqui analisado, poder-se-ia levar em consideração a complexidade de analisar em conjunto o prazer de ter diversas funcionalidades ao alcance de um clique, de economizar em descontos de serviços em troca do fornecimento de dados, de ser CEO de uma companhia que possui poder de influenciar as decisões de milhões de cidadãos, de criar campanhas publicitárias com alta probabilidade de sucesso, ofertar crédito com considerável certeza sobre o pagamento e todas as demais funcionalidades atuais frente aos malefícios hoje percebidos.

Bentham pensava que, em princípio, tais comparações poderiam ser feitas. Para ele, a origem da felicidade era irrelevante. A felicidade era apenas um estado de espírito bem-aventurado: prazer e ausência de dor. Apesar de ocorrer com diferentes intensidades, era sempre do mesmo tipo e, portanto, devia ter peso nos cálculos utilitaristas, independente da forma como era obtido.¹⁶⁷

¹⁶⁴ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. 2. edição, São Paulo: Abril Cultural, 1979, idem.

¹⁶⁵ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. 2. edição, São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 18.

¹⁶⁶ WARBURTON, Nigel. **Elementos Básicos da Filosofia**. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 85.

¹⁶⁷ WARBURTON, Nigel. **Elementos Básicos da Filosofia**. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 86.

Observe-se, ainda, a contaminação de conceitos como a pureza e a fecundidade. Isto porque, conforme vem sendo observado pela sociedade, a nova ordem que se impõe tem gerado um conflito de percepções, o que dificulta até mesmo a abordagem individual de prazer e dor:

A realidade digital está tomando conta e redefinindo tudo que é familiar, antes mesmo de termos tido a chance de ponderar e decidir sobre a situação. Nós celebramos o mundo conectado por causa das muitas maneiras pelas quais ele enriquece nossas capacidades e perspectivas, mas ele gerou novos grandes territórios de ansiedade, perigo e violência conforme o senso de um futuro previsível se esvai por entre nossos dedos.¹⁶⁸

Uma resposta a este dilema pode ser encontrada no próprio bojo da discussão utilitarista. O Utilitarismo das regras tem como objetivo uniformizar e racionalizar o processo de apuração acerca da moralidade das ações. Desta forma, “em vez de avaliarem separadamente as consequências de cada acção, adoptam regras gerais acerca dos géneros de acções que geralmente produzem maior felicidade para o maior número de pessoas”¹⁶⁹. Assim, generaliza-se o que habitualmente tende a satisfazer o maior número de pessoas sem complexos cálculos de diferentes naturezas e subjetividades.

Seu problema é, contudo, permanecer convivendo com a existência de diferentes níveis de infelicidade, sob a premissa de agradar a uma parcela maior da sociedade.

Por exemplo, uma vez que, em geral castigar pessoas inocentes produz mais infelicidade da felicidade, os utilitaristas das regras adoptariam a regra “nunca castigue os inocentes”, apesar de poderem existir casos particulares nos quais o castigo de inocentes produziria mais felicidade do que infelicidade - tal como quando actua como um forte factor de dissuasão contra o crime violento.¹⁷⁰

Observando justamente a relutância humana em legitimar teorias que admitem as mais variadas intensidades de descontentamento a certos indivíduos, o utilitarismo negativo inverte as prioridades da ação moral, reconhecendo a ânsia humana de evitar a dor a todo custo. Neste sentido, a ação moral busca “minimizar o sofrimento”¹⁷¹ ao máximo, estabelecendo que uma ação deve objetiva produzir o menor quantitativo de infelicidade para o menor número de pessoas.

¹⁶⁸ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na fronteira do poder.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 14.

¹⁶⁹ WARBURTON, Nigel. **Elementos Básicos da Filosofia.** 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 92.

¹⁷⁰ WARBURTON, Nigel. **Elementos Básicos da Filosofia.** 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 92.

¹⁷¹ WARBURTON, Nigel. **Elementos Básicos da Filosofia.** 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 90.

Desta sorte, é inegável a felicidade que o avanço tecnológico proporciona: agilidade, praticidade, conectividade, enriquecimento de empreendimentos e até mesmo otimização da saúde.

Redes sociais como o Twitter permitiram inverter o padrão de emissão de conteúdo, que na TV possui somente uma direção. Hoje, cidadãos comuns podem expressar suas ideias a milhões de outras pessoas.

O AppleWatch já foi responsável pela precoce identificação de um infarto que salvou a vida de sua usuária¹⁷².

Contudo, sua arquitetura e manipulação tem apresentado efeitos diversos altamente prejudiciais à coletividade e o discurso que legitima estas práticas encontra-se em desacordo com a doutrina jurídica vigente no país.

¹⁷² GONÇALVES, André Luiz Dias. Apple Watch salva usuária que 'não percebeu' ataque cardíaco. **Tecnoblog**. 2021. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/produto/220498-apple-watch-salva-usuaria-nao-percebeu-ataque-cardiaco.htm>. Acesso em: 15/11/2022.

CAPÍTULO III – A EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS

3.1. NEOCONSTITUCIONALISMO E A DIGNIDADE HUMANA

As experiências ocorridas no século XX foram fundamentais para elucidar o grande embate existente entre moral e Direito. Enquanto jusnaturalistas enxergavam o direito através do filtro de validade da moral, positivistas defendiam uma ciência que conferisse validade ao direito tão somente por seus requisitos formais.

Acreditando que o debate moral assoberbava a aplicação do direito com subjetividades e a afastava de um modelo científico, imperava num primeiro momento a corrente positivista, que separava a moral do Direito. No lugar do intenso debate acerca da existência de uma ética universal, dos diferentes tipos de legitimação das atitudes humanas, da orientação a uma ciência jurídica orientada pela ética, formulava-se uma ciência baseada em critérios objetivos de validade da norma, a despeito de seu conteúdo moral.

Contudo, no momento pós-guerra, restou evidenciado que não é possível estruturar um sistema jurídico a despeito da consideração com o próximo, sob pena de legitimar-se regimes fascistas, genocidas e negligentes em relação à sua população.

Em certo sentido, apresenta-se ele como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do Direito, e não apenas quando da sua elaboração.¹⁷³

Incorporando a filosofia pós-positivista, o neoconstitucionalismo absorve ideais éticos, nos qual o ser humano deve ser considerado como fim em si mesmo, vedando o seu tratamento desumanizado.

Essa constitucionalização do Direito, potencializada por algumas características associadas ao contexto filosófico do pós-positivismo – centralidade da ideia de

¹⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo, Saraiva Educação: 2018, p. 170.

dignidade humana e dos direitos fundamentais, desenvolvimento da nova hermenêutica, normatividade dos princípios, abertura do sistema, teoria da argumentação –, tem tornado o debate jurídico atual extremamente rico e instigante. Nele têm-se colocado temas que definirão o futuro da Constituição, dentre os quais: o papel do Estado e suas potencialidades como agente de transformação e de promoção dos direitos fundamentais; a legitimidade da jurisdição constitucional e da judicialização do debate acerca de determinadas políticas públicas; a natureza substantiva ou procedimental da democracia e o conteúdo das normas constitucionais que a concretizam, para citar apenas alguns exemplos.¹⁷⁴

Para além da perspectiva filosófica, o neoconstitucionalismo representa uma virada metodológica: a Constituição, antes considerada uma Carta Política de limitação e organização do poder do Estado, passa a ser compreendida como o filtro formal e material de todo o ordenamento. “Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia –, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito.”¹⁷⁵

Nesse contexto, desenvolve-se a ideia de estado social, no qual o ordenamento jurídico assume as funções de estabelecer e promover uma hierarquia de valores, privilegiando a pessoa humana, em diversos países, através de uma Constituição, que deixa de ser um instrumento de cunho basicamente político para tornar-se o ponto de convergência de todo o ordenamento – e, com isso, deixando de lado a pretensão de constituir-se um sistema neutro.¹⁷⁶

É a partir dela que todo o ordenamento infraconstitucional retira fundamento e validade. Observa-se, assim, a constitucionalização do Direito, à medida que a Constituição passa a irradiar seus fundamentos formais e materiais por todo o ordenamento jurídico.

Desta sorte, a força normativa dos princípios operou grande influência sobre o Direito Civil. Hoje, princípios constitucionais “são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico”¹⁷⁷, tendo, portanto, caráter basilar no ordenamento. Passam a possuir força normativa, com centralidade no ordenamento jurídico.

Com efeito, o princípio da dignidade humana elencado no art. 1º, III é revestido de normatividade e orienta a interpretação de todo o ordenamento e demais atos jurídicos.

¹⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo, Saraiva Educação: 2018, p. 56.

¹⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo, Saraiva Educação: 2018, p. 171.

¹⁷⁶ DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais**: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 73.

¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo, Saraiva Educação: 2018, p. 118.

Em uma perspectiva inspirada em Immanuel Kant, a dignidade humana reconhece o *valor* do ser humano enquanto tal, traduzida na máxima “trata as outras pessoas como fins em si, nunca como meios”¹⁷⁸. “Esta é outra forma de dizer que não devemos *usar* as outras pessoas e que devemos, ao invés, reconhecer a sua humanidade: o facto de serem pessoas com arbítrio e desejos próprios.”¹⁷⁹

Sua caracterização como princípio indica, ao contrário das regras, um norte ou direção¹⁸⁰, de vasto valor semântico e abrangente incidência. Enquanto a regra prevê condições objetivas e condiciona o aplicador a uma interpretação menos reflexiva, o princípio da dignidade humana pode ser violado em questões muito mais abrangentes e abstratas.

Tem-se, como exemplo, que a LGPD elenca um extenso rol de parâmetros de legitimidade para o tratamento. Contudo, por se tratar de normas objetivas, possuem um grau de incidência mais restrito. Se a finalidade de utilização dos dados para criação de perfis de consumo que visam o direcionamento de propaganda for informado e consentido, não há violação da regra. Porém, pelo princípio da dignidade humana, é possível questionar os efeitos mediatos desta prática.

Com efeito, um dos mais importantes reflexos da dignidade humana na esfera privada foi o fortalecimento dos direitos da personalidade, como forma de “transformar a pessoa em um ponto de referência normativo que represente um valor em si, para além de sua concepção instrumental”¹⁸¹

A constitucionalização do Direito produz impacto relevante sobre todos os ramos jurídicos. No direito civil, exemplificativamente, além da vinda para a Constituição de princípios e regras que repercutem sobre as relações privadas – e.g., função social da propriedade, proteção do consumidor, igualdade entre cônjuges, igualdade entre filhos, novas formas de entidade familiar reconhecidas –, houve o impacto revolucionário do princípio da dignidade da pessoa humana. A partir dele, tem lugar uma despatrimonialização e uma repersonalização do direito civil, com ênfase em

¹⁷⁸ WARBURTON, Nigel. **Elementos Básicos da Filosofia**. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 80.

¹⁷⁹ WARBURTON, Nigel. **Elementos Básicos da Filosofia**. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 81.

¹⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo, Saraiva Educação: 2018, p. 120.

¹⁸¹ DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 78.

valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica.¹⁸²

A partir da repersonalização do Direito Civil, a personalidade seria um reflexo da dignidade, à medida que representava “o direito da pessoa ser o seu próprio fim, afirmar-se e desenvolver-se como fim de si mesma”.¹⁸³

Com a elevação dos princípios ao topo da interpretação de todo o ordenamento jurídico, foi necessário criar meios de solucionar eventuais embates entre as normas superiores de vasto valor semântico.

Muito embora a dignidade humana figure como um dos mais altos ideais no Direito brasileiro, não se trata aqui de uma equação rígida e de simples resolução. Isto porque ela não é o único princípio existente em nossa Constituição. Ao contrário de antinomias que podem ser resolvidas pela aplicação de norma de superior grau hierárquico, esta relação não existe quando se confrontam princípios.

Daí torna-se necessária a ponderação.

O raciocínio a ser desenvolvido nessas situações haverá de ter uma estrutura diversa, que seja capaz de operar multidirecionalmente, em busca da regra concreta que vai reger a espécie. Os múltiplos elementos em jogo serão considerados na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto. A subsunção é um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas. A ponderação é uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética.¹⁸⁴

Por meio da ponderação, é possível analisar qual princípio prevalecerá em um caso concreto. Esta análise de maior abrangência pode ser realizada a partir das consequências de determinado ato, do valor semântico dos princípios, dos riscos e benefícios envolvidos, imersão que uma regra não permite.

¹⁸² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo, Saraiva Educação: 2018, p. 172.

¹⁸³ DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 79.

¹⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo, Saraiva Educação: 2018, p. 194.

Não se trata, contudo, de uma análise meramente utilitarista, um balanceamento entre sofrimento e prazer. Na ponderação de direitos fundamentais, não se pode abrir mão de um princípio em detrimento do outro, não se trata de observar um preceito fundamental pela violação de outro.

Esta é uma marca importante da ponderação considerando a dignidade humana: não há possibilidade de negociação ou abandono, independentemente dos supostos benefícios. A título de exemplo, “a tutela das informações pessoais revela-se como um elemento essencial da personalidade e da cidadania: e, justamente por isso, estamos diante de uma matéria na qual não pode haver vencedores e vencidos.”¹⁸⁵.

O que é possível, no caso concreto, é buscar soluções que permitam a coexistência de ambos os princípios em conflito, sendo permitidas concessões e adaptações. Quando não foi possível, não há negociação que permita a invasão da personalidade humana.

3.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESFERA CIVIL

A definição e conteúdo dos Direitos Fundamentais não são conceitos rígidos, dada sua característica heterogênea. Na realidade, trata-se de um prisma tratado por diversos ângulos, sendo definido desde uma acepção mais pragmática a entendimentos mais filosóficos.

De forma sucinta, Direitos Fundamentais são aqueles positivados no texto constitucional¹⁸⁶. Em relação ao conteúdo, a doutrina tende a convergir de forma mais robusta no sentido de que este grupo de direitos se caracteriza como “pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”¹⁸⁷.

Importa, portanto, sintetizar que se analisa no presente trabalho os direitos individuais e coletivos que buscam a concretização da proteção à dignidade humana. Tem-se, em razão do

¹⁸⁵ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 137.

¹⁸⁶ OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. **Direito Civil: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 107.

¹⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 205

seu caráter histórico, que não se trata de conceito engessado, de forma que seu rol permanece em constante mutação, acompanhando os movimentos da sociedade.

Em sua gênese, os direitos fundamentais foram concebidos como forma de limitação ao poder do Estado, com o propósito de proteger o cidadão dos abusos cometidos pelos governantes. De acordo com este racional, prerrogativas como o direito à vida, à liberdade, à propriedade demandavam do Estado uma atuação omissiva¹⁸⁸, impedindo-o de se projetar sobre a vida dos indivíduos e, conseqüentemente, sobre as questões do ramo privado.

Por conseguinte, os direitos fundamentais eram considerados somente em seu aspecto vertical, ou seja, na relação entre Estado e indivíduo.¹⁸⁹ As garantias positivadas tinham sua eficácia orientada ao Estado, de modo que este fosse o seu receptor.

Em uma visão dicotômica, o direito possuía uma divisão mais robusta entre o público e o privado¹⁹⁰, sendo o primeiro o ramo que diz respeito à estrutura, limitação e funcionamento do Estado, e o segundo a área concernente aos particulares, no qual o Estado deveria abster-se ao máximo de intervir.

Contudo, a observância das normas somente no contexto entre indivíduo e Estado, também considerado como aspecto *externo*, se demonstrou insuficiente para a garantia dos direitos fundamentais aos indivíduos. Isto porque, como foi percebido ao longo da história, a dignidade humana também é violada pelos particulares¹⁹¹. Destaca-se, neste ponto, que os entes privados aqui analisados dispõem de tal poderio econômico, tecnológico e normatizador, que, por vezes, não há que se falar em danos a particulares, mas a imensas coletividades.

Os riscos da sociedade de vigilância ligam-se tradicionalmente ao uso político de informações para controlar os cidadãos, o que qualifica tais sociedades como autoritárias ou ditatoriais. Na perspectiva que vai se delineando, ao contrário, a ideia de vigilância invade cada momento da vida e se apresenta como um traço próprio das

¹⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 247

¹⁸⁹ DE CARVALHO, Alexander Perazo Nunes; LIMA, Renata Albuquerque. A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 13, n. 17, p.11-23, jan./dez. 2015, p. 12.

¹⁹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 31.

¹⁹¹ OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. **Direito Civil: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 114.

relações de mercado, cuja fluidez diz respeito à possibilidade de dispor livremente de um conjunto crescente de informações.¹⁹²

Neste sentido, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais representa o movimento pelo qual os preceitos constitucionais deixam de ser considerados somente em seu aspecto vertical, ou seja, na relação entre Estado e indivíduo, para ser compreendida, também, nas relações entre particulares. “Sob essa perspectiva, tem-se anunciado o surgimento de uma nova disciplina ou ramo metodológico denominado direito civil-constitucional, que estuda o direito privado à luz das regras constitucionais.”¹⁹³

Pois bem: em um Estado democrático de direito, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a realização do interesse público primário muitas vezes se consoma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Se tais interesses forem protegidos por uma cláusula de direito fundamental, não há de haver qualquer dúvida. Assegurar a integridade física de um detento, preservar a liberdade de expressão de um jornalista, prover a educação primária de uma criança são, inequivocamente, formas de realizar o interesse público, mesmo quando o beneficiário for uma única pessoa privada. Não é por outra razão que os direitos fundamentais, pelo menos na extensão de seu núcleo essencial, são indisponíveis, cabendo ao Estado a sua defesa, ainda que contra a vontade expressa de seus titulares imediatos.¹⁹⁴

Inaugura-se, portanto, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, por meio da qual as normas antes programáticas consideradas somente em relação ao Estado passam a ser dirigidas também aos indivíduos, tornando “mais evidente e concreta a proteção da dignidade da pessoa humana e de outros valores constitucionais”¹⁹⁵ e não somente a “mera proteção contra o abuso estatal.”¹⁹⁶

Trata-se de uma guinada importante, “uma vez que as normas de proteção da pessoa, previstas na Constituição Federal, sempre foram tidas como dirigidas ao legislador e ao Estado (normas programáticas).”¹⁹⁷

¹⁹² RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 113.

¹⁹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. v. 1. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 48.

¹⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo, Saraiva Educação: 2018, p. 58.

¹⁹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. v. 1. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 49.

¹⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo, Saraiva Educação: 2018, p. 58.

¹⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. v. 1. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 49.

Desta forma, o ramo que tradicionalmente trata da liberdade de atuação dos indivíduos passa a ter suas regras permeadas pela eficácia imediata dos direitos fundamentais, limitando suas ações e condicionando alguns atos a certas finalidades.

Instaura-se, superficialmente, uma contraposição: a autonomia, cânone do Direito Civil, passa a ser limitada pelos direitos fundamentais. Destaca-se, neste ponto, que a autonomia privada constitui valioso alicerce da democracia, liberdade e dignidade¹⁹⁸. Desta sorte, introduz-se ao Direito Civil um embate quase constante entre normas de imensurável valor ao próprio princípio da dignidade humana.

Esta aparente antinomia possui meios próprios, característicos do Direito Constitucional, para ser solucionada: “somente através de um sistema de ponderação entre o direito fundamental em jogo e a autonomia da vontade é que será possível solucionar-se a incidência direta dos direitos fundamentais sobre as relações entre particulares.”¹⁹⁹

Inicia-se, assim, a necessidade de ponderação em diversos momentos da aplicação do Direito Civil, um verdadeiro estado de atenção, para que as ações desempenhadas por terceiros no contexto de sua liberdade não atinjam direitos fundamentais.

Compreende-se, neste sentido, que a ação de particulares deve ser munida de cautela a determinados temas defesos por lei, para evitar o atropelamento da dignidade dos demais à sua volta.

Em efeitos práticos, observa-se o recorrente questionamento do consentimento como meio legitimador de determinadas coletas de dados. Sendo manuseado como expressão da autonomia individual, diversos autores questionam a real validade de sua emanção tendo em vista a possibilidade de equívoco ou ignorância sobre o que se consente, bem como a possível culminação em prejuízo a terceiros e à coletividade em razão do ato individual.

¹⁹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. v. 1. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 115.

¹⁹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. v. 1. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, idem.

Considerando, ainda, a expressa incorporação do Direito Empresarial ao Direito Civil realizada pelo Código Civil de 2002, indispensável destacar aqui outro princípio de sumo valor à esfera privada, observado há décadas como pilar do Direito Empresarial: a livre iniciativa.

Positivada no próprio texto constitucional como garantia dos cidadãos a empreender de forma livre sem a obstaculização do Estado, em uma ótica de eficácia vertical, a livre iniciativa representa verdadeira garantia da autonomia individual em um Estado alinhado à economia capitalista. Ao contrário do Estado socialista, no qual a produção de bens e serviços é monopolizada pelo aparato estatal, a Constituição brasileira de 1988 confere ao empreendedor o protagonismo na circulação de tais ativos²⁰⁰.

Dentro deste princípio, o Estado reconhece a “busca do lucro como principal fator de motivação dos particulares”²⁰¹. Neste sentido, é garantido ao empreendedor se lançar em qualquer atividade comercial lícita mantendo o lucro como seu fim.

No entanto, mesmo este consolidado e fundamental instituto na estrutura de nossa sociedade deve observar a eficácia dos direitos fundamentais, abstendo-se de comprometer forma direta ou como efeito colateral a dignidade dos indivíduos.

Como exemplo, no contexto da proteção de dados como direito fundamental limitador da iniciativa privada, a “biométrica, genética, nanotecnologia, identificação por radiofrequência, técnicas de localização e implantes no corpo humano deve ser analisada tendo a proteção de dados como referência e expressão da dignidade humana”²⁰².

Não se trata de escolher entre valores contrapostos, fazendo prevalecer secamente um ou outro. É necessário realizar balanceamentos mais complexos entre os interesses em jogo, para assegurar a coexistência da garantia de direitos individuais com a progressiva abertura da sociedade.²⁰³

²⁰⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Novo manual de direito comercial: direito de empresa**. 32. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 32.

²⁰¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Novo manual de direito comercial: direito de empresa**. 32. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, idem.

²⁰² RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 20.

²⁰³ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 48.

Neste ponto, é importante destacar que a própria tecnologia é, muitas vezes, instrumentalizada pela iniciativa privada como forma de burlar a legislação, muito embora, sob a nossa Constituição, sua atuação deva ser orientada a efetivar ou menos não comprometer os direitos fundamentais:

Por outro lado, é preciso dar especial atenção às relações entre o mercado e a tecnologia, na medida em que podem ser mais próximas do que muitos estudos supõem e, juntas, neutralizarem os outros vetores de regulação. Com efeito, a escolha da tecnologia não é neutra e, se ficar a cargo apenas dos agentes dominantes, certamente serão adotadas apenas as tecnologias que se ajustem aos seus interesses, independentemente das repercussões sobre a sociedade e sobre os titulares de dados.²⁰⁴

Neste sentido, a arquitetura na tecnologia funciona como lei, tornando possível certos movimentos enquanto torna outros impossíveis. Torna-se imperativo, neste sentido, alinhar a arquitetura à legislação vigente, como um microsistema jurídico alinhado à Constituição.

Reindenberg, por sua vez, popularizou o conceito de *lex informatica* para explorar os vários caminhos por meio dos quais a tecnologia pode atuar como um verdadeiro regulador, com arquitetura, jurisdição, conteúdo, conjunto de regras e processos e mesmo mecanismos de *enforcement* automático. O aspecto mais importante do fenômeno é que a *lex informatica* pode substituir o direito ou constringer a habilidade do direito para lidar com um problema.²⁰⁵

Formas popularizadas de incorporação do direito à privacidade consistem nos conceitos de *privacy by design* e *privacy by default*:

O primeiro princípio define que a *privacy by design* é caracterizada por medidas mais proativas do que reativas. Isso significa que a concepção deve amparar os riscos à privacidade, de modo a preveni-los. Ao final, a consequência mais lógica é evitarem-se incidentes de violação à privacidade. (...) O segundo princípio - a privacidade como configuração padrão - posteriormente transposto ao conceito de *privacy by default*, trata da máxima de que nenhuma ação por parte do indivíduo deve ser necessária para proteger sua privacidade, uma vez que esse cuidado é intrínseco ao sistema.²⁰⁶

²⁰⁴ FRAZÃO, Ana. Programas de compliance e critérios de responsabilidade de pessoas jurídicas por ilícitos administrativos. In: ROSSETI, Maristela Abla; PITA, Andre Grunspun. **Governança corporativa: avanços e retrocessos**. São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 117.

²⁰⁵ FRAZÃO, Ana. Programas de compliance e critérios de responsabilidade de pessoas jurídicas por ilícitos administrativos. In: ROSSETI, Maristela Abla; PITA, Andre Grunspun. **Governança corporativa: avanços e retrocessos**. São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 117.

²⁰⁶ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de Souza. Segurança e Sigilo dos Dados Pessoais: primeiras impressões à luz da Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVIA, Milena Donato (coordenadores). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 424.

Com a difusão deste conceito, busca-se minimizar o tratamento irregular de dados, impedindo de forma técnica que ele ocorra. O indivíduo deixa de estar em constante alerta remediando ataques à sua privacidade, passando a ser necessário do “usuário uma conduta comissiva, ativa, no sentido de diminuir a proteção conferida à sua privacidade, e não o contrário”.²⁰⁷

A atitude comissiva seria operacionalizada, assim, pelo consentimento. Muito embora este seja cunhado como empoderamento do cidadão, valorizando a autonomia privada, é objeto de críticas por aqueles que consideram o consentimento como uma isca para o tratamento irrestrito de dados.

O primeiro grupo de contribuições enxergou na previsão do consentimento uma diminuição da proteção conferida ao titular de dados, visto enxergarem neste último um agente na operação com capacidade reduzida de compreensão da complexidade do tratamento internacional.²⁰⁸

Isto decorre da assimetria que decorre da relação, de forma similar ao que ocorre nas relações de consumo. Contudo, enquanto dispõe de seu poder aquisitivo, seu lazer, sua segurança ou saúde nas relações de consumo, o usuário dispõe de sua personalidade.

A respeito dessa assimetria, mostra-se relevante que se analise a assimetria entre as partes e a eventual vulnerabilidade de algum contratante, para se garantir que o consentimento realmente se deu de forma livre, informada e inequívoca. Como observado em doutrina, “deve-se verificar qual é o ‘poder de barganha’ do cidadão com relação ao tratamento de seus dados pessoais, o que implica considerar quais são as opções do titular com relação ao tipo de dado coletado até os seus possíveis usos.”²⁰⁹

Para além do poder de barganha, questiona-se aqui se o indivíduo é capaz de compreender com o que consente, dadas as consequências psicológicas, coletivas, e até democráticas que seu ato pode acarretar:

²⁰⁷ LEMOS, Ronaldo; BRANCO, Sérgio. *Privacy by Design: conceito, fundamentos e aplicabilidade na LGPD*. In: DONEDA, Danilo; *et al. Da Privacidade à Proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Bra, p. 455.

²⁰⁸ MARQUES, Fernanda Mascarenhas; AQUINO, Theófilo Miguel. O regime de transferência internacional de dados da LGPD: delineando as opções regulatórias em jogo. In: DONEDA, Danilo; *et al. Da Privacidade à Proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 309.

²⁰⁹ TEPEDINO, Gustavo; DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLÍVIA, Milena Donato (coordenadores). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 294.

Raramente o cidadão é capaz de perceber o sentido que a coleta de determinadas informações pode assumir em organizações complexas e dotadas de meios sofisticados para o tratamento de dados, podendo escapar a ele próprio o grau de periculosidade do uso destes dados por parte de tais organizações. Além disso, é evidente a enorme defasagem de poder existente entre o indivíduo isolado e as grandes organizações de coleta de dados: nessas condições, é inteiramente ilusório falar em “controle”. Aliás, a insistência em meios de controle exclusivamente individuais pode ser o álibi de um poder público desejoso de esquivar-se dos novos problemas determinados pelas grandes coletas de informações, e que assim se refugia e uma exaltação ilusória dos poderes do indivíduo, o qual encontrará, desta forma, encarregado da gestão de um jogo do qual somente poderá sair como perdedor.²¹⁰

Neste sentido, o consentimento pode ser operacionalizado para legitimar tratamentos duvidosos. Mesmo a devida informação, em alguns casos, não basta para sanar a hipossuficiência do usuário.

Isto se intensifica em mercados formados por oligopólios, nos quais os usuários costumam consentir por compreender que não há outra opção²¹¹, especialmente em um contexto que a vida social se desenvolve a partir do tratamento de dados.

Assim, passa a se delinear a ideia de que certos tratamentos não deveriam sequer ser colocados à disponibilidade do usuário, mesmo quando aparentemente não há afronta direta à legislação.

(...) Ressaltam os riscos da “cessão” de dados necessários à proteção dos valores individuais fundamentais. Daí se deduz a impossibilidade de fazer operar o consentimento em todos os casos: e isto significa também a impossibilidade de fundar no consentimento a definição de privacidade. Além disso, não se podendo considerar todos os dados como livremente negociáveis, limita-se a possibilidade de recorrer à lógica de mercado.²¹²

O consentimento, para ser alinhado aos direitos fundamentais, não pode representar uma escolha ao titular entre sua personalidade e o acesso a bens e serviços. “Proteção de dados é uma expressão da liberdade e, como tal, não se deve tolerar que um dado seja usado de modo a transformar um indivíduo em objeto sob vigilância constante.”²¹³.

²¹⁰ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 37.

²¹¹ SOLOVE, Daniel. **Understanding Privacy**. 1. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 73.

²¹² RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 77.

²¹³ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 19.

Nossa dependência está no cerne do projeto de vigilância comercial, no qual as necessidades que sentimos por uma vida eficaz lutam contra a inclinação de resistir às audazes incursões do sistema. O conflito resultante produz um entorpecimento psíquico que nos habitua às realidades de estar sendo seguido, minerado e modificado. (...) Desse modo, o capitalismo de vigilância impõe uma escolha fundamentalmente ilegítima, os indivíduos do século XXI não deveriam ter de fazer, e essa normalização nos deixa aprisionados, mas com a sensação de felicidade.²¹⁴

Neste sentido, como expresso anteriormente, se o capitalismo de vigilância opera a tecnologia objetivando a obscuridade, a tecnologia permeada pelo direito à proteção de dados orienta-se para a transparência:

Assim como a inovação tecnológica progressivamente pôs em funcionamento instrumentos de comunicação de mão dupla, também a inovação institucional pode tornar efetivos sistemas de controle em mão dupla, que partam da coletividade em direção aos bancos de dados e não somente do alto em direção ao baixo.²¹⁵

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais vincula a iniciativa privada à orientar sua atuação em conformidade com a proteção de dados enquanto expressão da personalidade humana. Neste sentido, a tecnologia deve ser reorganizada de forma a respeitar o desenvolvimento da personalidade e a valorizar a individualidade humana.

3.3. O RECONHECIMENTO DA PROTEÇÃO DE DADOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Muito embora a LGPD já produzisse efeitos, a proteção de dados no cenário brasileiro não possuía *status* constitucional expresso. Este cenário mudou com o julgamento de Medida Cautelar no âmbito das ADIs nº 6.387, 6.388, 6.389 e 6.393 contra a MP nº 954/2020, medida que determinava a empresas de telecomunicações que apresentassem ao IBGE dados como nome, endereço e telefone de seus clientes. A medida se justificaria na realização de levantamento estatístico, fundamental para o mapeamento de diversos indicadores estratégicos para políticas públicas.

²¹⁴ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na fronteira do poder.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 22.

²¹⁵ RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje.** 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 47.

Destaca-se que, à época, o contexto de pandemia do Coronavírus impediria o trabalho tradicionalmente presencial dos entrevistadores, sendo necessário que o contato fosse realizado por telefone, em razão das medidas de isolamento. Não obstante, o próprio contexto da pandemia agravaria a necessidade de realização de censo, para monitorar o avanço da doença no país, bem como delimitar estratégias de enfrentamento.

A MP foi atacada por partidos políticos legitimados, bem como pelo próprio Conselho Federal da OAB, sob o óbice de que a medida violaria a constituição em seu art. 1º, III, bem como o art. 5º, X e XII, nos seguintes termos:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana”

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

(...)

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

(...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”

Nesta linha, observa-se que foram utilizados, como fundamentos constitucionais, a primazia da dignidade humana, bem como a proteção à vida privada e ao sigilo de dados. Destaca-se, nesse sentido, a aparente impossibilidade de alegar violação à proteção de dados especificamente, uma vez que, até o momento, ela não estava explicitada no texto constitucional.

Contudo, é interessante destacar que as ADIs fazem menção à autodeterminação informativa, conceito introduzido ao ordenamento brasileiro pela LGPD.

Em surpreendente julgamento, o STF decide pela impossibilidade de compartilhamento dos dados requeridos, reconhecendo a violação de dispositivos constitucionais relativos à liberdade, privacidade e ao livre desenvolvimento da personalidade.

A Ministra Rosa Weber, não obstante, reconhece pelo conceito de dados e fundamentos da LGPD que qualquer fragmento de informação relacionado a pessoa identificável tem influência na vida de seus titulares e aqueles equiparados, sujeitando-se, portanto, ao crivo constitucional, nos seguintes termos:

Da leitura do trecho citado, aparentemente, a interpretação constitucional conferida foi a de que qualquer dado que leve à identificação de uma pessoa pode ser usado para a formação de perfis informacionais de grande valia para o mercado e para o Estado e, portanto, merece proteção constitucional. Nesse sentido, tem-se maior flexibilidade e abertura dessa tutela constitucional, podendo-se aplicar tal direito fundamental a uma multiplicidade de casos envolvendo a coleta, o processamento ou a transmissão de dados pessoais, em razão de não se ter um conteúdo fixo de garantia, nem limitá-lo apenas às informações pertencentes à esfera privada.²¹⁶

Estendeu-se, portanto, a tutela constitucional para além de dados relacionados à vida íntima ou que prejudiquem diretamente o seu titular. Ao reconhecer que “não existem dados irrelevantes” para a análise constitucional, o conceito próprio da proteção de dados foi elevado ao *status* de direito fundamental ao lado da privacidade, diferenciando-se dela. Em uma visão hermenêutica, a Ministra Rosa Weber destaca:

Não se subestima a gravidade do cenário de urgência decorrente da crise sanitária nem a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento. O seu combate, todavia, não pode legitimar o atropelo de garantias fundamentais consagradas na constituição.²¹⁷

Nesta linha, os votos dos ministros, que expuseram situações nas quais o uso indevido dos dados de uma gama de titulares prejudicou imensamente toda a sociedade, em especial o escândalo da *Cambridge Analytica*, demonstrou que é necessário não somente a vedação à circulação de certas informações, mas também a regulamentação das informações que são circuladas, conferindo segurança aos mais variados tipos de tratamento.

Declarado o caráter de garantia fundamental da proteção de dados, restou evidenciado um debate hermenêutico acerca do direito à proteção de dados e à saúde, sendo certo que é papel do Estado assegurar ambos. Contudo, como evidenciado pelos votos dos ministros, a

²¹⁶ FONSECA, Gabriel Campos Soares... [et al]. **Supremo Tribunal Federal e a Proteção Constitucional dos Dados Pessoais: Rumo a um Direito Fundamental Autônomo.** In: DONEDA, Danilo ... [et al.]. Tratado de Proteção de Dados Pessoais. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 65.

²¹⁷ STF. ADIn 6393 MC-Ref, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2020, publicado em 12/11/2020.

suposta perseguição do bem comum não é excludente para a observância dos parâmetros legais, sendo a medida ineficaz e inconstitucional quando se sobrepuser de maneira arbitrária às demais garantias.

A decisão observa, nesse sentido, a crescente relevância dos dados no contexto atual, que requer, igualmente, o avanço nas formas de garantia da dignidade humana, conquanto segue:

Para possibilitar a resposta adequada aos desafios sociais atuais, é fundamental que se reconstruam e se reinterpretem direitos e garantias fundamentais a ponto de compreender, incorporar e solucionar novos desafios, dilemas e problemas enfrentados pelo ser humano na era da informação. Esse desafio apresenta-se de forma ainda mais urgente no âmbito constitucional. Afinal, a vitalidade e a continuidade da Constituição dependem de sua capacidade em se adaptar às transformações sociais e históricas, protegendo os direitos e as liberdades dos cidadãos em face de novas formas de restrição e de novos atores de poder.²¹⁸

Destarte, a decisão representa um importante passo à proteção constitucional da proteção de dados, sendo reconhecida, neste momento, enquanto direito fundamental em razão de sua direta relação com o princípio da dignidade sem o intermédio da privacidade. Observa-se, neste sentido, que o STF utilizou as bases próprias do regime da proteção de dados brasileiro que, até o momento, não tinha seu *status* constitucional diretamente reconhecido.

Em síntese, o STF reconheceu que a circulação de dados é fundamental para a sociedade, afirmando, inclusive, a importância do referido censo em discussão. Contudo, sequer a mais nobre das finalidades pode ser legitimada por meios inadequados de execução, não sendo possível sopesar benefícios quando o risco é a própria dignidade humana.

Assim, a necessidade de observância dos princípios próprios à proteção de dados passou a ser obrigatória no tratamento de dados antes mesmo da entrada em vigor da LGPD, em razão de seu caráter de direito fundamental.

FONSECA, Gabriel Campos Soares; *et al.* Supremo Tribunal Federal e a Proteção Constitucional dos Dados Pessoais: Rumo a um Direito Fundamental Autônomo. *In:* DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais:** Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 70.

CONCLUSÃO

Diante do todo exposto, conclui-se que a proteção de dados figura hoje como um uma importante forma de proteção da personalidade, tendo como consequência última a salvaguarda da dignidade humana.

Considerando sua centralidade para a tutela da individualidade, foi corretamente inserida pelo legislador no campo dos direitos da personalidade, conjunto de direitos inatos e indisponíveis, resguardando-a da utilização mercantil que determinados setores da sociedade almejam.

Diferenciando-se da privacidade, da qual por muito tempo foi associada, o direito à proteção de dados apresenta um conceito dinâmico que permite a circulação de dados a partir da autodeterminação informativa. Ou seja, do empoderamento do titular de dados para definir se haverá tratamento de dados, em que circunstâncias e limites.

Sua expressa elevação a direito fundamental representou um importante passo para a sua proteção não somente em relação ao Estado, mas também aos particulares, em virtude da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Compreendendo que os particulares também podem dar causa a graves violações à dignidade humana, a eficácia dos direitos fundamentais vincula indivíduos à observância das prerrogativas constitucionalmente garantidas, em uma abrangência mais ampla do que a lei pode permitir.

Torna-se imperativo, assim, que o tratamento de dados seja realizado em atenção ao princípio da dignidade humana, acima de qualquer regramento legal.

Isto se torna especialmente necessário no contexto atual, no qual o mercado debruça-se sobre a negociação de dados pessoais, investindo no rentável modelo de predição e manipulação comportamental viabilizado pelas novas tecnologias como a Inteligência Artificial e o *Big Data*.

Emerge, então, o capitalismo de vigilância, ideologia mercadológica voltada para a intensificação da coleta e processamento de dados com o objetivo de classificação e manipulação de indivíduos com base em suas informações pessoais. Neste modelo, pessoas tornam-se instrumentos para finalidades de terceiros.

Este modelo de mercado, que utiliza a personalidade humana como matéria prima para a geração de lucro, vem provocando danos imensuráveis para a sociedade como um todo, enquanto privilegia uma pequena classe abastada.

Legitimado por uma lógica utilitarista, que utiliza os avanços para sociedade como justificativa para suas ações, o capitalismo de vigilância entra em um embate com princípios diametralmente opostos: os direitos fundamentais, alicerçados no ideal da dignidade humana, que considera o valor do ser humano enquanto fim em si mesmo.

Por tais razões, compreende-se a nova lógica capitalista como incompatível com os valores jurídicos vigentes. A eficácia horizontal do direito à proteção de dados orienta a atuação dos particulares em direção diametralmente oposta à almejada pelos capitalistas vigilantes.

Desta sorte, é necessária a mudança de paradigma de atuação do capital sobre a individualidade, seja por autorregulação ou por coação estatal, sob pena de ver erodido este importante direito da personalidade, a personalidade em si, a individualidade e a coletividade. Em última escala, a negligência do direito à proteção de dados compromete o próprio Estado Democrático de Direito.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo, Saraiva Educação: 2018.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. 2. edição, São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasil: Congresso Nacional, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados. Brasil: Congresso Nacional, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6387**. Rel. Min. Rosa Weber, Decisão Monocrática, j. 24.04.2020, DJE 28.04.2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Novo manual de direito comercial: direito de empresa**. 32. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.

COLOMBO, Cristiano. Comentário ao Art. 2º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *In:* MARTINS, Guilherme Magalhães; *et al* (Coord.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quórum, 2018.

DE CARVALHO, Alexander Perazo Nunes; LIMA, Renata Albuquerque. A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 13, n. 17, p.11-23, jan./dez. 2015.

DE SOUZA, Ramon. São necessárias 191 páginas para listar tudo o que o Spotify coleta sobre você. **The Hack**. 2022. Disponível em: <https://thehack.com.br/sao-necessarias-191-paginas-para-listar-tudo-o-que-o-spotify-coleta-sobre-voce/>. Acesso em 01/11/2022.

DONEDA, Danilo; *et al*. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ENTENDA o escândalo de uso político de dados que derrubou o valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades. **G1**, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml>

FONSECA, Gabriel Campos Soares; *et al*. Supremo Tribunal Federal e a Proteção Constitucional dos Dados Pessoais: Rumo a um Direito Fundamental Autônomo. *In:* DONEDA, Danilo; *et al*. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade - coordenadas fundamentais. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, v. 7, n. 4, p. 37-50, 1993. Tradução. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista4/revista4%20R%20LIMONGI%20FRANCA%20Direitos%20da%20Personalidade%20%E2%80%93%20Coordenadas%20fundamentais.pdf>. Acesso em: 22 out. 2022.

FRAZÃO, Ana. Objetivos e Alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVIA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

FRAZÃO, Ana. Programas de *compliance* e critérios de responsabilidade de pessoas jurídicas por ilícitos administrativos. *In*: ROSSETI, Maristela Abla; PITA, Andre Grunspun. **Governança corporativa: avanços e retrocessos**. São Paulo, Quartier Latin, 2007.

GONÇALVES, André Luiz Dias. Apple Watch salva usuária que 'não percebeu' ataque cardíaco. **Tecnoblog**. 2021. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/produto/220498-apple-watch-salva-usuaria-nao-percebeu-ataque-cardiaco.htm>. Acesso em: 15/11/2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. v. 1. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

HAN, Byung-Chul. **No enxame: perspectivas do digital**. Petrópolis: Vozes, 2018.

FRIEDMAN, Lawrence. **The Republic of Choice: Law, Authority and Culture**. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

LEMOS, Ronaldo; BRANCO, Sérgio. *Privacy by Design: conceito, fundamentos e aplicabilidade na LGPD*. *In*: DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

LUIZ, Gabriel. CPF em troca de desconto: MP investiga venda de dados de clientes por farmácias. **G1**. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/cpf-em-troca-de-desconto-mp-investiga-venda-de-dados-de-clientes-por-farmacias.ghtml>. Acesso em 16/11/2022

MAIA, Roberta Mauro Medina. A titularidade de dados pessoais prevista no art. 17 da LGPD: direito real ou pessoal? *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVIA, Milena Donato

(Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

MARQUES, Fernanda Mascarenhas; AQUINO, Theófilo Miguel. O regime de transferência internacional de dados da LGPD: delineando as opções regulatórias em jogo. *In*: DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARTINS, Guilherme Magalhães. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018) e a sua principiologia. **Revista dos Tribunais**, v. 1027, ano 110, pp. 203-243, São Paulo, maio, 2021.

MARTINS, Guilherme Magalhães; FORTES, Pedro Rubim Borges; OLIVEIRA, Pedro Farias. Digital Geodiscrimination: How Algorithms May Discriminate Based on Consumers Geographical Location. **Droit et Société**, n. 107, pp. 145-166, 2021.

MEDON, Filipe. Decisões automatizadas: o necessário diálogo entre a Inteligência Artificial e a proteção de dados pessoais para a tutela de direitos fundamentais. *In*: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo (Coord.). **O Direito Civil na era da inteligência artificial**. 1. edição. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

MEGAVAZAMENTO de dados de 223 milhões de brasileiros: o que se sabe e o que falta saber. **G1**, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/01/28/vazamento-de-dados-de-223-milhoes-de-brasileiros-o-que-se-sabe-e-o-que-falta-saber.ghtml>

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela; FUJIMOTO, Mônica Tiemy. Discriminação Algorítmica à Luz da Lei Geral de Proteção de Dados. *In*: DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MENDES, Laura Schertel. Proteção de Dados Para Além do Consentimento. *In*: DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MENON, Isabella. Entenda como TikTok fisga cérebro de usuários com vídeoscurtos. **Folha de São Paulo**. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/04/entenda-como-tiktok-fisga-cerebro-de-usuarios-com-videos-curtos.shtml>. Acesso em: 02/11/2022.

MIRAGEM, Bruno; MADALENA, Juliano. Comentário ao Capítulo II – Do Tratamento de Dados Pessoais da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *In*: MARTINS, Guilherme Magalhães; *et al* (Coord.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. 1. ed. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020.

OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. **Direito Civil: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

POMIN, Andryelle Vanessa Camilo; BUENO, João Bruno Dacome; FRACALOSSO, William. **Teoria geral dos direitos da personalidade**. Maringá: Vivens, 2012.

RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: a Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUARO, Regina Linden; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O direito fundamental à proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro: uma análise acerca de hipóteses de tratamento e da obrigatoriedade do consentimento livre, esclarecido e informado sob o enfoque da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) - Lei 13.709/2018. *In*: DONEDA, Danilo; *et al.* **Da**

Privacidade à Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SANTOS, Cifuentes. **Elementos de derecho civil:** Parte general. Buenos Aires: Astrea, 1988

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos Constitucionais: O Direito Fundamental à Proteção de Dados. *In:* DONEDA, Danilo; *et al.* **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais:** Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SOLOVE, Daniel. **Understanding Privacy.** 1. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de Souza. Segurança e Sigilo dos Dados Pessoais: primeiras impressões à luz da Lei 13.709/2018. *In:* TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVIA, Milena Donato (coordenadores). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. *In:* TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVIA, Milena Donato (coordenadores). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; MULHOLLAND, Caitlin. A utilização econômica de rastreadores e identificadores *on-line* de dados pessoais. *In:* TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVIA, Milena Donato (coordenadores). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

VERONESE, Alexandre. Os direitos de explicação e de oposição diante de decisões. *In:* TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVIA, Milena Donato (coordenadores). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

VASCONCELOS, Beto; PAULA, Felipe de. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados: origem, avanços e pontos críticos à luz das mudanças recentes. *In:* TEPEDINO, Gustavo;

FRAZÃO, Ana; OLIVIA, Milena Donato (coordenadores). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

WARBURTON, Nigel. **Elementos Básicos da Filosofia**. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2007.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na fronteira do poder**. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.