

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DA PESSOA
NATURAL NA INTERNET À LUZ DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA
PRIVACIDADE**

LUCAS RAMOS KRAUSE DOS SANTOS ROCHA

**RIO DE JANEIRO
2017, PRIMEIRO SEMESTRE**

LUCAS RAMOS KRAUSE DOS SANTOS ROCHA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DA PESSOA
NATURAL NA INTERNET À LUZ DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA
PRIVACIDADE**

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 Doutor Flávio Alves Martins.

**RIO DE JANEIRO
2017, PRIMEIRO SEMESTRE**

R672d Rocha, Lucas Ramos Krause dos Santos
O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS
PESSOAIS DA PESSOA NATURAL NA INTERNET À LUZ DA
GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRIVACIDADE / Lucas
Ramos Krause dos Santos Rocha. -- Rio de Janeiro, 2017.
59 f.

Orientador: Flávio Alves Martins.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Dados Pessoais. 2. Privacidade. 3. Direito
Fundamental. 4. Sociedade de Informação e Vigilância. 5.
Bancos de Dados. I. Martins, Flávio Alves, orient. II. Título.

CDD 340.0285

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

LUCAS RAMOS KRAUSE DOS SANTOS ROCHA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DA PESSOA
NATURAL NA INTERNET À LUZ DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA
PRIVACIDADE**

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 Doutor Flávio Alves Martins.

Data da aprovação _____ / _____ / _____

BANCA EXAMINADORA:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO
2017, PRIMEIRO SEMESTRE**

RESUMO

O presente trabalho busca realizar uma análise crítica a respeito da proteção de dados pessoais da pessoa natural na internet à luz da garantia constitucional da privacidade, visto que é temática afeta a grande parte da população brasileira e também global. Busca-se especificar como tal tema se enquadra no conceito de um direito fundamental, como se relaciona com a privacidade e seus institutos correlatos, além de destacar o tratamento dado pelo sistema jurídico nacional ao conteúdo.

Palavras-chave: Dados Pessoais. Privacidade. Direito Fundamental. Sociedade de Informação e Vigilância. Bancos de Dados.

ABSTRACT

The present work seeks to perform a critical analysis regarding the protection of the personal data of the natural person on the internet with the constitutional guarantee of privacy, since this theme affects a great part of the Brazilian population as well as global. It seeks to specify how this theme fits into the concept of a fundamental right, how it relates to privacy and its related institutes, and in addition highlights the treatment given by the national legal system to the content.

Key-words: Personal Data. Privacy. Fundamental Rights. Society of Information and Surveillance. Databases.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 CONCEITO-BASE DE DIREITO FUNDAMENTAL	11
1.1 PRINCÍPIOS QUE JUSTIFICAM A SUA EXISTÊNCIA	13
1.1.1 Dignidade Humana	14
1.1.2 Estado de Direito	16
1.2 CARACTERÍSTICAS BÁSICAS	21
1.2.1 Historicidade	22
1.2.2 Relatividade	22
1.2.3 Imprescritibilidade	23
1.2.4 Inalienabilidade	23
1.2.5 Irrenunciabilidade	24
1.2.6 Indivisibilidade	24
1.2.7 Conflituosidade	25
1.2.8 Aplicabilidade imediata	25
1.2.9 Eficácia vertical e horizontal	25
2 ANÁLISE ACERCA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL À PRIVACIDADE	27
2.1 SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO E VIGILÂNCIA	37
2.2 BANCOS DE DADOS	39
3 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DA PESSOA NATURAL NA INTERNET ...	41
3.1 TITULARIDADE DA PESSOA NATURAL	41
3.2 DADOS PESSOAIS	48
3.2.1 Princípios norteadores	50
3.2.2 Proteção no sistema jurídico brasileiro	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

INTRODUÇÃO

Com o advento da popularização da internet, atualmente acessível à grande parcela da população brasileira, seja por meio de computadores ou smartphones, os dados pessoais tornaram-se alvo de fácil e cotidiano armazenamento e manipulação pelos grandes provedores de aplicação. Surge o debate, portanto, acerca de como tais informações deveriam ser utilizadas e onde se enquadrariam dentro das categorias dos direitos assegurados pelo sistema jurídico vigente.

O que se vislumbra, a partir do desenvolvimento de tecnologias de armazenamento em massa, é o surgimento de um mercado que tem como produto básico as informações dos seus usuários. Criam-se, desta forma, colossais bancos de dados que são mercantilizados para os mais diversos fins, alguns deles positivos, outros, negativos.

Neste trabalho busca-se, como objetivo geral, impulsionar a atual discussão existente sobre o caráter fundamental da proteção dos dados pessoais da pessoa natural na internet, sempre dialogando com a garantia constitucional à privacidade. O tema requer um estudo aprofundado, no qual se evidencie a evolução histórica e o entendimento doutrinário da disciplina, visto que não houve, até o presente momento, grande desenvolvimento do debate.

No que tange os objetivos específicos buscados nesta monografia, tem-se: a conceituação de um direito fundamental, de maneira que se possa compreender como os dados pessoais se enquadram ou não nesta categoria de direitos; a análise acerca da garantia constitucional à privacidade, pormenorizada para identificar de que forma o objeto deste trabalho se relaciona com tal temática; e o detalhamento a respeito do instituto da proteção de dados pessoais da pessoa natural, visto que não é debatido com frequência pela sociedade jurídica.

No que concerne o método utilizado para o desenvolvimento deste trabalho, optou-se pelo hipotético-dedutivo, além da pesquisa doutrinária. Escolheu-se, como técnica de pesquisa a Documentação Indireta, tanto o seu ramo documental, com aquilo que está consolidado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no Código Civil de 2002 e no Marco Civil da Internet de 2014, quanto o seu ramo de pesquisa bibliográfica, por meio de livros, artigos e periódicos publicados de maneira física ou virtual.

O primeiro capítulo abordará especificamente a temática dos direitos fundamentais, perpassando pelos elementos que compõem suas características básicas e os princípios que justificam a sua existência. De maneira contínua, no segundo capítulo, será dada atenção própria à garantia constitucional à privacidade, bem como aos componentes que orbitam ao seu redor na sociedade atual, quais sejam, a Sociedade de Vigilância e Informação e os Bancos de Dados. Ao final, será exposto o instituto da proteção dos dados pessoais da pessoa natural na internet, os princípios que norteiam seu desenvolvimento e como é realizado o seu tratamento no sistema jurídico brasileiro.

1 CONCEITO-BASE DE DIREITO FUNDAMENTAL

Demonstra-se inevitável discorrer neste primeiro momento, mesmo que brevemente, acerca da evolução do constitucionalismo para que se consiga alcançar um conceito concreto de “direito fundamental”. Conforme leciona João Trindade Cavalcante Filho (2010)¹, o surgimento do movimento constitucional como instrumento de limitação do poder estatal é extremamente discutido pela doutrina, sendo defendido pela corrente tradicional que o grande marco deste movimento foi a *Magna Charta Libertatum*, ratificada pelo rei João Sem-Terra, no ano de 1215 (porém tornada definitiva somente em 1225), na Inglaterra.

Em outra análise, José Afonso da Silva (2014)² traz em seus ensinamentos que o marco supramencionado, bem como a Petição de Direitos de 1628 e a Declaração de Direitos de 1688, não passaram de cartas e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais. Isto porque não se tratava de declarações de direito no sentido moderno, estas, só emergiram com as Revoluções Americana e Francesa, a partir do século XVIII.

O autor acima citado destaca que, dentre os documentos alhures, o mais importante é a *Bill of Rights* (Declaração de Direitos de 1688), visto que, ao impor a abdicação ao rei Jaime II e ao designar novos sucessores que aceitariam as condições impostas pela declaração, restaria por concretizada a supremacia do Parlamento.

Nas palavras do literato supracitado “surge, para a Inglaterra, a monarquia constitucional, submetida à soberania popular (superada a realeza de direito divino) que teve em Locke seu principal teórico”³ (SILVA, 2014, p. 155). Ressalte-se que tal conjunto de acontecimentos influenciou de maneira incalculável as ideologias que fomentaram, nos séculos XVIII e XIX, a instituição das democracias liberais do mundo ocidental.

Essa luta pela repressão das arbitrariedades estatais caminhou no passar dos séculos para um constitucionalismo contemporâneo, no qual não somente se discute os direitos positivos e negativos, mas também coletivos e difusos, sempre tendo

¹ CAVALCANTE FILHO, J. T. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade_teor_ia_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Data de acesso: 18/03/17.

² DA SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. v. 1. p. 153.

³ Idem, p. 155.

como pilar de base a proteção dos direitos fundamentais.

Denota-se que, apesar da magnitude revolucionária que tiveram as cartas e declarações de direitos mencionadas anteriormente, verificou-se que para alcançar a eficácia real de tais garantias seria necessário a positivação destas nos textos constitucionais. Desta forma, passariam a conter mais força e mecanismos de efetivação.

Neste momento, merece destaque, em uma breve exposição, a análise da positivação dos direitos e garantias fundamentais nas Constituições Brasileiras. Nos termos de José Afonso da Silva (2014)⁴, temos que, considerando primeiramente a Carta Maior Imperial de 1824, desde então se consagravam os direitos individuais quase que integralmente, havendo poucas modificações e inovações, excetuando-se somente no que tange à CRFB/1988, vejamos:

Ela, contudo, não trazia a rubrica *Declaração de Direitos*; continha um título sob rubrica confusa *Das Disposições Gerais, e Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros*, com disposições sobre a aplicação da Constituição, sua reforma, natureza de suas normas e o artigo 179, com 35 incisos, dedicados aos direitos e garantias individuais especialmente. (SILVA, 2014, p. 172).

Destaca José Afonso da Silva (2014)⁵ que, com o advento da Constituição de 1891, houve a expressa proteção dos direitos à liberdade, segurança e propriedade não só a brasileiros, mas também a estrangeiros residentes no país. As constituições que se seguiram possuíam um título especial para declarar direitos, onde não mais se sustentavam apenas garantias individuais, mas também as concernentes à nacionalidade e aos direitos políticos (com exceção da Carta Magna Ditatorial de 1937).

No que concerne a Constituição Federal de 1988, dita cidadã, há uma verdadeira mudança com relação aos direitos fundamentais, tanto estrutural, quanto material. Estrutural porque possui um título exclusivamente para tratar dos Direitos e Garantias Fundamentais, com diversos capítulos esmiuçando os menores detalhes de tais preceitos (trazidos, inclusive, em seu preâmbulo); e material, visto que trata-se de uma Carta promulgada imediatamente após um período militar-ditatorial, no qual direitos e garantias fundamentais foram rasgados como páginas em branco.

De acordo com José Afonso da Silva (2014)⁶, a despeito das diversas nomenclaturas que a expressão tema deste capítulo possa ser reconhecida por, a

⁴ Idem, p. 172.

⁵ Idem, p. 173.

⁶ Idem, p. 180.

forma mais adequada de nomeá-la é *direitos fundamentais do homem*. Isto porque abarca a concepção de mundo e ideologia política vigentes, bem como todos os conceitos que abrangem uma vivência digna, livre e igual. Menciona concomitantemente que tal terminologia ressalta o fato de tratarem-se de garantias e prerrogativas direcionadas a todas as pessoas indistintamente, de forma que sem ela a própria vida não seria suportável.

1.1 PRINCÍPIOS QUE JUSTIFICAM A SUA EXISTÊNCIA

No que tange o surgimento dos direitos fundamentais do homem, há na doutrina uma massiva discussão sobre as possíveis fontes. Debruçam-se os historiadores, não somente sobre as questões pontualmente relativas às datas dos marcos, mas, sobretudo, naqueles fatores que materialmente convergiram para influenciar a gênese do instituto telado.

Dentre esses fatores, merece destaque a pauta “dos princípios”, a qual receberá, neste momento, uma breve análise de maneira que seja possível entender plenamente o que são, para que servem e como efetivamente atuaram no advento dos direitos citados no parágrafo anterior. Há que se ressaltar, contudo, que não se aprofundará o autor desta monografia na diferenciação entre regras, normas e princípios, haja vista que evadir-se-ia do escopo proposto para apresentação desta matéria.

Preleciona José Afonso da Silva (2014)⁷ que a própria nomenclatura escolhida (princípios) é desacertada, isto porque, nos termos dos usos culto e padrão da língua portuguesa, o significado basilar remete a início/começo, enquanto que, na realidade, o que se almeja é um sentido de mandamento/ordenação nuclear de um sistema.

Com relação à organização e distribuição dos princípios na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o doutrinador supramencionado⁸ destaca que: no artigo 1º encontram-se aqueles que contornam a existência, forma, estrutura e tipo de Estado; no artigo 1º e 2º aqueles que permeiam a forma de governo e organização de poderes; no artigo 3º, I, os referentes à organização da sociedade; no parágrafo único do artigo 1º aqueles que tangem o regime político; no artigo 3º, II, III e IV, os atinentes à prestação positiva do Estado; e, por fim, aqueles atinentes à

⁷ Idem, p. 93.

⁸ Idem, p. 96.

comunidade internacional encontram-se no artigo 4º.

Tais elementos citados acima são considerados princípios constitucionais fundamentais, isto porque se encontram positivados na CRFB/1988, todavia há que se falar também nos princípios gerais do Direito Constitucional, quais sejam, aqueles que permeiam a teoria geral do Direito, que envolvem tanto conceitos gerais, quanto abstratos.

A Carta Magna brasileira de 1988 insere o Brasil em um Estado Democrático de Direito, cuja tomada de decisões baseia-se na escolha popular, no entanto, sempre respeitados os direitos e interesses das minorias. Tal estruturação constantemente estará permeada pela hierarquia das normas e direitos fundamentais, que por sua vez, sempre estarão orientados pelos mandamentos nucleares do sistema constitucional, os princípios.

O dito império da lei é a característica mais marcante do tipo de Estado supracitado, visto que o Judiciário regulará a limitação da atuação dos demais Poderes e particulares sempre tendo como linha de base aquilo que estiver positivado na legislação. Esta, que por sua vez, sempre estará permeada e de acordo com o que definem os princípios fundamentais expressos ou não na Carta Constitucional.

Imprescindível para a melhor compreensão da temática é ressaltar os fundamentos filosófico-jurídicos que permeiam a noção do tema. João Trindade Cavalcante Filho (2010)⁹ debruça-se no assunto e traz dois elementos basilares: Dignidade Humana e Estado de Direito.

1.1.1 Dignidade Humana

O primeiro deles caracterizado por ser um conceito aberto, sem definição exata, fixa ou limitada, permitindo que sempre se desenvolva da forma mais benéfica a ideia de qualidade digna de vida. Sobressalta-se que todas as pessoas são sujeitos ativos desses direitos, ou seja, estão na qualidade de requererem que sejam efetivados. Trata-se de garantir os meios mínimos para a sobrevivência a todos (v.g. educação, saúde, segurança etc.).

Merece destaque, para a melhor compreensão do tema desta monografia, a

⁹ CAVALCANTE FILHO, J. T. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 2010. p. 4. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade_teor_ia_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf />. Data de acesso: 18/03/17.

diferenciação entre direitos e garantias trazida por José Afonso da Silva (2014)¹⁰, na qual aponta:

[...] os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens” (SILVA, 2014, p. 415).

Trata-se, portanto, de um princípio norteador de normas, ou seja, um mandamento que deve ser seguido e observado na escrituração de novas leis, de forma que sempre haja a preservação dessa qualidade mínima para a existência saudável da vida de qualquer ser humano.

No que concerne o sujeito-alvo deste mandamento, tem-se expresso no texto constitucional, em seu artigo 5º, *caput*, que tais vantagens seriam somente aproveitadas por brasileiros (natos ou naturalizados) e estrangeiros residentes no país, enquanto que na realidade, não ocorre desta maneira. Isto porque seria desarrazoado que um estrangeiro, somente por não possuir a qualidade de residente, fosse destituído das garantias mínimas de uma vivência livre, segura e saudável.

Por conseguinte, a interpretação dada a este trecho da Constituição é realizada de forma extensiva, ou seja, recusa-se a interpretação literal, que é reduzida, para se aplicar uma de maior amplitude que resguarde as condições básicas para todas as pessoas. Conclui-se, portanto, que o princípio da Dignidade Humana tratado neste tópico não deve ser negado a qualquer indivíduo, independentemente de suas qualidades e características, a não ser que se esteja discutindo uma situação de Estado excepcional (*v.g.* casos de guerra declarada), o que não faz parte do escopo desta temática e, por essa razão, não entrará o autor em maiores detalhes.

Leciona Ingo Wolfgang Sarlet (2007)¹¹, acerca da Dignidade Humana, que tal preceito é volátil, adequável à realidade na qual se está inserido, trata-se de um conjunto de valores sociais que dificilmente pode alcançar definição una, fixa e permanente. Afirma, ainda, ser qualidade individual de cada sujeito, que abarca seus direitos e deveres fundamentais, de forma que se exija, em contrapartida, a consideração, tanto por parte do Estado, quanto da comunidade na qual se está

¹⁰ DA SILVA, J. A. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. v. 1. p. 415.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.62.

inserido.

Por fim, há que se destacar como a filosofia, fonte crítica e inspiradora da evolução do direito, apresenta a temática da Dignidade da Pessoa Humana. Para melhor ilustrar o exposto, trazemos os ensinamentos do consagrado literato Immanuel Kant (2007)¹²:

No reino dos fins tudo tem um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. (KANT, 2007, p. 77).

A partir do ensinamento alhures, compreende o autor desta monografia que a Dignidade Humana, sob o prisma da filosofia, é um preceito inafastável de qualquer ordenamento jurídico e que serve como verdadeira bússola para a futura criação de novas estipulações legais. Deve-se seguir, em vista de todo o exposto neste tópico, o conceito que mais se adequa à realidade inserida, todavia, sempre preferindo a definição que mais resguarde o sujeito detentor de tal qualidade.

1.1.2 Estado de Direito

No que tange o segundo elemento, o que se tem atualmente no Brasil é um Estado Democrático de Direito. Este, limitado pelo império da lei e pela vontade dos cidadãos que elegem seus representantes (democracia semidireta), mostra-se como o mais moderno tipo de sistema estatal. Isto porque se apresenta como a união do Estado de Direito com o Estado Democrático, os quais serão especificadamente analisados a seguir.

Inicialmente, reconhecia-se o Estado de Direito como essencialmente liberal. Nos termos de José Afonso da Silva (2014)¹³, pode-se caracterizar tal Instituto com três elementos básicos, quais sejam: submissão ao império da lei; divisão de poderes; e enunciado e garantia dos direitos individuais. Ressalte-se que foi graças a essa concepção liberal, que vislumbrava os direitos do homem, que paulatinamente súditos tornaram-se cidadão livres.

¹² KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. Tradução por: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70 Lda., 2007, p. 77. Disponível em: <<https://professoredmarfilosofia.files.wordpress.com/2012/02/kante-fundamentacaodametafisicadoscostumes-trad-pauloquintela-edicoes70-120p.pdf>>. Data de acesso: 27/03/17.

¹³ DA SILVA, J. A. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. v. 1. p. 114.

O autor alhures¹⁴ destaca quanto a estes elementos que: o primeiro (império da lei) denotava um ato formalmente exposto pelo Poder legislativo; levando-se em consideração o segundo (divisão de poderes), tem-se um verdadeiro sistema de freios e contrapesos (também conhecido como *check and balance system*), no qual a essência por trás da separação é a de permitir que a convivência harmônica viabilize, ao mesmo tempo, o controle e a limitação dos poderes uns dos outros, de maneira que se evitem abusos ou arbitrariedades; no que concerne a terceira característica (enunciado e garantia dos direitos individuais), percebe-se cristalina o viés liberal deste tipo de Estado, visto que enaltece a figura individual, com ênfase na questão da propriedade.

Os ensinamentos de José Afonso da Silva (2014)¹⁵ elucidam de maneira sublime todas as ambiguidades e confusões acerca dos significados que se podem impelir às palavras “Estado” e “Direito”, resolvendo de forma simples e objetiva o problema da interpretação, senão vejamos:

[...] a expressão “Estado de Direito” pode ter tantos significados distintos como a própria palavra “Direito” e designar tantas organizações quanto as a que se aplica a palavra “Estado”. Assim, acrescenta ele, há um Estado de Direito Feudal, outro estamental, outro burguês, outro nacional, outro social, além de outros conformes com o Direito natural, com o Direito racional e com o Direito histórico. [...] Em tal caso, a tendência é adotar-se a concepção formal do Estado de Direito à maneira de Forsthoff, ou de um *Estado de Justiça*, tomada a justiça como um conceito absoluto, abstrato, idealista, espiritualista, que, no fundo, encontra sua matriz no conceito hegeliano do *Estado Ético*. (SILVA, 2014, p. 115).

Vislumbra-se imprescindível destacar a menção que o autor alhures¹⁶ faz acerca do Estado de Direito Kelseniano, no qual tanto a palavra Estado, quanto a palavra Direito se confundem. Para Hans Kelsen, como o direito se restringe a somente aquilo que está positivado, o Estado de Direito se restringiria a um Estado Legal, o que jamais pode ser concebido como verdade. Isto porque, sob o prisma deste pensamento, um Estado Ditatorial, que emanasse leis que justificassem suas medidas, passaria a ter caráter de Estado de Direito, o que evidentemente se mostraria como uma lógica paradoxal.

Com o passar do tempo, o Estado Liberal de Direito começou a apresentar falhas e os ideais burgueses, que outrora libertaram os súditos da sua situação

¹⁴ Idem, p. 115.

¹⁵ Loc. cit.

¹⁶ Idem, pp. 116-117.

análoga à escravidão, passaram a não mais satisfazer as necessidades de uma população que ansiava por igualdade. Este foi o fim da formalidade e individualidade estatal, com o intuito de emergir um Estado de Direito material, no qual a premissa maior seria proporcionar uma justiça social.

Mais uma vez dando destaque à precisa linguagem do Curso de Direito Constitucional Positivo de José Afonso da Silva (2014)¹⁷, verifica-se que o Estado Social de Direito, assim como o anteriormente explanado Estado de Direito, possui obstáculos semânticos, posto que a interpretação de sua morfologia, a depender do ponto de vista, pode divergir para inúmeras compreensões, vejamos:

[...] a palavra *social* está sujeita a várias interpretações. Todas as ideologias, com sua própria visão do *social* e do *Direito*, podem acolher uma concepção do Estado Social de Direito, menos a ideologia marxista que não confunde o social com o socialista. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, a França com a Quarta República, especialmente, e o Brasil, desde a Revolução de 30 – bem observa Paulo Bonavides – foram “Estados sociais”, o que evidencia, conclui, “que o Estado social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo”. (SILVA, 2014, pp. 117 e 118).

Expõe o autor alhures¹⁸, ao final, que há ainda aquelas Constituições (da República Federal Alemã e da Monarquia Espanhola) que trazem o termo Estado Social e Democrático de Direito. Petrificam-se juntas as palavras *Estado* e *Social*, de forma a manter a fachada de preocupação com os direitos fundamentais, enquanto seria muito mais acertado somente se reduzir a terminologia para *Estado de Direito Social*, visto que desta maneira se afastaria a tão preocupante essência socialista e se manteria a ideia da busca pela efetivação dos direitos fundamentais e da justiça social.

No que concerne o Estado Democrático, ante tudo que fora exposto nesta monografia até o presente momento, deve ser de fácil conclusão o fato de que nem sempre este está em consonância com o Estado Liberal de Direito ou o Estado Social de Direito. Como veremos adiante, a democracia parte da premissa básica de o povo participar igualmente da constituição do governo, bem como no desenvolvimento das leis, exercendo sua autodeterminação política.

A palavra democracia, a depender de qual substantivo a siga, pode ter inúmeras interpretações, todavia, aquela atinente ao presente estudo é a

¹⁷ Idem, pp. 117-118.

¹⁸ Loc. cit.

democracia política, a qual o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa define como “sistema de governo comprometido com a preservação dos direitos políticos semelhantes para todos os cidadãos, tais como a liberdade de expressão e opinião, de organização política ou de eleição dos governantes” ¹⁹ (HOUAISS, 2001, p. 935).

Mostra-se importante ressaltar que a nomenclatura Estado Democrático de Direito não é a mera junção formal dos termos Estado Democrático com Estado de Direito. Constitui-se, aqui, uma definição diversa, exposta por José Afonso da Silva (2014)²⁰, a qual tem como caracterização o ideal de exceder os atributos dos elementos em separado para transformar radicalmente em conjunto aquilo que se tem definido na sociedade como o *status quo* (definição: estado das coisas; situação em que se encontra) para um ambiente onde prevaleça o instituto da justiça social.

De certo que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 busca aplicar da melhor maneira possível os elementos presentes no Estado Democrático de Direito, seja resguardando as garantias constitucionais, seja efetivando a democracia representativa, na qual o povo detém controle da produção legislativa e dos atos de governo, mesmo que indiretamente. Dito isto, cabe citar os ensinamentos de José Afonso da Silva (2014)²¹, acerca do conceito do sistema institucional telado:

É um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir. (SILVA, 2014, p. 122).

Cabe salientar que não busca a Carta Magna de 1988 impor o socialismo no país, evidentemente. Empenha-se, na realidade, na busca da efetivação dos direitos fundamentais, do exercício da cidadania e da justiça social, de forma que se possa garantir a todos uma vivência livre, justa e solidária, conforme disposto no texto constitucional, em seus artigos 1º, 3º e 5º.

Há que se fazer, neste momento, uma breve explanação acerca da importância da criação e adaptação das leis neste sistema. Assim como no primeiro complexo institucional explanado neste tópico, qual seja, o Estado de Direito

¹⁹ HOUAISS, A; VILLAR, M. de S. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 935.

²⁰ DA SILVA, J. A. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. v. 1. p. 121.

²¹ Idem, p. 122.

clássico, no Estado Democrático de Direito também vigora o império da lei, em razão do princípio da legalidade.

Todavia, a norma não deve se restringir somente à sua qualidade puramente positiva, deve se ater ao seu impacto na realidade social. Sua capacidade de transformação e adaptação a tornam muito mais relevante, haja vista que ao mostrar-se apta a modificações políticas, socioeconômicas e culturais, consoma seu efeito integrador na sociedade e desempenha papel fundamental na democracia.

De acordo com o texto da Carta Maior de 1988, em seu artigo 3º, temos positivados aqueles que constituem os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Tendo isso em vista, em sucinta análise, será exposto a seguir os princípios e tarefa do Estado Democrático de Direito, conforme doutrina de José Afonso da Silva (2014)²²:

- Princípio da constitucionalidade: permeia a noção de que o Estado Democrático de Direito legítimo deve possuir uma constituição suprema, oriunda da aspiração dos seus cidadãos;
- Princípio democrático: respeitados os direitos políticos, o pluralismo, os direitos fundamentais, todos devem ter assegurada sua participação e representação em todos os atos de governo;
- Sistema de direitos fundamentais: devem ser resguardados constitucionalmente, expressa ou implicitamente, os direitos individuais, sociais, coletivos e difusos;
- Princípio da Justiça social: a Carta Magna deve assegurar, como fora explanado anteriormente neste tópico, que todos possuam condições mínimas, tanto no que tange o aspecto econômico da expressão (art. 170, *caput* da CRFB/1988), quanto no que tange os aspectos sociais (art. 193 da CRFB/1988);
- Princípio da igualdade: não haverá tratamento diferenciado entre os cidadãos, respeitada a igualdade material;
- Princípio da divisão dos Poderes: como exposto no art. 2º da Carta Magna, os Poderes governamentais são três (Executivo, Legislativo e Judiciário) e devem, apesar da independência entre eles, fazer o controle harmônico uns dos outros;
- Princípio da independência do juiz: elencado minuciosamente no art.

²² Idem, p. 124.

95 da Constituição Federal, corresponde às vedações e garantias para que o juiz aja com imparcialidade;

- Princípio da legalidade: há aqui a aplicação imprescindível do império da lei, para a qual todos responderão igualmente, no caso de a terem descumprido (art. 5º, II, da CRFB/1988);

- Princípio da segurança jurídica: assevera que a atuação do homem deve ser sempre respaldada legalmente, sendo vedado punir ou cobrar do cidadão algo que não previsto em lei (art. 5º, XXXVI a LXXIII da Carta Magna de 1988);

- Tarefa: superar desigualdades sociais e regionais, bem como instaurar um regime democrático que permita a efetivação de uma justiça social.

Há que se perceber, portanto, que com o passar dos anos fortaleceu-se a ideia de submissão à Constituição, caminhando-se para uma nova evolução do Estado de Direito. Nesta ocasião, o Estado Constitucional de Direito mostra-se como a forma mais segura e moderna, encontrada pelo pensamento jurídico, para se resguardar os direitos fundamentais, cujas características básicas serão analisadas adiante.

1.2 CARACTERÍSTICAS BÁSICAS

São inúmeras as condições, objetivas e subjetivas, históricas e atemporais, que contribuíram para o aflorar dos direitos fundamentais na sociedade. Como bem destaca o literato José Afonso da Silva (2014)²³, a doutrina francesa indica como inspiração para o surgimento de tais direitos o atuar precípua do pensamento cristão e da teoria dos direitos naturais, todavia explicita em sua obra que tal percepção mostra-se insuficiente e restrita ao termo *liberdades públicas*, deixando às sombras os direitos sociais.

No que tange as características propriamente ditas dos direitos fundamentais, tem-se por diversas vezes a confusão com atributos adotados pelo *jusnaturalismo*. O que se busca fazer neste momento é a precisa análise acerca das propriedades que dão destaque a aqueles direitos, pontuando para o leitor de que maneira se diferenciam do direito natural.

Vislumbra-se imprescindível ressaltar que, para o desenrolar dos pontos que virão adiante, o autor desta monografia utiliza o prisma dos ensinamentos de José

²³ Idem, p. 174.

Afonso da Silva (2014), todavia, complementa com as ilustrações propostas, pelo outrora citado, João Trindade Cavalcante Filho (2010).

1.2.1 HISTORICIDADE

No que concerne o atributo da historicidade, tem-se que os direitos fundamentais, assim como quaisquer outros, surgem, desenvolvem-se e são desvanecidos. Conforme preceitua José Afonso da Silva (2014)²⁴, desde seu surgimento na Revolução Francesa de 1789, cujo lema destacava a sensibilidade dos temas da liberdade, da igualdade e da fraternidade, tais direitos continuam evoluindo e se ampliando.

Ademais, destaca João Trindade Cavalcante Filho (2010)²⁵ que a historicidade dos direitos fundamentais se transforma a depender de qual ambiente e situação se está inserido. Neste momento, observa-se a primeira distinção ao se comparar com um direito natural, haja vista que este é considerado *inato*, não estando sujeito a alterações da sociedade desenvolvida pelo homem ou da natureza das coisas. Merece relevo, por fim, os ensinamentos de Norberto Bobbio (2004), acerca do tema: “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes”²⁶ (BOBBIO, 2004, p. 9).

1.2.2 RELATIVIDADE

Com relação à característica da relatividade, pode-se destacar que coaduna o autor deste trabalho com o entendimento de João Trindade Cavalcante Filho (2010)²⁷, no sentido de que direito algum deve ser tido como absoluto, seja ele fundamental ou não. Isto porque, até os direitos mais imprescindíveis à existência podem ser relativizados (v.g. o direito à vida no caso de sujeito acidentado que não aceita transfusão de sangue por questões de convicção religiosa), desde que respeitados os limites impostos pela Constituição.

²⁴ Idem, p. 183.

²⁵ CAVALCANTE FILHO, J. T. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 2010. p. 6. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade_teor_ia_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Data de acesso: 18/03/17.

²⁶ BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. Tradução por: Carlos Nelson Coutinho. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9.

²⁷ CAVALCANTE FILHO, J. T. Op. cit. pp. 6-7.

Outrossim, expõe José Afonso da Silva (2014)²⁸ que o simples fato de se reconhecer o caráter histórico dos direitos fundamentais é justificativa suficiente para os diferenciar dos direitos naturais que são, para a teoria, absolutos. Não obstante, ressalta crítica a Pontes de Miranda (que preconiza haver direitos absolutos e relativos), no sentido de que assumir direitos fundamentais absolutos supraestatais não seria diferente do que se propala no pensamento jusnaturalista.

1.2.3 IMPRESCRITIBILIDADE

Há que se fazer neste momento uma breve análise comparativa acerca dos institutos da prescrição e da decadência. O primeiro refere-se a uma situação em que o decurso do tempo extingue a pretensão de se exigir um determinado direito, enquanto que o segundo trata do não exercício de um direito por determinado prazo, culminando, por esta razão, no desaparecimento do próprio direito.

Leciona João Trindade Cavalcante Filho (2010)²⁹ que:

Na verdade, a expressão imprescritibilidade não é utilizada de forma muito técnica. Realmente, na Teoria Geral do Direito a perda do direito é denominada *decadência*, sendo que a prescrição é a perda da *pretensão*. Todavia, no Direito Constitucional, dizer que os direitos fundamentais são imprescritíveis significa dizer que não podem (em regra) ser perdidos pela passagem do tempo. (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 8).

Como anteriormente explanado, está convicto o autor desta obra de que os direitos fundamentais não são absolutos, portanto, diferentes dos direitos naturais. A aplicação deste pensamento no caso da imprescritibilidade vislumbra-se na existência do instituto da usucapião, por exemplo, circunstância na qual o não exercício do direito de propriedade faz com que o titular perca tal privilégio.

1.2.4 INALIENABILIDADE

No que tange o critério da inalienabilidade, convergem José Afonso da Silva (2014)³⁰ e João Trindade Cavalcante Filho (2010)³¹ na mesma linha de pensamento, qual seja, a de que alienar tem sentido de transferência de direitos e, sendo eles fundamentais, regem-se sob o princípio da vedação de tal ato. Este, salienta ainda

²⁸ DA SILVA, J. A. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. v. 1. p. 183.

²⁹ CAVALCANTE FILHO, J. T. Op. cit. p. 8.

³⁰ DA SILVA, J. A. Op. cit. p. 183.

³¹ CAVALCANTE FILHO, J. T. Op. cit. p. 8.

que há interesse da coletividade na sua preservação, por mais que seja percebido como um bem individual, isto porque possui eficácia objetiva e não meramente subjetiva (pessoal).

Sem embargo ao exposto, cabe ressaltar que se diferencia esta característica dos direitos naturais, haja vista possuir certa relatividade, ou seja, não possui caráter absoluto, comportando exceções. Experiência prática e cotidiana disso é o contrato de compra e venda, no qual aliena-se a propriedade, direito fundamental, em troca de determinado numerário.

1.2.5 IRRENUNCIABILIDADE

Com relação à característica da irrenunciabilidade, também conhecida por indisponibilidade, os literatos José Afonso da Silva (2014)³² e João Trindade Cavalcante Filho (2010)³³ observam dois aspectos. O primeiro deles que se trata da impossibilidade ou vedação relativa de se renunciar ao próprio direito fundamental, de maneira que, exceções a parte, a vontade individual não interfira nas condições mínimas para uma vida digna.

Em segundo lugar, destaca-se que possui significativa diferença quando comparado aos direitos naturais por estar apta à relativização, visto que alguns dos direitos fundamentais (v.g. direito à privacidade e intimidade) podem deixar de ser exercidos temporariamente, contanto que não se viole o princípio filosófico-jurídico da dignidade da pessoa humana. Imprescindível ressaltar que, assim como citado anteriormente na “INALIENABILIDADE”, há neste contexto a presença da eficácia objetiva, ou seja, demonstrando que se trata de um aspecto de interesse para a coletividade.

1.2.6 INDIVISIBILIDADE

Entende João Trindade Cavalcante Filho (2010)³⁴ que a interpretação dos direitos fundamentais deve ser realizada de forma sistematizada e não isolada, ou seja, a visão que se tem sobre um direito em específico jamais poderá deixar de considerar a existência dos outros, sendo, assim, indivisível. Não existe, portanto, nesse caso, uma análise simples, apenas a observação conjunta. Acrescenta ainda

³² DA SILVA, J. A. Op. cit. p. 183.

³³ CAVALCANTE FILHO, J. T. Op. cit. p. 8.

³⁴ Loc. cit.

o literato que, no caso de violações, a leitura do caso deve levar em consideração todos os elementos de maneira integrada.

1.2.7 CONFLITUOSIDADE

No que diz respeito ao atributo da conflituosidade, sabe-se que como quaisquer outros direitos, os fundamentais não estão isentos do embate jurídico, filosófico e constitucional. A forma adotada pelo Supremo Tribunal Federal para a resolução deste tipo de conflito é a mesma adotada pela jurisprudência alemã, qual seja, a aplicação do princípio da proporcionalidade, analisando-se caso a caso. Merece destaque o entendimento de João Trindade Cavalcante Filho (2010)³⁵, acerca deste aspecto:

Nesses casos de conflito, não se pode estabelecer abstratamente qual o direito que deve prevalecer: apenas analisando o caso concreto é que será possível, com base no critério da proporcionalidade (cedência recíproca), definir qual direito deve prevalecer. Mesmo assim, deve-se buscar uma solução “de consenso”, que, com base na ponderação, dê a máxima efetividade possível aos dois direitos em conflito. (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 11).

1.2.8 APLICABILIDADE IMEDIATA

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 5º, §1º, a aplicabilidade imediata para as normas definidoras de direitos fundamentais. Por outro lado, acrescenta João Trindade Cavalcante Filho (2010)³⁶ que nem sempre tais direitos virão expressos em normas cuja eficácia é plena ou contida, mas vai além, afirma que também estão abarcadas pelo texto constitucional mencionando as normas de eficácia limitada, caso no qual usa de exemplo o disposto no art. 5º, XXXII da Carta Maior.

1.2.9 EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL

Até meados do século XX, entendia a comunidade jurídica que os direitos fundamentais somente poderiam exercer seu poder garantidor quando os indivíduos estivessem frente ao poder Estatal. Naquele momento, apenas conseguiriam assumir a característica da eficácia vertical, haja vista que não se cogitava a

³⁵ Idem, p. 11.

³⁶ Idem, p. 12.

hipótese da aplicação nas relações particulares, apenas entre indivíduo e Estado. Nessa primeira situação, havia uma distinção clara dos papéis exercidos por cada um: o particular era a parte inferior da relação, tecnicamente hipossuficiente, e estaria, portanto, submetido ao poder do Estado, parte superior da relação.

Conforme leciona João Trindade Cavalcante Filho (2010)³⁷, foi na Alemanha que surgiu a teoria da eficácia horizontal (também conhecida como efeito externo), a qual defendia que os direitos fundamentais também deveriam incidir sobre as relações entre os particulares. Horizontal, portanto, em razão de, na teoria, os indivíduos estarem em situação de igualdade.

Desta forma, ante o que fora apresentado até este momento, conclui-se que o conceito de um direito fundamental é algo extremamente complexo e que detém inúmeras formas de se examinar. Em razão disto, buscou o autor do trabalho fundamentar-se em doutrinadores consolidados tanto em matéria puramente constitucional, quanto em disciplina filosófico-jurídica. Desta feita, introduzidos os diálogos mais abstratos acerca dos direitos fundamentais, iniciar-se-á o minucioso estudo da garantia constitucional à privacidade, objeto central deste estudo.

³⁷ Idem, p. 9.

2 ANÁLISE ACERCA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL À PRIVACIDADE

Este tema mostra-se bastante controverso na doutrina, naquilo que concerne a estrutura terminológica. Destaca José Afonso da Silva (2014)³⁸ que a nomenclatura é deveras imprecisa, desta forma, opta o literato, em sua obra, por abranger aquilo que tange a esfera íntima, privada e da personalidade, como direito à privacidade em sentido amplo.

De maneira a tornar o estudo mais didático, o autor supracitado desenvolve sua disciplina dividindo-a da seguinte forma: *conceito e conteúdo; intimidade; vida privada; honra e imagem das pessoas; privacidade e informática; violação à privacidade e indenização*. Neste momento do trabalho, portanto, buscar-se-á pormenorizar estes tópicos apresentados para melhor introduzir o leitor nas próximas seções deste capítulo.

Com relação ao conceito e conteúdo, já fora explanado anteriormente que possui terminologia controversa na doutrina. Todavia, como expõe José Afonso da Silva (2014)³⁹, pode-se destacar, de maneira elementar, que a privacidade abrange as informações acerca de um indivíduo, tanto no seu âmbito interno e/ou doméstico, quanto no público, além disso, abarca também condições referentes ao passado, presente e futuro. Destaca, do mesmo modo, as palavras do Juiz americano Cooly que, no ano de 1873, usou, para definir o direito à privacidade, as palavras *right to be alone*, ou seja, o direito de ser deixado sozinho.

Em tempo, cabe destacar o posicionamento de Danilo Doneda (2006), o qual afirma que a “[...] profusão de termos utilizados pela doutrina brasileira para representá-la, propriamente ou não, é considerável; além de “privacidade” propriamente dito, podem ser lembrados os termos: vida privada, intimidade, segredo, sigilo”⁴⁰ (DONEDA, 2006, p. 101). Desta forma, conclui-se que a diversidade de nomenclaturas possíveis para a representação deste conceito, tanto na língua portuguesa, quanto no âmbito internacional, justifica a dificuldade de consenso entre os juristas.

Vislumbra-se imprescindível destacar, ainda que brevemente, o contexto recente no qual emergiu a ideia de privacidade. Trata-se de uma concepção cultural, trabalhada ao longo da história pelos elementos econômicos, sociais e políticos. Nos

³⁸ DA SILVA, J. A. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. v. 1, p. 208.

³⁹ Loc. cit.

⁴⁰ DONEDA, D. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 101.

termos apresentados pelo autor supracitado “Desde o final do século XIX, as tentativas de definição e sistematização do conceito de privacidade sucederam-se velozmente, variando tanto à sua abrangência quanto em relação à opção léxica”⁴¹ (DONEDA, 2006, p. 115). Mostra-se a privacidade, portanto, como uma definição sujeita às influências da sociedade na qual estava inserida, flexibilizável, culminando na designação que possuímos atualmente.

Foi justamente com o auge dos ideais burgueses, principalmente do individualismo, que tomou aparência mais robusta a questão da privacidade. Ressalta Danilo Doneda (2006) que o “[...] desenvolvimento de uma noção de privacidade foi, por conta desta sua dinâmica, paralelo ao surgimento da própria possibilidade material de assegurá-la”⁴² (DONEDA, 2006, p. 133).

Necessário ilustrar, desta forma, qual a dimensão e importância da discussão acerca da privacidade no tempo. Apesar de no início do século XIX, quando tomou forma propriamente dita, não haver redes sociais ou bancos de dados interligados tecnologicamente e de maneira instantânea, já havia grande preocupação com a proteção de informações. Veja-se, por exemplo, o caso hipotético de uma empresa farmacêutica que desenvolve uma determinada fórmula que será largamente visada pelos concorrentes; o fato de ela não querer tornar pública a citada fórmula, permeia a noção de confidencialidade de uma informação, tão logo seu direito à privacidade.

Com o avanço dos anos, as informações passaram a ter cada vez mais agilidade na sua transferência, facilidade de acesso (público e/ou privado) e, conseqüentemente, necessidade de proteção. Imperioso destacar as lições de Danilo Doneda (2006)⁴³:

Hoje, sendo habitual o processamento massivo de informações, não se pode tratar da privacidade tendo em vista o que ela representou para outras sociedades. [...] Os sinais desta mudança são claros: basta verificar que a partir da década de 1970 o direito associou cada vez mais a privacidade com casos de informações armazenadas em bancos de dados. (DONEDA, 2006, pp. 140-141).

A privacidade, tal qual como conhecemos atualmente, não aceita uma visão superficial, a qual abrange somente o direito subjetivo e individual da pessoa. Pelo contrário, o avanço tecnológico e a complexidade da sociedade, bem como das suas formas de interação, aliadas à constante mudança, fazem com que os

⁴¹ Idem, p. 115.

⁴² Idem, p. 133.

⁴³ Idem, pp. 140-141.

desencadeamentos sejam tantos e tão diversos entre si, que talvez a inaptidão de se criar um conceito uno e abstrato, como inicialmente exposto, seja algo positivo. Leciona Danilo Doneda (2006)⁴⁴:

A privacidade assume, portanto, posição de destaque na proteção da pessoa humana, não somente tomada como escudo contra o exterior – na lógica da exclusão – mas como elemento positivo, indutor da cidadania, da própria atividade política em sentido amplo e dos direitos de liberdade de uma forma geral. Neste papel, a vemos como pressuposto de uma sociedade democrática moderna, da qual o dissenso e o anti-conformismo são componentes orgânicos. (DONEDA, 2006, p. 142).

Critica Danilo Doneda (2006)⁴⁵ o fato de, inoportunamente, muitos juristas vislumbrarem a privacidade como tão somente direito subjetivo. De acordo com o autor citado, infere-se que a tutela da privacidade deveria ser realizada pela ótica da responsabilidade civil, visto que abarca tanto o caso de violações subjetivas, quanto patrimoniais, permanecendo desta forma, o seu aspecto de liberdade negativa. Nesse sentido, destaca o literato alhures⁴⁶:

[...] (i) ela pode compreender tanto a tutela da informação fornecida quanto daquela recebida (em terminologia conhecida, o controle dos *inputs* e *outputs* de informação) por uma pessoa; (ii) ela pode ser utilizada igualmente em situações nas quais a privacidade esteja no âmago do problema, bem como em outras nas quais a privacidade seja um aspecto secundário, mas que demande igualmente uma tutela. Estaria inserida, portanto, tanto em situações patrimoniais quanto não-patrimoniais, aumentando o espectro de efetividade da tutela. (DONEDA, 2006, pp. 146-147).

No que tange o conceito e conteúdo de privacidade, conclui Danilo Doneda (2006)⁴⁷ que as informações pessoais devem ser interpretadas como elemento objetivo, enquanto que a finalidade seria a construção da esfera privada, no sentido de se desenvolver livremente os direitos da personalidade.

Inicia-se, a partir deste momento, a análise acerca da intimidade que, de acordo com José Afonso da Silva (2014), é recorrentemente confundida com o conceito de privacidade. Nos termos do referido autor “Esta é uma terminologia do direito anglo-americano (*right of privacy*), para designar aquele, mais empregada no direito dos povos latinos”⁴⁸ (SILVA, 2014, p. 208-209).

⁴⁴ Idem, p. 142.

⁴⁵ Idem, p. 144.

⁴⁶ Idem, pp. 146-147.

⁴⁷ Loc. cit.

⁴⁸ DA SILVA, J. A. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. v. 1, pp. 208-209.

Conforme leciona o literato supracitado, o direito à intimidade é previsto constitucionalmente na Carta Maior em seu artigo 5º, inciso X, situação na qual se distingue dos outros contornos da privacidade, quais sejam, vida privada, honra e imagem das pessoas. Nesta linha de pensamento, destaca o autor “Abrange, nesse sentido mais restrito, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência, o segredo profissional” ⁴⁹ (SILVA, 2014, p. 209).

Em breve análise, José Afonso da Silva (2014)⁵⁰ assera que: a inviolabilidade do domicílio é um direito fundamental do ser humano, tratando-se de uma forma de garantir a qualquer pessoa a liberdade das relações familiares e domésticas, independentemente de orientação afetiva, sem a interferência de terceiros; o sigilo da correspondência se relaciona com a temática da intimidade, no sentido de que há vislumbrado no ato da comunicação, a confiança entre os correspondentes acerca das informações projetadas, além da devida proteção à liberdade de expressão; o segredo profissional refere-se aos ofícios regulamentados que operam com dados sigilosos de pessoas (naturais ou jurídicas) e cuja publicização, em qualquer nível, violaria a esfera íntima acarretando, por consequência, em responsabilidade civil e/ou sanção penal.

Mostra-se evidente, portanto, que privacidade e intimidade não se confundem. Enquanto que o primeiro termo, com seu sentido amplo, abarca diversos conceitos distintos, o segundo se apresenta como um desses conceitos abrangidos, é espécie de um gênero maior. A fim de melhor ilustrar a situação apresentada, destaque-se o Enunciado número 404 da V Jornada de Direito Civil⁵¹ que trata da tutela da privacidade:

A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas. (V Jornada de Direito Civil, 2012, p. 69).

Asserta Danilo Doneda (2006)⁵², no que tange a vida privada, que é a faceta com caráter relacional da esfera da privacidade (não se fala aqui na teoria dos Círculos Concêntricos de Hubman), ao passo que vislumbra interações das escolhas

⁴⁹ Idem, p. 209.

⁵⁰ Loc. cit.

⁵¹ V Jornada de Direito Civil. Org. Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2012, p. 69.

⁵² DONEDA, D. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 146.

personais do sujeito com a sociedade, todavia preservando a liberdade individual, bem como o amadurecimento da personalidade.

Como bem destaca o autor supracitado “Não é fácil distinguir *vida privada* de *intimidade*”⁵³ (DONEDA, 2006, p. 146). Ambas são invioláveis nos termos da Constituição Federal, com as mesmas condições e limitações dos direitos fundamentais.

A vida privada mostra-se como, nas palavras de José Afonso da Silva (2014), “[...] esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo”⁵⁴ (SILVA, 2014, p. 210). Destaca, todavia, o autor, que a Carta Maior não expôs dessa maneira, pelo contrário, positivou definição mais ampla, como o conjunto das características que formam a maneira de ser e viver do sujeito. A fim de melhor ilustrar diferenciação tão tênue, colaciona-se abaixo a análise do literato⁵⁵, acerca da interpretação dada pela CRFB/1988:

Parte da constatação de que a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro voltado para o interior. A vida exterior, que envolve as pessoas nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. A *vida interior*, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos, é a que integra o conceito de *vida privada*, inviolável nos termos da Constituição. (SILVA, 2014, p. 210).

Desta feita, traduz o autor supracitado que a vida privada não é somente aquela referente à vivência interna/doméstica do indivíduo, seja com seus familiares ou não, excluídas as relações públicas. Na realidade, define-se como esfera íntima, na qual todas as confidências do sujeito estão repousadas e que, excepcionalmente, podem ser objeto de ato comunicativo, cujo receptor da mensagem é, por exemplo, um profissional que deverá trabalhar com tais informações pessoais.

Leciona José Afonso da Silva (2014)⁵⁶ que há duas vertentes da vida privada que são alvos de proteção da tutela constitucional. A primeira delas trata do segredo da vida privada, cujo resguardo merece destaque, visto que é condição primordial para o desenvolvimento da personalidade, sendo que as violações mais recorrentemente perpetradas são as de: divulgação (guiar informação pessoal relevante de terceiro a público); e investigação (buscar elementos passados

⁵³ Loc. cit.

⁵⁴ DA SILVA, J. A. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. v. 1, p. 210.

⁵⁵ Loc. cit.

⁵⁶ DA SILVA, J. A. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. v. 1, pp. 210-211.

relevantes para a vida pessoal do prejudicado). No que tange a liberdade da vida (segunda vertente), tem-se ênfase na sua proteção dado que contorna as questões da dignidade da pessoa humana e, portanto, sua violação acarretaria no infringimento das condições mínimas e adequadas de existência.

Conclui-se, até o presente momento, que privacidade em sentido amplo, intimidade e vida privada não se confundem, sendo os dois últimos abarcados pelo conceito do primeiro. Ademais, vislumbra-se que vida privada possui tanto uma definição doutrinária, como exposto anteriormente nos ensinamentos de José Afonso da Silva, quanto meramente positivo-constitucional, conforme ilustrado também pelo literato citado.

Ante o exposto, analisar-se-á, a partir deste instante, a temática da honra e imagem das pessoas, conforme fora proposto no início do capítulo. Assevera José Afonso da Silva (2014)⁵⁷, que os dois objetos citados não são diretamente relacionados com o direito à privacidade, mas com o direito da personalidade, como bem reputa a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X e o Código Civil de 2002 em seus artigos 11 a 21. No entanto, é pela sua vinculação indireta que o autor deste trabalho pormenorizou destaque para esta matéria.

Preleciona Flávio Tartuce (2014)⁵⁸ que os direitos da personalidade possuem características próprias, que devem ser levadas em consideração quando da explanação acerca, especificadamente, das definições de direito à honra e imagem das pessoas, senão vejamos:

[...] os direitos da personalidade são tidos como intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais e vitalícios, eis que comuns à própria existência da pessoa. Tratam-se ainda de direitos subjetivos, inerentes à pessoa (inatos), tidos como absolutos, indisponíveis, imprescritíveis e impenhoráveis. (TARTUCE, 2014, p. 93).

Ainda nos termos do autor supracitado, cabe destacar que a tutela geral da personalidade é exercida com base no artigo 12, *caput*, do Diploma Civil e envolve dois princípios norteadores, quais sejam, prevenção e reparação integral dos danos. Quanto ao primeiro, pode-se enfatizar a possibilidade de atuação, sem necessidade de provocação do magistrado, de forma a resguardar a dignidade da pessoa, matéria de ordem pública. Com relação ao segundo, tem-se que, nas palavras do literato alhures “[...] continua merecendo aplicação a Súmula 37 do STJ, do ano de

⁵⁷ DA SILVA, J. A. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. v. 1, p. 211.

⁵⁸ TARTUCE, F. Manual de direito civil: volume único. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. pp. 93-95.

1992, com a cumulação em uma mesma ação de pedido de reparação por danos materiais e morais, decorrentes do mesmo fato.”⁵⁹ (TARTUCE, 2014, p.96), ou seja, violado o direito da personalidade, pode a vítima recorrer ao Poder Judiciário em busca de compensação.

Com relação à honra, destaca José Afonso da Silva (2014) que “[...] é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação.”⁶⁰ (SILVA, 2014, p. 211). Trata o autor citado de tal direito como fundamental, incluindo-se, ainda, a possibilidade de proteção contra verdades que ofendem a dignidade da pessoa humana, isto porque, se este preceito será lesado, é melhor que a aludida verdade mantenha-se em segredo, de forma a resguardar a vida privada do sujeito (evidente, neste momento, a conexão indireta com a temática da privacidade).

Quando se fala em honra, há que se destacar a diferenciação didática entre a subjetiva e a objetiva. A primeira denota estado pessoal e, por muitas vezes, também é reconhecida como *honra interna*, isto porque trata-se do sentimento singular, como o próprio sujeito se qualifica. No que tange a segunda modalidade, tem-se a construção da reputação pessoal frente a sociedade, ou seja, como o indivíduo é enxergado por aqueles que estão à sua volta.

A título de ilustração, cabe mencionar, a partir da compreensão da obra de Flávio Tartuce (2014)⁶¹, o caso dos programas de realidade (mais conhecidos como *reality shows*). Estes, apesar de apresentarem somente a vida cotidiana dos participantes e fazerem com que os mesmos renunciem, contratualmente, a qualquer direito indenizatório relacionado a danos morais, caso prejudiquem a honra dos indivíduos, estarão sujeitos a litigar judicialmente para compensar os prejuízos causados, visto que tal direito desconsidera a renúncia contratual.

No que concerne a imagem e seus direitos conexos, conforme expõe Flávio Tartuce (2014)⁶², deve-se salientar que as proteções constitucional e legal encontram-se, mais precisamente, no artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal de 1988 e no artigo 20 do Código Civil de 2002. Merece destaque como o

⁵⁹ Idem, p. 96.

⁶⁰ DA SILVA, J. A. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. v. 1, p. 211.

⁶¹ TARTUCE, F. Op. cit. p. 94.

⁶² Idem, p. 111.

autor supracitado⁶³ resolve o problema do intrincado texto positivado no Diploma Civil de 2002:

Esclarecendo essa confusa redação, para a utilização da imagem de outrem é necessária autorização, sob pena de aplicação dos princípios da prevenção e da reparação integral dos danos. Mas essa autorização é dispensável se a pessoa interessar à ordem pública ou à administração da justiça, pelos exatos termos da lei. O enquadramento da pessoa nessas categorias depende de apreciação do magistrado, caso a caso. Nota-se, no art. 20 do CC, a presença de cláusulas gerais em relação aos conceitos de *necessárias à administração da justiça e manutenção da ordem pública*, devendo o magistrado aplicar a norma, tendo com base fatos (repercussões sociais da pessoa) e valores (da sociedade e próprios) – *teoria tridimensional do direito*. (TARTUCE, 2014, p. 111).

Vislumbra-se necessário ressaltar ainda o posicionamento de José Afonso da Silva (2014)⁶⁴, acerca da definição da tutela da imagem. Leciona o autor que a inviolabilidade deste direito traduz, basicamente, a proteção do aspecto físico do sujeito, todavia, acrescenta que há também implicações na sua moral, ou seja, no seu desejo interno de se sentir resguardado da visão crítica da sociedade.

Com o intuito de esclarecer de forma mais concreta como se aplica o direito à imagem, bem como os princípios norteadores da personalidade, nos casos de sua violação, destaca-se, a seguir, a obra de Flávio Tartuce (2014)⁶⁵, que preleciona o caso da veiculação com fins lucrativos, sem autorização:

A exemplificar, se uma empresa lança um álbum de figurinhas de um jogador de futebol, sem a devida autorização, caberá uma ação específica tanto para vedar novas veiculações quanto para retirar o material de circulação (obrigação de fazer e de não fazer). Nessa ação, caberá a fixação de multa diária, ou de uma multa única, bem como a busca e apreensão dos álbuns. Tudo isso, repita-se, de ofício pelo juiz. [...] Mais do que os danos morais, são ainda cumuláveis os danos estéticos, conforme reconhece a recente Súmula 387 do STJ, de 2009. No caso acima descrito, além da retirada dos álbuns do mercado, caberá ainda indenização por danos morais diante de sua circulação e do uso indevido de imagem. (TARTUCE, 2014, p. 96).

Em suma, pode-se concluir que o direito à imagem recebe uma vasta proteção pelo sistema jurídico, tanto da esfera constitucional, quanto da esfera legal. Restou demonstrado, cristalinamente, de que forma se aplicam aos casos concretos os princípios da prevenção e reparação integral dos danos, norteadores dos direitos da personalidade. Por fim, cabe ressaltar que, conforme explicitado anteriormente, não se trata a imagem de um direito absoluto, podendo sofrer restrições ou até mesmo disposições temporárias, desde que haja amparo legal para tanto.

⁶³ Loc. cit.

⁶⁴ DA SILVA, J. A. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. v. 1, p. 211.

⁶⁵ TARTUCE, F. Op. cit. p. 96.

Esgotado o conteúdo que tange o direito a honra e imagem das pessoas, na medida que merece destaque neste trabalho, inicia-se a partir de agora a explanação acerca da privacidade e informática, cuja compreensão mostra-se particularmente significativa, haja vista que será um prelúdio para as próximas seções deste capítulo.

Informática e ambiente doméstico nem sempre foram elementos que caminharam juntos como nos dias atuais. O avanço tecnológico, aliado ao barateamento dos produtos eletrônicos, fez com que o Brasil alcançasse a estatística vislumbrada na PNAD-2014⁶⁶ (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios), divulgada no dia 06 de abril de 2016, na qual indicava que 54,9% dos domicílios brasileiros tinham acesso à internet em 2014 e, ainda mais impressionante, que o uso dos aparelhos celulares ultrapassou o de computadores.

Compreende-se como fato notório, que dispensa maiores esclarecimentos, que os aparelhos telefônicos da atualidade, mesmo em se tratando dos mais simples, possuem acesso à internet e, além disso, mostram-se como verdadeiros computadores de bolso.

Ademais, são muitas, senão todas, as operadoras que, em propagandas, ofertam gratuidade para determinados aplicativos ou sites (em geral redes sociais). Perceba-se, não é necessário ter vastos e avançados conhecimentos investigativos para se concluir que há um verdadeiro fomento para que as pessoas utilizem plataformas virtuais e, por consequência, coloquem suas informações pessoais (inclusive aquilo que abrange o escopo da privacidade), requisito que na maioria das vezes é obrigatório para realização de cadastro, nos sites que, por esta razão, formam grandes bancos de dados.

Desta forma, o que se nota, com cada vez mais frequência e clareza, é o traçar de um perfil pessoal dos usuários de internet pelas grandes companhias detentoras dos domínios de grande acesso ou de bancos de dados intercomunicáveis. Imprescindível destacar os ensinamentos de José Afonso da Silva (2014)⁶⁷, acerca da matéria:

O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações

⁶⁶ VILLELA, F. *Celular é principal meio de acesso à internet no Brasil, mostra IBGE*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-04/celular-e-principal-meio-de-acesso-internet-na-maioria-dos-lares>>. Data de acesso: 28/04/2017.

⁶⁷ DA SILVA, J. A. Op. cit. pp. 211-212.

computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento. (SILVA, 2014, p. 211-212).

Não poderiam ser mais precisas as palavras do literato supracitado, ao demonstrar de que modo as grandes companhias, sem consentimento e sequer ciência do usuário, traçam seu perfil, desvendam sua vida e dilaceram sua privacidade. Apresenta, portanto, em sua obra, no parágrafo imediatamente posterior ao citado alhures, que a Constituição não deixou de proteger o indivíduo vítima do atentado mencionado, para isso, deu à sociedade o instrumento do *Habeas Data*, positivado no art. 5º, inciso LXXII.

Danilo Doneda (2006)⁶⁸ complementa, ainda nesta linha de raciocínio, que o remédio constitucional mencionado também possui previsão legal na Lei 9.507/97 e no Código de Defesa do Consumidor de 1990, mais precisamente em seus artigos 43 e 44. Destaca o literato⁶⁹:

Um primeiro exame revela que: (i) Trata-se de uma ação que visa a *assegurar* um direito presente em nosso ordenamento jurídico, ainda que não expresso literalmente; (ii) As duas consequências positivas possíveis da ação seriam restringir o coator a *revelar* a informação sobre o impetrante e, no caso da sua inexistência, proceder à sua *ratificação*. (DONEDA, 2006, p. 335).

Ao final, destaca o literato supracitado⁷⁰ que há grandes falhas na aplicação prática do *Habeas Data*, quais sejam, o fato de, em regra, as razões para se impetrar tal remédio constitucional passem despercebidas dos indivíduos, visto que o acesso a tais bancos de informação não costuma ser frequente e seus erros, quando aparecem, muitas vezes passam despercebidos; a obrigatoriedade de, antes de se ajuizar a ação judicial, recorrer às instâncias administrativas, o que torna o processo demasiadamente prolongado; a não aplicação de multa objetiva para o responsável pelos dados que se quer alcançar, pelas vias administrativas, quando restam frustradas; e a necessidade de advogado para recorrer ao Poder Judiciário.

No que concerne a violação à privacidade e indenização, última temática que envolve o sentido amplo da privacidade nos termos da didática proposta no início do capítulo, acredita-se que não é necessário alongar demasiadamente os comentários,

⁶⁸ DONEDA, D. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 326.

⁶⁹ Idem, p. 335.

⁷⁰ Idem, p. 337.

em razão de tal matéria encontrar-se explicada, com suficientes detalhes, ao longo do conteúdo desenvolvido até o presente momento nesta monografia.

Destarte, vislumbrou-se que a Constituição Federal de 1988, bem como as normas infraconstitucionais (Código de Defesa do Consumidor de 1990 e Lei 9.507/97, por exemplo), tentam resguardar o direito à privacidade, garantindo compensação material e moral aos prejudicados e penalidades para os violadores. Todavia, conforme verificou-se, há muitas falhas que ainda precisam ser corrigidas para que o sistema jurídico de defesa dos dados pessoais atenda seu público com a máxima efetividade.

2.1 SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO E VIGILÂNCIA

Conforme fora explanado anteriormente, caminham os países para o progresso tecnológico, cada vez de forma mais veloz e agressiva. A facilidade de intercomunicação de dados se expande na mesma proporção, senão mais vorazmente. O processo de computadorização doméstica, a nível global, avançou de maneira inimaginável, isto porque não se esperava que a interface fosse se tornar tão rapidamente *user friendly* (amigável ao usuário) e *cheap* (módica), fato este que não só levou computadores para dentro das residências do homem comum, mas também para os próprios bolsos, com o desenvolvimento da tecnologia que culminou na criação dos *smartphones* (telefones inteligentes).

Todavia, não se pode deixar que a euforia do avanço ofusque o público das particularidades que acompanham tal desenvolvimento. O sistema econômico predominante no globo é o capitalista e, obviamente, uma explosão de um novo produto que permitiria quebrar as fronteiras da comunicação, seria visado pelos seus grandes controladores, no sentido de se obter o maior rendimento a partir de tal atividade.

Vislumbra-se dessa forma, a Sociedade de Informação e Vigilância, como aquela na qual todas as informações relativas ao indivíduo estão acessíveis em alguma plataforma armazenadora de dados e, ao mesmo tempo, são constantes alvos de busca e pesquisa, por fins lucrativos ou não, acessíveis. Isto porque, muito provavelmente, encontram-se disponíveis, de maneira confidencial ou não, no mundo virtual. Tal assertiva se prova verdadeira com uma simples pergunta retórica: qual é o site que lhe permite acesso ao seu conteúdo, sem que antes seja

preenchido um cadastro com, no mínimo, nome completo, idade e sexo? A resposta tende a zero, visto que a formação de um banco de dados é especialmente importante nos dias atuais para as grandes companhias detentoras de domínios na internet.

Como bem destacam Ruaro, Rodrigues e Finger (2011)⁷¹, acerca não somente da capacidade de o indivíduo manter em confidência os seus dados pessoais, mas principalmente quanto ao controle destas informações, ressalte-se a seguinte passagem:

Não se está a afirmar, entretanto, que no âmago da privacidade não haja espaço para uma abordagem tal que possibilite um controle nestes termos. Nela, porém, o seu exacerbado cunho individualista se fazia notar muito mais do que numa discussão que se dê em termos mais amplos e coletivos, e que leva em conta a possibilidade de grupos econômicos serem capazes de controlar o exercício dos poderes baseados na disponibilização de informações. (RUARO, 2011, p. 47).

O que se percebe, com vasta clareza, é a especificação dos Mercados, fazendo com que as grandes empresas, principalmente aquelas fornecedoras de produtos e/ou serviços, utilizem-se de informações colhidas em bancos de dados para melhor atingirem o público-alvo de suas ofertas. A sede por informação é insaciável, pois assimilou-se que, quanto mais informação se tem de um determinado contingente de pessoas, melhor se pode traçar um perfil de consumidor, resultando, ao final, numa maior rentabilidade. Não é necessário se fazer extensos comentários para se entender o porquê da busca pela maior lucratividade das companhias, quando se está inserido em um sistema predominantemente capitalista.

Asseveram Ruaro, Rodrigues e Finger (2011)⁷² que no caso da Alemanha há grande aversão à supervigilância presente no âmbito privado, bem como no âmbito público, todavia, merece maior destaque a referente ao primeiro caso. Reconhece-se, portanto, que deve haver uma normatização característica para se resguardar os dados pessoais, tanto individuais, quanto coletivos, de forma que se evite a prática de abusos na esfera dos diversos ramos do direito, não se restringindo tal cenário apenas à ótica das relações civis. Todo o exposto até o presente momento, denota um grave problema oriundo da escassez de análise das implicações práticas dos dados pessoais, nesse sentido, veja-se os ensinamentos das autoras citadas:

⁷¹ RUARO, R. L.; RODRIGUES, D. P.; FINGER, B. O direito à proteção de dados pessoais e a privacidade. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 53, p. 47, 2011.

⁷² Idem, pp. 48-50.

E é nesse contexto que se percebe inevitável a análise do tema da proteção dos dados pessoais. Em uma visão prospectiva, deve haver uma preocupação estatal no sentido de fazer germinar a percepção de que, enquanto indivíduos e enquanto sociedade, diante das dimensões digitais agora existentes, viver em um grupo social democraticamente organizado tomou outro sentido, e isto inclui, em primeira linha, ter a nítida noção do que efetivamente significa hoje *divulgar* informações. Na mesma medida, é importante que haja uma proteção adequada em face de seus registros, distorções e manipulações. Esta é uma tarefa crucial na sociedade de informação, mas por demais negligenciada pelos Estados. (RUARO, 2011, p. 50).

Desta forma, como veremos adiante, os bancos de dados exercem uma função de exímia importância na sociedade de vigilância e informação, e o seu uso indevido, por mais que na maioria das vezes imperceptível ao cidadão comum, carece de uma proteção adequada e que resguarde os direitos fundamentais, principalmente no que tange a dignidade da pessoa humana.

2.2 BANCOS DE DADOS

Como já se explanou anteriormente, os dados pessoais colhidos, por maneira virtual ou não, da sociedade de informação e vigilância, encontram-se em permanente estado de perseguição, seja porque uma empresa busca melhor atingir um determinado mercado consumidor para a venda de seus produtos/serviços, seja porque um indivíduo busca saber mais sobre a confidencialidade de um terceiro. Fato é que se criou um verdadeiro mercado, cujo enfoque é tão somente a venda de informações que são armazenadas em bancos cibernéticos.

Estes bancos virtuais, popularmente conhecidos como bancos de dados, são verdadeiras fontes de armazenamento informacional, cujo objetivo mais largamente explorado é o da venda de dados individuais ou coletivos, confidenciais ou públicos, deduzidos ou não. Dentre essas informações pode-se destacar: identidade, sexo, residência, tipos de pesquisa mais frequentes e/ou recentes na internet, telefones de contato e dados financeiros. Trata-se de um verdadeiro processo de organização e sistematização, cujo resultado final dificilmente encara-se como positivo para a sociedade. Na concepção de Danilo Doneda (2011)⁷³, tem-se a seguinte definição do objeto retratado:

Bancos de dados são, em sua acepção fundamental, um conjunto de informações estruturado de acordo com uma determinada lógica – e esta lógica é sempre uma lógica utilitarista, uma lógica que procura proporcionar

⁷³ DONEDA, D. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 92, 2011.

a extração do máximo de proveito possível a partir de um conjunto de informações. Sabe-se há um bom tempo que a informação pode gerar proveito, como resulta claro ao verificar que é milenar a prática de coleta sistematizada de informações por alguma modalidade de censo populacional, instrumento de imensa serventia para governadores de qualquer época – a ponto de os registros históricos a respeito não serem poucos. [...] O que hoje a destaca de seu significado histórico é uma maior desenvoltura na sua manipulação, desde a coleta e tratamento até a comunicação da informação. [...] cresce também a variedade de formas pelas quais ela pode ser apropriada ou utilizada. (DONEDA, 2011, p. 92).

O surgimento deste novo mercado de informações, portanto, proporcionou o início de uma verdadeira corrida para abarrotar de dados pessoais os referidos bancos, de maneira que seja agregado um maior valor à sua propriedade e maior possa ser o lucro do proprietário com o fornecimento desse produto. Todavia, o que se vê com vasta clareza, no presente momento, é o infringimento das confidencialidades individuais e coletivas (direito à privacidade se apresenta de maneira extremamente vulnerabilizada), unicamente com o objetivo de tornar os bancos de dados mais completos e atrativos para seus compradores. Como veremos a seguir, a principal fonte atual para a coleta desses dados pessoais é a internet.

3 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DA PESSOA NATURAL NA INTERNET

Destacou-se, no primeiro capítulo deste trabalho, o conceito de direito fundamental, bem como os princípios que justificam a sua existência, além das características básicas que o compõe. Posteriormente, fez-se a análise acerca da garantia constitucional da privacidade com seus acessórios, quais sejam, a sociedade de informação e vigilância e os bancos de dados, cuja explanação não se podia evadir, visto que possuem vasta relevância para a compreensão do conteúdo apresentado nesta monografia.

Inicia-se neste momento, o estudo propriamente dito da proteção de dados pessoais da pessoa natural na internet. Conforme fora demonstrado anteriormente, a presente sociedade é caracterizada como *de massa*, principalmente no que tange a troca de informações e a negociação contratual. Há uma verdadeira produção em escala industrial de produtos para o consumidor e, concomitantemente, o indivíduo não se encontra em patamar de igualdade econômico-jurídico com as grandes empresas, ficando em situação de vulnerabilidade preestabelecida. Faz parte também dessa hipossuficiência técnica, a ausência de manifestação de vontade na elaboração dos contratos pela parte menos favorecida, visto que a mesma é quase sempre suprimida, por se tratarem de contratos de adesão.

As grandes empresas, inclusive, como se vislumbrou nos capítulos antecedentes, possuem diversos métodos de armazenamento de informações, que acabam por compor colossais bancos de dados, cuja finalidade se mantém obscura perante os olhos do Poder Público. Tais dados muitas vezes são comercializados, com o intuito, por exemplo, de se atingir de forma mais eficaz um público-alvo para a venda de determinado produto ou serviço. Mostra-se, portanto, elementar o desenvolvimento deste trabalho, a fim de se trazer à superfície a discussão deste tema que, apesar de presente em praticamente todas as esferas do nosso cotidiano, ainda é muito pouco tratado no Direito.

No que tange o aspecto internacional da proteção de dados da pessoa natural na internet, é fato notório que não há uma legislação que seja ratificada por todos os países do globo nesse contexto. Todavia, o que se pode verificar é a presença de inúmeras legislações de nível nacional, ou até mesmo internacional por blocos de países, que tentam, à sua maneira, proteger de violações a privacidade dos seus

respectivos cidadãos. Nesta mesma linha de raciocínio, expõe Danilo Doneda (2006)⁷⁴:

No momento, não podemos identificar normas ou tratados de âmbito global que se dirijam direta e eficazmente ao problema da proteção de dados pessoais. Temos, sim, uma série de normativas de âmbito nacional, além de instrumentos internacionais restritos a blocos de países. (DONEDA, 2006, p. 310).

Ressalta o autor supracitado⁷⁵, que há grande diversidade inclusive na forma de abordagem desta temática. Enquanto o europeu, no início da discussão, há aproximadamente quarenta anos, debateu a disciplina sob o enfoque dos direitos fundamentais, o norte-americano quis trabalhar a privacidade, no âmbito da proteção de dados pessoais, através de ajustes e vedações que partiriam da análise dos casos concretos. É extremamente necessária, portanto, na visão do literato, a elaboração de um corpo normativo harmonioso neste contexto, com o objetivo de facilitar o fluxo internacional de dados, o que se daria através da padronização dos seus contornos legislativos. Desta forma, poderia ser protegida mais eficazmente a privacidade das pessoas, bem como simplificada a regulamentação do comércio virtual.

No que concerne a tutela dos dados pessoais e seu vínculo com o consentimento dado pelo sujeito do qual as informações se referem, pode-se destacar que foram diversas as formas que os países encontraram para iniciar a efetiva proteção, no entanto, cabe maior destaque às seguintes, identificadas por Adolfo Di Majo⁷⁶ “a tutela proprietária, a tutela dos direitos da pessoa, a tutela aquiliana e a tutela das “leis de proteção” de molde germânico” (Adolfo Di Majo, 1999, pp. 225-247 *apud* DONEDA, 2006, p. 362). No entanto, destaca o literato que ao nosso estudo, somente interessam o primeiro e terceiro modelos de tutela citados.

A partir da análise da tutela proprietária, destaca Danilo Doneda (2006)⁷⁷ que este se trata do caso em que o indivíduo possui a irrestrita arbitrariedade de decidir de que maneira serão explorados ou não os seus dados pessoais. Desta forma, o

⁷⁴ DONEDA, D. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 310.

⁷⁵ Idem, pp. 312-318.

⁷⁶ Adolfo Di Majo. “Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela”, in: Vincenzo Cuffaro; Vincenzo Ricciuto; Vincenzo Zeno-Zencovich (orgs.). *Trattamento dei dati e tutela della persona*. Milano: Giuffrè, 1999, pp. 225-247 *apud* DONEDA, D. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 362.

⁷⁷ DONEDA, D. Op. cit. p. 363.

papel do Estado se consubstanciaria numa atuação paternalística, cuja efetividade se demonstraria somente nas situações em que os indivíduos agissem de maneira irracional, necessitando, por fim, da atuação do Poder Público para resguardar suas garantias mínimas, como a dignidade humana.

No que diz respeito a tutela aquiliana, destaca o literato supracitado⁷⁸ que cabe a ela a mesma crítica desenvolvida para a forma de proteção mencionada anteriormente, qual seja, o fato de se tratar de um patrimonialismo excessivo que prejudica o elemento da fundamentalidade do direito do indivíduo.

Acredita o autor deste trabalho que ambas as formas de tutela citadas são ineficazes, mas não na sua integralidade. O que se deveria vislumbrar, na realidade, era um modelo no qual houvesse limites para o consentimento do indivíduo, de modo que este pudesse dispor conscientemente, ainda que de forma temporária ou parcial de determinadas informações pessoais e, no caso de abuso ou excessos, poderia o mesmo recorrer ao resguardo estatal, de modo que se consubstanciasse a verdadeira faceta de fundamentalidade da proteção de dados pessoais na internet, visto que estariam equilibradas a liberdade de escolha individual e a garantia de resguardo das condições mínimas de qualidade de existência. Ressaltando-se, ao final, que, além de todo o exposto, deveria haver também total transparência dos bancos de dados, haja vista que, caso contrário, sequer saberia o cidadão quais das suas informações permanecem na rede mundial de computadores.

Acerca do consentimento, destaca Danilo Doneda (2006)⁷⁹:

O consentimento, nas matérias que envolvem diretamente a personalidade, assume hoje um caráter bastante específico. A evolução tecnológica é responsável por um crescimento das possibilidades de escolha que podem ter reflexos diretos para a personalidade, visto que várias configurações possíveis, referentes tanto à privacidade como à imagem, identidade pessoal, disposições sobre o próprio corpo e outras, são possíveis e dependem em alguma medida da autonomia privada⁸⁰. O consentimento ao sintetizar esta atuação da autonomia privada em um determinado momento, há de ser interpretado como o instrumento por excelência da manifestação da escolha individual, ao mesmo tempo que faz referência direta aos valores fundamentais em questão. (DONEDA, 2006, p. 371).

⁷⁸ Idem, pp. 364-365.

⁷⁹ Idem, p. 371.

⁸⁰ Ken Gormley, "One hundred years of privacy", cit., p. 1396 *apud* DONEDA, D. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 371.

Ainda nesta linha de discurso, o autor supracitado⁸¹ salienta que quando se fala no sistema atual, no qual está inserida a sociedade, o caráter que se dá ao consentimento é de fundo essencialmente patrimonialista e, aqui, existe um risco inerente à liberdade de escolha do indivíduo. É o caso da transformação dos dados pessoais em uma verdadeira comódite, ou seja, um produto cuja comercialização se dará em larga escala e em função do seu preço, oferta e demanda. O consentimento, portanto, afirma o literato, se tornará instrumento legitimador desse absurdo.

Há que se ressaltar, neste momento, ainda que brevemente, aquilo que se denomina “o mito do consentimento” e quais as suas implicações na esfera civil-constitucional dos dados pessoais. Preliminarmente, salienta Danilo Doneda (2006)⁸² que existem dois aspectos que merecem destaque acerca do consentimento, como veremos a seguir.

Na visão do autor supracitado, o primeiro deles é a questão de ser um elemento acessório, ou seja, nunca caminhará sozinho, mas em conjunto com um componente principal ao qual estará estritamente conectado. Esta é a situação na qual, na prática, o que se observa é um sujeito almejar atingir um desígnio, como por exemplo, se cadastrar na rede social Facebook e, ao exercer sua autonomia da vontade de modo a não abrir mão da confidencialidade dos seus dados pessoais, será bloqueado da possibilidade de participação/contratação em comento, sob a justificativa de que se tratava de um passo essencial para atingir a finalidade requerida. Vislumbra-se, desta forma, que nunca houve uma opção, na verdade, o que se tinha era uma falsa sensação de autodeterminação, não havendo qualquer margem para discussão, ou seja, se não fizesse da maneira proposta, não seria feito de modo algum.

Destaca o autor alhures que o segundo aspecto é a inocuidade procedimental do consentimento, quando se trata de dados pessoais. Isto se percebe principalmente nas relações de consumo virtuais, haja vista que a impessoalidade induz falsa segurança e os elementos que caracterizam o efetivo consentimento encontram-se mascarados, senão invisíveis, aos interessados, de maneira que tantas vezes o indivíduo sequer sabe que consentiu.

⁸¹ DONEDA, D. Op. cit. p. 372.

⁸² Idem, pp. 373-374.

Antes de adentrarmos precisamente na questão da titularidade da pessoa natural, no que tange a aplicação do direito fundamental à proteção de seus dados pessoais na internet, faz-se necessário destacar, conforme leciona Danilo Doneda (2006)⁸³, um último apontamento relacionado com a questão da tutela baseada no consentimento do indivíduo. Trata-se do que é conhecido por alguns autores como o paradoxo da privacidade.

O literato mencionado acima afirma que o paradoxo se demonstra quando, para que determinado sujeito tenha por efetivada a tutela de seus dados pessoais, *a priori*, precisaria ter concedido eles, ou seja, em um primeiro momento consente em revelar as suas informações, para só depois ter a possibilidade de pleitear o seu resguardo ao Poder Público, através do ordenamento jurídico.

Nesta mesma linha de pensamento, o autor supracitado dá continuidade à sua argumentação, robustecendo o diálogo com a exemplificação de dois perfis que o consentimento pode tomar, visto que se mostra como uma verdadeira ficção de direito. Por um lado, tem-se o uso deste, influenciado por aqueles que têm interesse no Mercado, como um instrumento legitimador da inserção dos dados pessoais no âmbito comercial. Enquanto que o outro perfil se caracteriza pela influência do próprio Estado em garantir ampla autodeterminação aos indivíduos, sob a justificativa de que se estaria assegurando aos cidadãos a liberdade de decidir o que fariam com seus próprios dados, enquanto que na realidade, não passaria de uma forma do Poder Público se evadir da obrigação de proteger tal direito fundamental. Acerca da discussão, se manifesta Danilo Doneda (2006)⁸⁴:

Esta reflexão sobre o papel do consentimento para o tratamento de dados pessoais é necessária para retirá-lo de uma posição na qual, escorado na tecnicidade, ele poderia neutralizar a atuação dos direitos fundamentais. Este seria o paradigma de um consenso visto como um *all-exonerating instrument*, como observado por Herbert Burkert ao aludir a numerosos contratos que contêm suas próprias cláusulas referentes ao tratamento de dados pessoais⁸⁵, que não raro fazem tábua rasa das expectativas de privacidade em relação aos dados pessoais tratados. [...] não se reduz à sua verificação nesta categoria de contratos, e é esta uma das principais razões pela qual um sistema de tutela dos dados pessoais baseado na tutela do consumidor não é a solução ideal para o problema. (DONEDA, 2006, pp. 375-376).

⁸³ Idem, pp. 374-377.

⁸⁴ Idem, pp. 375-376.

⁸⁵ Herbert Burkert. "Privacy-Data Protection – A German/European Perspective", in: *Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values*. Christoph Engel; Kenneth Keller (ed.). Baden-Baden: Nomos, 2000, pp. 61-62 *apud* DONEDA, D. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 375-376.

Desta forma, discutidos, ainda que brevemente, os contornos da proteção de dados pessoais no âmbito internacional, bem como os delineamentos teóricos acerca das tutelas proprietária e aquiliana, mito do consentimento e paradoxo da privacidade, passa-se, neste momento, para a análise de quem possui a titularidade do direito objeto deste trabalho.

3.1 TITULARIDADE DA PESSOA NATURAL

Com o intuito de propiciar um melhor e mais detalhado aprofundamento na matéria, mostra-se imperioso destacar, inicialmente, alguns dos pontos que se encontram positivados na Constituição Brasileira de 1988. Seu art. 1º, inciso III, traz como um dos fundamentos da República, constituída em Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana. O art. 3º, inciso I, por sua vez, traz à tona um dos objetivos fundamentais do país, qual seja, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. No mesmo patamar de importância para a disciplina, ressalta-se o exposto no art. 4º, inciso II, que traduz a prevalência dos direitos humanos, como princípio orientador das relações internacionais. Por último, mas sem ter menos relevância, tem-se o art. 5º, *caput*, que é o dispositivo central para a discussão da titularidade, visto que dá destaque para a igualdade e abre o título dos direitos e garantias fundamentais.

Percebe-se, portanto, que a Carta Maior de 1988 busca oferecer, em linhas gerais, condições mínimas para a existência satisfatória do ser humano. Conforme fora destacado no primeiro capítulo deste trabalho, apesar de o art. 5º, *caput*, fazer diferenciação entre estrangeiros residentes e não residentes no país, viu-se que, somente em situações muito específicas ou excepcionais, tal assertiva se faria valer no cenário nacional.

Conforme exposto de maneira exaustiva ao longo deste trabalho de monografia, a proteção dos dados pessoais da pessoa natural na internet consubstancia-se como um direito fundamental, que merece tutela do Estado e deve ser resguardada, a fim de se garantir a segurança da privacidade e da dignidade da pessoa humana, que, juntas, darão maiores possibilidades de o sujeito viver de maneira condizente com as condições mínimas de existência.

Os direitos fundamentais são universais, mas destinados a determinados tipos de sujeito, e reconhecidos dentro de um Estado, não havendo uma normatização de âmbito global que uniformize a matéria, conforme leciona João Trindade Cavalcante Filho (2010)⁸⁶. Em vista disso, não se pode falar, atualmente, em uma titularidade uniforme e de nível mundial da proteção dos dados pessoais, ainda que se faça o recorte atingindo somente as pessoas naturais.

O que pode ser afirmado, todavia, é que, no Brasil, pelo fato do instituto ser considerado direito fundamental e possuir amparo, mesmo que implícito, no texto constitucional, há a possibilidade de se pleitear judicialmente pela tutela dos dados pessoais da pessoa natural, violada no âmbito da internet. Viu-se, anteriormente, o uso do *Habeas Data* como principal instrumento de mobilização judicial.

A despeito de o foco desta monografia estar voltado para a proteção dos dados pessoais da pessoa natural, com o intuito de tornar o estudo mais completo para aqueles que porventura, venham a utilizar o que está exposto neste trabalho, far-se-á, neste instante, uma perfunctória análise da titularidade deste direito fundamental, em se tratando de pessoas jurídicas. Veja-se os ensinamentos de José Afonso da Silva (2014)⁸⁷, acerca da matéria:

[...] a pesquisa no texto constitucional mostra que vários dos direitos arrolados nos incisos do art. 5º se estendem às pessoas jurídicas, tais como o princípio da isonomia, o princípio da legalidade, o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo da correspondência e das comunicações em geral, a inviolabilidade do domicílio, a garantia do direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, assim como a proteção jurisdicional e o direito de impetrar mandado de segurança. Há até direito que é próprio de pessoa jurídica, como o direito à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos (logotipos, fantasias, p. ex.). Mas as empresas de capital estrangeiro, incluindo as multinacionais, não se beneficiam desses direitos e garantias constitucionais individuais, salvo, no que tange a marcas, nomes e signos, proteção de direito internacional. (SILVA, 2014, p. 194).

Desta feita, como as pessoas jurídicas também estão englobadas no escopo da proteção constitucional dos direitos e garantias individuais que, repise-se, não estão restritos às pessoas naturais, residentes ou não no país, deve, do mesmo

⁸⁶ CAVALCANTE FILHO, J. T. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 2010. p. 15. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade_teor_ia_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf />. Data de acesso: 17/05/17.

⁸⁷ DA SILVA, J. A. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. v. 1. p. 194.

modo, o instituto ser estendido a estas pessoas, sob a ótica da garantia constitucional à privacidade e à igualdade.

3.2 DADOS PESSOAIS

O advento tecnológico, que ocorre diariamente, senão a cada instante que se passa, traz inúmeras consequências positivas (e outras negativas) para a sociedade. A visão que se tem de mundo, atualmente, é que se vislumbra como imperioso que tudo seja feito pelo método mais veloz e barato possível. Impera a máxima do “tempo é dinheiro”. Um desses avanços, que merece destaque por se mostrar como um dos elementos centrais deste estudo é a automatização do processamento de dados pessoais.

Ante esse desenvolvimento tecnológico que culminou em uma sociedade de consumo fugaz, o processamento automático de informações se mostrou substancial para que os grandes detentores do poder de Mercado desenvolvessem técnicas cada vez mais eficazes para que não só atingissem mais precisamente o seu público-alvo, mas para que também finalizassem o processo com o êxito da venda de produtos ou prestação de serviços.

Conforme fora exposto nos capítulos anteriores, percebe-se uma verdadeira formação de colossais bancos de dados, com informações pessoais que os titulares, na maior parte das vezes, sequer sabem que se encontram armazenados nestes locais. Acima de tudo, cria-se um vasto mercado de compradores desses bancos, com o intuito de aumentar a lucratividade das suas atividades econômicas, sem levar em conta as violações à privacidade que estão abarcadas nesse tipo de comportamento, tido como no mínimo cotidiano, pelas grandes empresas que participam da sociedade capitalista.

Acerca das informações pessoais, destaca Danilo Doneda (2011)⁸⁸ que esta deve preencher requisitos para que se qualifique como tal, qual seja, se vincular objetivamente a um sujeito. No que concerne esse vínculo, assera o literato que pode a mesma se referir a características ou a atos. No primeiro caso, ilustra com os exemplos do nome civil ou domicílio, enquanto que, por outro lado, no que tange o

⁸⁸ DONEDA, D. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 93, 2011.

segundo caso, utiliza-se para a exemplificação a manifestação de opiniões e os hábitos de consumo.

Muito se discute se há ou não diferença entre as nomenclaturas *dados* e *informações*, visto que, se baseando meramente na disciplina da língua portuguesa, e não na conotação jurídica da linguagem, ambos seriam tidos por sinônimos. Todavia, explicita de forma singular, Danilo Doneda (2011)⁸⁹, a problemática do assunto, bem como sua resolução:

Em relação à utilização dos termos “dado” e “informação”, vale uma especificação. O conteúdo de ambos se sobrepõe em várias circunstâncias, o que justifica certa promiscuidade na sua utilização. Ambos os termos servem para representar um fato, determinado aspecto de uma realidade. Não obstante, cada um carrega um peso particular a ser considerado. Assim, o “dado” apresenta conotação um pouco mais primitiva e fragmentada [...] o dado estaria associado a uma espécie de “pré-informação”, anterior à interpretação e ao processo de elaboração. A informação, por sua vez, alude a algo além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição. Sem aludir ao seu significado ou conteúdo em si, na informação já se pressupõe uma fase inicial de depuração de seu conteúdo – daí que a informação carrega também um sentido instrumental, no sentido da redução de um estado de incerteza. A doutrina não raro trata estes dois termos – dado e informação – indistintamente, ou então, procede a uma diferenciação algo empírica que merece ao menos ser ressaltada. (DONEDA, 2011, p. 94).

Desta forma, o que se vislumbra é que há diferença na conotação jurídica aplicada às palavras *dados* e *informações*, mas não de maneira que a eventual troca de uma pela outra cause quaisquer danos ao que se está sendo apresentado. Excetua-se, por obviedade, o caso de um texto que especificamente queira tratar dos diferentes contornos peculiares de ambas as nomenclaturas, o que não se pretende fazer neste trabalho.

Há, por fim, no que tange à parte desta monografia que trata precisamente dos dados pessoais e de seus delineamentos particulares, que se debruçar naquilo que Danilo Doneda (2006)⁹⁰ ressalta como sendo os dados sensíveis. São eles, no entendimento do literato, uma categoria específica de dados, cuja potencialidade de uso com fins discriminatórios ou lesivos, para um indivíduo ou até mesmo para a coletividade, é maior do que a apresentada normalmente. Cita como exemplos as informações a respeito da opção sexual, credo político/religioso, histórico médico, dentre outros.

⁸⁹ Idem, p. 94.

⁹⁰ DONEDA, D. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 160-161.

O autor alhures⁹¹ destaca, ainda, que tais dados possuem um tratamento diferenciado por parte de seus possuidores, quando comparado com o tratamento conferido aos demais, razão esta que justificaria uma proteção também diferenciada, no sentido de se atribuir um maior grau de atenção, tanto legislativa, quanto judiciária. Ressaltem-se os ensinamentos do literato⁹²:

O regime adotado em relação aos dados sensíveis varia de acordo com as concepções a este respeito em cada ordenamento. Na verdade, deve-se ter em conta que a diferenciação conceitual dos dados sensíveis atende à uma necessidade de estabelecer uma área na qual a probabilidade de utilização discriminatória da informação é potencialmente maior – sem deixarmos de reconhecer que há situações onde tal consequência pode advir sem que sejam utilizados dados sensíveis, ou então que a utilização destes dados se preste a fins legítimos e lícitos. (DONEDA, 2006, p. 163).

Em suma, os dados pessoais possuem diversos contornos, que abarcam desde sua utilidade extraída da questão do advento tecnológico e da comercialização dos bancos de dados, até a análise do requisito que vincula as informações a um sujeito, bem como a pormenorização daquilo que a doutrina denomina como dados sensíveis e a diferenciação das nomenclaturas *dados* e *informações*. Todavia, para que se tenha o pleno entendimento do que são os dados pessoais, vislumbram-se tão importantes quanto os detalhes supracitados, os princípios que servem de norte para a sua interpretação e aplicação prática.

3.2.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES

A temática dos princípios, genericamente falando, já foi retratada e esmiuçada no primeiro capítulo deste trabalho. Importante recordar, contudo, a sua definição para que se possa desenvolver a disciplina referente àqueles que norteiam a proteção dos dados pessoais. São, portanto, mandamentos/ordenações nucleares de um sistema, cujo objetivo é guiar o mesmo de maneira a se atingir suas finalidades, sem prejudicar os valores considerados como imperiosos pela sociedade.

De acordo com Danilo Doneda (2011)⁹³, é possível se falar em um conjunto específico de princípios que tratam dos dados pessoais, a nível global, formando um núcleo comum e tendo como ponto de irrupção a Convenção de Strasbourg e as

⁹¹ Idem, p. 161.

⁹² Idem, p. 163.

⁹³ DONEDA, D. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 100, 2011.

Guidelines da OCDE, veja-se: *publicidade* ou *transparência*, que refere-se a obrigatoriedade de todos os bancos de dados serem públicos (através de autorização prévia, notificação de autoridade e/ou envio de relatórios/periódicos); *exatidão*, ou seja, os dados tratados devem ser corretos e mantidos atualizados; *finalidade*, que traduz a ideia de que, antes da coleta, deve ser informado ao interessado para quais finalidades se compatibilizarão os dados obtidos; *livre acesso*, o qual traz a concepção de que o interessado pode acessar o banco de dados para obtenção de cópias e realização de alterações ou até mesmo acréscimos/supressões; *segurança física e lógica*, que significa uma garantia ao interessado de que seus dados não sofrerão acesso não autorizado, seja para mera observação, seja para alterações. Conclui o autor alhures, acerca do tema, com o seguinte raciocínio:

Estes princípios, mesmo que fracionados, condensados ou adaptados, formam a espinha dorsal das diversas leis, tratados, convenções ou acordos entre privados em matéria de proteção de dados pessoais, formando o núcleo das questões com as quais o ordenamento deve se deparar ao procurar fornecer sua própria solução ao problema da proteção dos dados pessoais. A aplicação de tais princípios, no entanto, é a parte mais aparente de uma tendência rumo à constatação da autonomia da proteção de dados pessoais e à sua consideração como um direito fundamental em diversos ordenamentos. (DONEDA, 2011, p. 100).

Conforme leciona o autor supracitado⁹⁴, ao se desejar que a proteção dos dados pessoais seja considerada como direito fundamental, há que se abordar como um dos principais marcos a Convenção de Strasbourg, que no seu próprio preâmbulo traz o instituto telado ligado aos direitos humanos, liberdades fundamentais e como pressuposto necessário para a consubstanciação do Estado Democrático.

Impende salientar, ainda, que o CGI.br (Comitê Gestor da Internet no Brasil), responsável pelo estabelecimento de parâmetros estratégicos para o desenvolvimento da internet no Brasil, bem como pelo incentivo de estudos acerca de mecanismos de segurança virtual, traz em seu sítio eletrônico⁹⁵ os princípios que regem, de acordo com a Resolução CGI.br /RES/2009/003/P, a governança e o uso da internet. Dentre eles, destaque-se: 1) liberdade, privacidade e direitos humanos; 2) governança democrática e colaborativa; 3) universalidade; 4) diversidade; 5)

⁹⁴ Idem, p. 102.

⁹⁵ Comitê Gestor da Internet no Brasil. Princípios para a Governança e Uso da Internet. Disponível em: <<https://www.cgi.br/principios/>>. Data de acesso: 18/05/17.

inovação; 6) neutralidade da rede; 7) inimizabilidade da rede; 8) funcionalidade, segurança e estabilidade; 9) padronização e interoperabilidade; e 10) ambiente legal e regulatório.

Estes princípios estão coadunados com aqueles apresentados no art. 3º da Lei 12.965/2014, mais conhecida como Marco Civil da Internet, quais sejam: garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento; proteção da privacidade; proteção dos dados pessoais; preservação e garantia da neutralidade de rede; preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede; responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades; preservação da natureza participativa da rede; liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Vislumbra-se, desta forma, que em muito se assemelham os princípios desenvolvidos para o bom uso da internet no Brasil aos princípios manifestados a nível global por meio de tratados, convenções ou declarações. Percebe-se que o enfoque é sempre voltado para uma cooperação que visa resguardar direitos fundamentais, principalmente a privacidade ligada à dignidade humana, visto que, atualmente, é a condição afetada com maior regularidade.

A temática dos princípios é de suma importância, tanto a nível nacional, quanto a nível global, visto que, apesar de nem sempre estarem positivados nas codificações modernas, acabam por orientar novas formulações legislativas e entendimentos doutrinário-jurisprudenciais. Ante o exposto, levando-se em consideração que para o escopo desta monografia a disciplina dos princípios norteadores da proteção de dados pessoais da pessoa natural na internet foi esgotada, dar-se-á início ao último elemento da matéria pertinente ao desenvolvimento deste trabalho.

3.2.2 PROTEÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Como foi visto anteriormente, os princípios que norteiam a proteção de dados pessoais, bem como o bom uso da internet, seja no mundo, seja no Brasil, são diversos, mas, em regra, convergem para um mesmo fim, que é o resguardo dos direitos fundamentais. Ante o apresentado, cabe ressaltar também que isso não se

mostra diferente quando se trata de tudo aquilo relacionado ao sistema jurídico, conforme será demonstrado a seguir.

Uma das formas de se resguardar os direitos fundamentais, mais especificamente os dados pessoais, é através da atividade das chamadas autoridades independentes. Nos termos de Danilo Doneda (2006)⁹⁶, “O recurso a uma autoridade administrativa para a proteção dos dados pessoais, no modelo de uma autoridade independente, é uma tendência fortemente enraizada em alguns ordenamentos.” (DONEDA, 2006, p. 385). Refere-se o autor ao conhecido modelo europeu de proteção dos dados pessoais.

Essas autoridades independentes são vistas como essenciais, nos dias atuais de advento tecnológico ininterrupto, para resguardar os direitos fundamentais. O fato de serem independentes faz com que, no entendimento do autor alhures⁹⁷, mostrem-se como basilares para a estrutura jurídico-administrativa do Estado, bem como aproxima Governo, Mercado e população civil.

De acordo com Danilo Doneda (2006)⁹⁸, o cenário que se apresenta atualmente no Brasil, no que tange as autoridades independentes é:

No caso do Brasil, organismos do gênero existem basicamente para atender a demandas determinadas: a necessidade de regular áreas do mercado que eram anteriormente monopólio estatal e das quais o Estado operava sua retirada, como a Agência Nacional do Petróleo, ou a Agência Nacional de Energia Elétrica; ou então a busca de maior eficiência na regulação de aspectos críticos do mercado, como a defesa da livre concorrência (cuja tutela cabe ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica). (DONEDA, 2006, pp. 388-389).

Na mesma linha de raciocínio, continua o literato supracitado afirmando que tais modelos não se apresentam como novidade no sistema brasileiro, pelo contrário, há algum tempo já existem instituições que regulam setores do mercado e possuem independência para atingir suas finalidades, a exemplo disto, cita os: Instituto Brasileiro do Café e Instituto do Açúcar e do Alcool.

Este recurso exposto, de autoridades independentes, vislumbra-se completamente de acordo com a realidade vivida pela sociedade do século XXI. Isto porque se apresenta como uma alternativa de garantir a proteção da dignidade humana, bem como de outros direitos fundamentais dos cidadãos, sem que seja

⁹⁶ DONEDA, D. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 385.

⁹⁷ Idem, p. 387.

⁹⁸ Idem, pp. 388-389.

necessária uma atuação direta e positiva do Poder Público que, como se mostra notório, possui uma estrutura vertical que favorece arbitrariedades ou mesmo omissões no resguardo dos direitos e garantias constitucionais. Destaca Danilo Doneda (2006)⁹⁹ que “uma autoridade de garantia de direitos fundamentais encontra sua razão de ser, na promoção de um “equilíbrio dinâmico” entre estas situações subjetivas – organizando a “convivência pluralística” dos valores que referem-se à pessoa¹⁰⁰.” (DONEDA, 2006, p. 398).

No que concerne a parte mais propriamente normativa da disciplina da proteção de dados pessoais na internet, salienta Danilo Doneda (2011)¹⁰¹ que se tem como primeira aparição expressa na legislação na Declaração de Santa Cruz de La Sierra, mais precisamente em seu item 45, assinada pelo Brasil em 15 de novembro de 2003, veja-se:

Estamos também conscientes de que a proteção de dados pessoais é um direito fundamental das pessoas e destacamos a importância das iniciativas reguladoras ibero-americanas para proteger a privacidade dos cidadãos, contidas na Declaração de Antigua, pela qual se cria a Rede Ibero-Americana de Proteção de Dados, aberta a todos os países da nossa Comunidade.

Em 23 de abril de 2014 é então sancionado o Marco Civil da Internet, tecnicamente conhecido como Lei 12.965/2014, que viria com o objetivo de se criar uma regulamentação própria para o uso da internet no Brasil, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres, bem como para abarcar tudo aquilo que contorna a esfera do ambiente virtual. Para o estudo apresentado neste momento do trabalho, no entanto, merece destaque superior somente os artigos 7º, *caput* e 8º ambos da referida lei:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

O que se vislumbra de todo modo é que, o acesso à internet está garantido como forma de aplicação prática da cidadania do indivíduo, assegurando-se aos usuários diversos direitos que estão de acordo com as garantias fundamentais da

⁹⁹ Idem, p. 398.

¹⁰⁰ Paolo Lazzara. *Autorità indipendente e discrezionalità*, cit., pp. 61-62 *apud* DONEDA, D. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 398.

¹⁰¹ DONEDA, D. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 103, 2011.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Frise-se, ainda, que no art. 8º há menção expressa ao direito à privacidade, dando maiores possibilidades, portanto, de se utilizar o usuário prejudicado do Poder Judiciário para que lhe seja devidamente resguardada a tutela dos seus dados pessoais, como por exemplo, fazendo uso do *Habeas Data*, já discutido e pormenorizado anteriormente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme fora exposto no primeiro capítulo desta monografia, há muitas variáveis que compõem o conceito-base de um direito fundamental, dentre elas acredita-se que as que se apresentam com maior relevância para o desenvolvimento deste trabalho são: os princípios norteadores; e a característica básica da eficácia horizontal e vertical. Isto porque, no que tange o primeiro elemento, pode-se destacar que indicará a trajetória pelo qual determinado direito deverá seguir, a fim de se consubstanciar na categoria dos direitos fundamentais. Com relação ao segundo elemento, salienta-se que sua importância reside no fato de identificar como se dão as relações entre as partes do negócio jurídico, sejam eles particulares ou derivações do Poder Público.

Desta forma, o que se pode concluir, em um primeiro momento, é que a temática da proteção dos dados pessoais da pessoa natural na internet preenche os requisitos necessários para se consubstanciar como direito fundamental de maneira satisfatória. Todavia, o que se percebe no decorrer dos capítulos seguintes é a intensa e cotidiana violação destes direitos, seja por grandes empresas ou por particulares individualmente, sem haver qualquer forma de prevenção efetiva.

No que concerne o segundo capítulo, presencia-se forte destaque para os conceitos de Sociedade de Informação e Vigilância, bem como de Bancos de Dados, e como tais componentes afetam, na prática, o direito à proteção dos dados pessoais e à privacidade de forma geral. Vislumbrou-se que, como as informações são veiculadas de maneira extremamente leviana pelo mundo virtual, sem que os usuários tomem maiores cuidados, pois há a presença de uma confiança ficta nos provedores de aplicação, estes se utilizam desses dados para os mais diversos fins que, na maior parte das vezes, caracterizam-se como violadores.

Foi ressaltado como são formados os colossais bancos de dados e quais os principais fins a que são destinados. A criação de um verdadeiro mercado de informações faz com que a violação dos dados pessoais dos usuários seja não só frequente, mas também massiva. Esta nova forma de comércio tem por objetivo, em regra, melhorar o alcance e eficiência de uma empresa na distribuição geográfica de

um determinado produto ou serviço, mas pode também deduzir informações íntimas das pessoas que, conscientemente, não estariam dispostas a revelar.

Destacou-se, ainda, que muitas dessas violações, boa parte das vezes, sequer chegam ao conhecimento dos usuários detentores originais dos dados utilizados pelos provedores de aplicação. Todavia, quando tomam conhecimento de tal atentado, possuem como remédio legal para garantir o resguardo de seus direitos, o instrumento processual do *Habeas Data*, positivado no art. 5º, inciso LXXII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Entretanto, foi enfatizado que há grandes falhas na aplicação do remédio constitucional citado, como por exemplo, o fato de haver obrigatoriedade de se recorrer às instâncias administrativas, antes de se ajuizar a ação judicial, o que torna o processo prolongado e moroso.

Concluiu-se que, até o presente momento, não há uma forma completamente eficaz e livre de falhas para que os usuários saibam quais trajetórias tomam as suas informações pessoais divulgadas na internet. No entanto, há sugestões de medidas repressivas que podem amenizar os efeitos negativos do abuso por parte das empresas detentoras desses dados, quais sejam: responsabilidade civil e penal, a depender do caso concreto e a notificação de ente público específico acerca da existência de banco de dados, o que agrega transparência na atuação e cria melhores possibilidades de fiscalização.

No que tange o terceiro capítulo deste trabalho, são apresentadas diversas formas de tutela dos dados pessoais que levam em consideração o consentimento do usuário. Todavia, estas são refutadas e é apresentado um modelo alternativo que une alguns elementos daquelas, de forma que fiquem equilibradas a liberdade de escolha individual e a garantia de resguardo das condições mínimas para uma existência digna.

Discute-se, também, a diferenciação semântica entre as nomenclaturas *dado* e *informação*, chegando-se ao desfecho de que a confusão entre elas é aceitável, visto que se sobrepõem em diversas circunstâncias. A principal distinção entre as duas é que, quando se fala em *dados*, remete-se a um conceito de pré-interpretação, ou seja, uma situação mais primitiva, enquanto que, ao se falar em

informação, remete-se a uma situação mais polida, perpassada por uma interpretação prévia.

Há que se ressaltar, também, o debate acerca das tentativas de se uniformizar os princípios orientadores do uso da internet a nível global, que tiveram como ponto de irrupção a Convenção de Strasbourg e as *Guidelines* da OCDE. Apesar de estarem restritas a blocos regionais, tais iniciativas despontaram para a elaboração de normas internas em diversos países que tentaram regular o proveito da rede. No Brasil, destaca-se a Lei 12.965/2014, mais conhecida como Marco Civil da Internet, que em seu art. 3º, aponta quais são os princípios que devem orientar a utilização da internet no sistema jurídico nacional.

A partir de todo o exposto neste trabalho, pode-se concluir que a proteção de dados pessoais da pessoa natural na internet preenche satisfatoriamente os requisitos para se consubstanciar como direito fundamental, sob a égide da aplicação reflexa da garantia constitucional da privacidade. Mostra-se necessário, ainda, ampliar a divulgação de informação a respeito deste tema, visto que cotidianamente se presencia a sua violação e, cada vez mais, atingindo um número maior de usuários ao mesmo tempo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, N. A Era dos Direitos. Tradução por: Carlos Nelson Coutinho. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAVALCANTE FILHO, J. T. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjustica/noticia/anexo/joao_trindadade_teorias_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Data de acesso: 18/03/17.

Comitê Gestor da Internet no Brasil. Princípios para a Governança e Uso da Internet. Disponível em: <<https://www.cgi.br/principios/>>. Data de acesso: 18/05/17.

DA SILVA, J. A. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. v. 1.

DONEDA, D. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, 2011.

DONEDA, D. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HOUAISS, A; VILLAR, M. de S. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. Tradução por: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70 Lda., 2007. Disponível em: <<https://professoredmarfilosofia.files.wordpress.com/2012/02/kante-fundamentacaodametafisicadoscostumes-trad-pauloquintela-edicoes70-120p.pdf>>. Data de acesso: 27/03/17.

RUARO, R. L.; RODRIGUES, D. P.; FINGER, B. O direito à proteção de dados pessoais e a privacidade. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 53,

2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TARTUCE, F. Manual de direito civil: volume único. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

V Jornada de Direito Civil. Org. Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2012.

VILLELA, F. *Celular é principal meio de acesso à internet no Brasil, mostra IBGE*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-04/celular-e-principal-meio-de-acesso-internet-na-maioria-dos-lares>>.

Data de acesso: 28/04/2017.