



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UNIRIO)
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

BRUNNO ROBERTO ARAUJO LINS MAGALHÃES

PERSPECTIVAS DO DIREITO À PRIVACIDADE NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO
DE DADOS (LGPD)

Rio de Janeiro

2022



BRUNNO ROBERTO ARAUJO LINS MAGALHÃES

PERSPECTIVAS DO DIREITO À PRIVACIDADE NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO
DE DADOS (LGPD)

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Escola de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)
como requisito parcial para a obtenção de grau
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Leonardo Mattietto

Rio de Janeiro

2022

BRUNNO ROBERTO ARAUJO LINS MAGALHÃES

**PERSPECTIVAS DO DIREITO À PRIVACIDADE NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO
DE DADOS (LGPD)**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Escola de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)
como requisito parcial para a obtenção de grau
de Bacharel em Direito.

Aprovado em: 25/02/2022

Banca examinadora:

Prof. Leonardo de Andrade Mattietto (Orientador)
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)

Professor Walter dos Santos Rodrigues (Examinador)
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)

Professor: Daniel Queiroz Pereira (Examinador)
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)

Dedico este Trabalho de Conclusão de Curso a Deus, aos meus pais, Rosane e Mauro, que tanto me apoiaram nessa longa caminhada, à minha namorada, Maria Paula, e aos meus amigos, que tanto me ajudaram nesse período de graduação.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus pelo dom da vida, pelas oportunidades que me deu e pelo amor que transborda diariamente a mim e às pessoas com quem convivo e às que pude conviver.

Agradeço com especial afeto aos meus pais, Rosane e Mauro, pelo imenso amor, carinho, apoio e dedicação de uma vida inteira para me formar como um homem melhor a cada dia. Uma importante lembrança aos meus tios, Nádía e Evandro, e prima Michelle que me acolheram no início dessa jornada no Rio de Janeiro e à minha madrinha Agelice, bem como aos meus avós que faleceram no decorrer da minha caminhada, Dona Wanda e sr. Hildo.

Também agradeço com especialíssimo amor e carinho à minha namorada, Maria Paula, pelo seu amor, sua paciência e sua compreensão, que tanto nos une. Sua presença foi uma dádiva de Deus em minha vida e o seu amor me constrange diariamente. Sem dúvidas não poderia deixar também de agradecer aos seus familiares pelo apoio e carinho que desde o início nos ofereceram e dizer o quanto emocionante é saber que essa é a primeira de muitas outras conquistas que teremos pela frente, juntos.

Um agradecimento devido, merecido e honroso aos meus amigos do Centro Cultural e Universitário de Botafogo (CCUB), pelo companheirismo, acolhimento e apoio espiritual, profissional e humano durante todo o período da graduação. Agradeço em especial ao Pe. Alexandre e Pe. Marcelo José, com quem aprendi a cultivar mais intimidade com Cristo e amar mais a Santa Igreja.

Deixo também registrado meu muito obrigado ao meu orientador, Leonardo Mattietto, pelo aceite em me orientar e pela dedicação em todo o período de realização e estruturação do TCC, bem como às suas aulas, as quais me serviram de inspiração para o presente trabalho.

Aos meus amigos da turma 2017.1 pelo companheirismo, amizade e união que me proporcionaram e aos meus supervisores de estágio na CVM, no TRF e ao prof. Celso Anicet Lisboa.

Por último, agradeço a esta Universidade, onde pude estudar e que me ofereceu o suporte acadêmico para a realização de um sonho – a graduação no curso de Direito, bem como a todos os professores que estiveram comigo nessa caminhada. Dedico também, com especial carinho, ao finado professor Luiz Otávio Barreto Leite.

“Que a tua vida não seja uma vida estéril. - Sê útil. - Deixa rasto”.
- Josemaría Escrivá

(Caminho, ponto 1).

MAGALHÃES, Brunno Roberto A. L. **Perspectivas do Direito à Privacidade na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**. 2022. 61 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas e Políticas - Escola de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

RESUMO

Diante da revolução tecnológica e considerando o contexto da sociedade da informação, verifica-se hoje que o direito à privacidade apresenta vulnerabilidades, seja no âmbito da invasão privada, seja pela intromissão do próprio Estado. Nesse sentido, a presente monografia teve como objeto a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), bem como as disposições sobre privacidade presentes na Constituição Federal de 1988, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Código Civil (CC), Marco Civil da Internet, e outras espécies legislativas, bem como teve como objetivo principal analisar criticamente em que medida a LGPD garante aos cidadãos brasileiros a tutela do direito à privacidade no contexto da sociedade da informação, além dos objetivos específicos de contextualizar a relação existente entre as violações ao direito à privacidade, tendo em vista a sociedade da informação; analisar os diferentes instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro que são capazes de resguardar e garantir a tutela dos direitos da personalidade, em especial a privacidade; e apontar o conceito de privacidade sob os aspectos legais e éticos a partir da legislação pátria e da teoria da lei natural de John Finnis e Robert P. George. Para isso, adotou como metodologia a pesquisa qualitativa e bibliográfica utilizando doutrina, legislação e julgados. Na doutrina utilizou-se autores como Ana Frazão, Leonardo de Andrade Mattietto, Patricia. Peck Pinheiro, Victor Sales Pinheiro; Alexandre Pereira Bonna; Danilo Doneda, Dalmo Dallari; Rosane Wolff; Robert. P. George; e John Finnis.

Palavras-chave: Tutela da Privacidade. Direito Natural. Sociedade da informação.

MAGALHÃES, Brunno Roberto A. L. **Perspectives of the Right to Privacy on the General Data Protection Law (GDPL)**. 2022. 61 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas e Políticas - Escola de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022

ABSTRACT

Faced with the technological revolution and considering the context of the information society, it appears today that the right to privacy presents vulnerabilities, whether in the context of private invasion or the intrusion of the State itself. In this sense, this monograph had as its object the General Data Protection Law (LGPD), as well as the provisions on privacy present in the Federal Constitution of 1988, the Consumer Protection Code (CDC), Civil Code (CC), Marco Civil da Internet, and other legislative species, as well as having as main objective to critically analyze the extent to which the LGPD guarantees Brazilian citizens the protection of the right to privacy in the context of the information society, in addition to the specific objectives of contextualizing the existing relationship between the violations of the right to privacy, in view of the information society; analyze the different instruments available in the Brazilian legal system that are capable of protecting and guaranteeing the protection of personality rights, especially privacy; and to point out the concept of privacy under the legal and ethical aspects from the national legislation and the natural law theory of John Finnis and Robert P. George. For this, it adopted as methodology the qualitative and bibliographic research using doctrine, legislation and judgments. In the doctrine, authors such as Ana Frazão, Leonardo de Andrade Mattietto, Patricia were used. Peck Pinheiro, Victor Sales Pinheiro; Alexandre Pereira Bonna; Danilo Doneda, Dalmo Dallari; Rosane Wolff; Robert. P. George; and John Finnis.

Keywords: Protection of Privacy. Natural Law. Information society.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E O DIREITO À PRIVACIDADE: CONCEITOS, RISCOS E PERSPECTIVAS	13
2.1 Em busca de uma definição de sociedade da informação	13
2.2 Antecedentes: direito à privacidade e direito à informação	15
2.3 Riscos ao direito à privacidade	18
2.4 O direito à privacidade à luz da teoria monista e pluralista dos direitos da personalidade	20
2.5 O conceito ético de privacidade à luz da teoria de John Finnis	25
2.6 O conceito ético de privacidade à luz da teoria de Robert P. George	28
3 NORMAS GERAIS DE TUTELA DA PRIVACIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	30
3.1 Constituição Federal Código Civil e Código de Defesa do Consumidor	30
3.2 Marco Civil da Internet	36
3.3 Disposições esparsas	40
4 O DIREITO À PRIVACIDADE NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS	43
4.1 Contexto histórico, fundamentos, nomenclaturas e princípios da LGPD	43
4.2 A LGPD: estrutura legal, objetivos e alcance	47
4.3 Espécies de responsabilidade	50
4.3.1 Responsabilidade Civil	51
4.3.2 Responsabilidade administrativa	52
5 CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

Pode-se afirmar que uma característica marcante do século XXI consiste na evidente influência da revolução tecnológica em diversas esferas da vida humana. Nesse sentido, há que se pontuar que não existe aspecto algum da vida que não esteja pautado ou influenciado pela tecnologia, sobretudo da Internet, a qual, por um lado, facilitou a organização de dados e a comunicação de uma maneira geral.

Todavia, é também evidente que toda essa revolução ocasionada pela tecnologia, por conta de sua profundidade e rapidez, influenciam as relações humanas, e torna difícil a sua compreensão do ponto de vista jurídico, o que demanda uma detida e profunda análise de suas consequências para a sociedade.

Nesse sentido, o documentário dirigido por Jeff Orlowski, intitulado *O dilema das redes*, veiculado pela plataforma *Netflix* ilustra bem o cenário descrito anteriormente. Ele serve de cenário para análise dos riscos à violação do direito à privacidade a que os cidadãos do mundo inteiro estão submetidos. Baseia-se em testemunhos de ex-funcionários e torna conhecido o *modus operandi* das grandes plataformas digitais como *Google*, *Facebook*, dentre outras, bem como de que maneira a inteligência artificial é utilizada e impacta na privacidade do usuário dessas plataformas.

Portanto, o impacto produzido nos espectadores é alto quando se entende o a desigualdade entre o conhecimento e o poder das plataformas digitais em relação ao usuário. O documentário aduz que somos vigiados e controlados por essas mídias como num *Big Brother*. Assim, é evidente que esse cenário oferece sérios riscos à dignidade humana, especificamente no tocante à privacidade, à proteção de dados e aos direitos da personalidade.

Diante desse cenário e considerando que hoje existem desafios específicos ocasionados pela sociedade da informação, verifica-se que o direito à privacidade apresenta vulnerabilidades, seja no âmbito da invasão privada, seja pela intromissão do próprio Estado. Assim, pergunta-se: quais mecanismos presentes no ordenamento jurídico nacional, além da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) - Lei nº 13.709/2018, garantem a tutela da privacidade dos brasileiros?

No ordenamento jurídico pátrio, uma das primeiras leis a tratar da privacidade, sobretudo no que diz respeito ao ciberespaço, consistiu no chamado Marco Civil da Internet (MCI) - Lei nº 12.965/2014, uma vez que anteriormente havia uma grande

insegurança em relação ao mundo cibernético, com o conseqüente apelo a princípios da Constituição Federal (CRFB/88), bem como analogia, doutrina e jurisprudência que nem sempre dialogavam harmonicamente. Ademais, com o advento da LGPD, o ordenamento jurídico brasileiro ganhou mais uma legislação protetiva no que diz respeito à privacidade, a qual será objeto do trabalho monográfico.

Assim, tendo em vista que hoje não existe aspecto da vida que não esteja pautada ou influenciada pela tecnologia, sobretudo da Internet, bem como o enorme fluxo e volume de informação compartilhadas dentro e fora da rede mundial de computadores e considerando que os cidadãos vivem hoje na sociedade da informação, observa-se também que com o advento da LGPD novos casos de violação ao direito à privacidade estão sendo levados ao judiciário, como na sentença da 13ª vara cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, que condenou uma companhia do setor imobiliário a pagar R\$ 10.000,00 a título de dano moral, com base na LGPD e no Código de Defesa do Consumidor, e que, porém, foi reformada por meio de um acórdão da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo meses após a referida decisão.

Ademais, aponta-se que, como metodologia, adotou-se a pesquisa qualitativa e bibliográfica, buscando utilizar doutrina, legislação e análise de casos. Assim sendo, na doutrina foram utilizados os seguintes autores: Ana Frazão; Leonardo de Andrade Mattietto, Patricia Peck Pinheiro, Victor Sales Pinheiro; Alexandre Pereira Bonna; Danilo Doneda, Dalmo Dallari; Rosane Wolff; Robert. P. George; e John Finnis.

Na legislação foram analisadas a Constituição Federal (CRFB/88), a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), o Marco Civil da Internet (MCI), o Código Civil (CC/02), o Código de Defesa do Consumidor (CDC), bem como citados os dispositivos de outros diplomas normativos esparsos, como a Lei de Acesso à informação (Lei nº 12.257/2011); a Lei nº 12.414/2011, Código Penal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código de Processo Civil (CPC), Lei nº 12.735/2012 e a Lei nº 12.737/2012, Código Tributário Nacional (CTN), Lei nº 5.988/73 e Lei nº 4.595/64.

Os casos analisados foram: a sentença da 13ª Vara Cível do Foro Central da Capital do Tribunal de Justiça de São Paulo no Processo nº 1080233-94.2019.8.26.0100, bem como o acórdão da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, que reformou a referida sentença.

Além disso, a presente monografia tem como objetivo analisar criticamente em que medida a LGPD garante aos cidadãos brasileiros a tutela do direito à privacidade

no contexto da sociedade da informação. Tem como objetivos específicos contextualizar a relação existente entre as violações ao direito à privacidade, tendo em vista a sociedade da informação; analisar os diferentes instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro que são capazes de resguardar e garantir a tutela dos direitos da personalidade, em especial a privacidade; e apontar o conceito de privacidade sob os aspectos legais e éticos a partir da legislação pátria e da teoria da lei natural de John Finnis e Robert P. George.

Optou-se por dividir a presente monografia em três capítulos. No capítulo 2 buscou-se conceituar a sociedade da informação e apontar os riscos desse novo contexto social para o direito à privacidade, como também objetivou-se analisar e apresentar o direito à privacidade sob diferentes perspectivas, indicando o debate entre a teoria monista e pluralista dos direitos da personalidade, bem como conceituando a privacidade e a necessidade de sua tutela fundamentando os argumentos à luz da teoria do direito natural de John Finnis e Robert P. George.

No capítulo 3 foi abordado um panorama geral dos mecanismos existentes no ordenamento jurídico brasileiro que tutelam a privacidade, além da LGPD, indicando para tanto a CRFB/88, o CC/02, o CDC, o MCI, bem como diplomas normativos esparsos, como por exemplo a Lei de Acesso à Informação e a Lei Carolina Dieckmann.

Finalmente, no capítulo 4, foi elaborada uma análise detida, sem esgotar inteiramente a legislação, da LGPD, apontando os seus conceitos e espécies de responsabilidade resguardadas pelo diploma legal quanto à proteção do direito à privacidade.

2 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E O DIREITO À PRIVACIDADE: CONCEITOS, RISCOS E PERSPECTIVAS

2.1 Em busca de uma definição de sociedade da informação

Pode-se afirmar que uma característica marcante do século XXI consiste na evidente influência da revolução tecnológica em diversas esferas da vida humana. Nesse sentido, há que se pontuar que, hoje, não há aspecto da vida do homem que não esteja pautada ou influenciada pela tecnologia, sobretudo pela Internet, a qual, por um lado facilitou a organização de dados e a comunicação de uma maneira geral.

Nesse viés e no contexto do mundo contemporâneo, os dados e a informação ganham importância e proporções gigantescas, a ponto de os dados serem considerados hoje como verdadeiros insumos para a totalidade das atividades econômicas (FRAZÃO, 2019a, p. 24-25) e a informação tornar-se um “princípio ativo da sociedade no sentido de que o trabalho, o lazer, a saúde, a educação, a política e economia dependem de informação” (PINHEIRO; BONNA, 2020, p. 367-368).

Diante desse panorama, é necessário pontuar a dimensão adquirida pelos dados e pela informação, bem como a emergência da chamada sociedade da informação, a qual ganhou diversas definições na literatura pertinente ao tema. Nesse sentido, conforme verifica-se em Pinheiro e Bonna (2020, p. 367)¹ a sociedade da informação e informação podem ser conceituadas como:

(...) uma nova forma de organização social que recorre ao intensivo uso da tecnologia da informação para coleta, produção, processamento, transmissão e armazenamento de informações, como no uso das tecnologias de computação e telecomunicações. Por sua vez, informação consiste em um dado ou conjunto de dados em qualquer suporte capaz de produzir conhecimento, podendo ser uma imagem, som ou documento.

Ainda nesse mesmo sentido, a sociedade da informação pode ser conceituada como aquela sociedade “que sofreu o condicionamento a transformação por meio das evoluções tecnológicas no âmbito da comunicação” (RODRIGUES; MAGALHÃES; MANSUR, 2021, p. 45).

¹ Os autores basearam-se em VIEIRA, T. M. O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental dos avanços da tecnologia da informação. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

Essa sociedade abarca a utilização de plataformas digitais, como *Google, Apple, Facebook, Twitter, Instagram*, assim como lojas online como *Amazon, OLX e Mercado Livre*, bem como aplicativos como *Uber e Waze*. Todavia, ela também compreende os cadastros de consumidores, bancos de dados privados, bancos de dados públicos sob a administração de órgãos governamentais, bem como dados sobre processos judiciais e cobranças de débitos fiscais (PINHEIRO; BONNA, 2020, p. 368).

Desse contexto apresentado pode-se extrair que i) hoje há um evidente domínio da Internet e da economia digital exercido pelas plataformas digitais; e ii) esse modelo de negócio utilizado pelas plataformas digitais é resultado das transformações ocorridas na economia global, especificamente em virtude do advento da Internet e das chamadas tecnologias da informação (FRAZÃO, 2019c, p. 333).

Já em relação à privacidade, cabe mencionar que a noção de privacidade, embora não seja recente, apenas começou a ser introduzida no ordenamento jurídico no final século XIX (DONEDA, 2021, p. 29).

Nesse sentido, como marco inicial é inevitável destacar o artigo de Brandeis e Warren, *The right to privacy*², bem como a noção de privacidade como “*the right to be let alone*”, a qual foi mencionada por Thomas McIntyre Cooley³. Tal concepção passou por mudanças ao longo dos séculos, vez que crescia a ideia de que um aspecto fundamental da realização humana e do desenvolvimento da personalidade diz respeito à privacidade (DONEDA, 2021, p. 30).

Contudo, um conjunto de valores e interesses, que se relacionaram com a privacidade, modificaram o seu perfil. Uma dessas mudanças, talvez a mais importante, tenha sido apontada por Rodotà, a de que houve uma mudança no eixo que o direito à privacidade gira em torno, tendo passado do tripé “pessoa-informação-segredo” para “pessoa-informação-circulação-controle”. Nesse viés, percebe-se que proteger a privacidade acompanhou a teoria dos direitos da personalidade, bem como a sua consolidação (DONEDENA, 2021, p. 41).

Diante desse cenário, a própria noção de privacidade sofreu mudanças até os dias de hoje. Nesse sentido, o termo “privacidade”, possui raiz latina – o verbo *privare*,

² Conforme Doneda (2021, p. 31), “o centenário diagnóstico realizado pelos autores [Warren e Brandeis], à época advogados em Boston, continua valioso, tanto que seu artigo *The right to privacy* é até hoje lido e citado com invejável constância.”

³ Tal noção foi mencionada em 1888 em *Treatise of the law of torts*, conforme Doneda (2021, p. 30).

embora esse termo seja utilizado, em grande medida, devido à língua inglesa – *privacy*. Aqui cabe uma citação interessante, visto que no século XVI a literatura inglesa já utilizava o referido termo⁴ (DONEDA, 2021, p. 105).

Entretanto, em relação ao seu conteúdo, a privacidade, há que se apontar, foi objeto de uma gama diversa de opiniões, bem como tentativas de conceituação, tendo sido exposto pelo próprio Brandeis, como “*the most comprehensive of men’s rights*”. Sendo uma questão que desafia muitos juristas, sendo, inclusive, chamada por André Vitalis como “*définition introuvable*”, François Rigaux como “*L’impossible définition*” e Ken Gormley como “*talismanic word*” (DONEDA, 2021, p. 103).

Embora exista tal divergência e dificuldade em sua definição, Doneda (2021, p. 104) entende que a indefinição relativa ao conteúdo do direito à privacidade deve ser considerada mais como uma característica ínsita à matéria do que como um defeito em si, sendo, inclusive, provável que a definição do conceito não seja propriamente a principal questão a ser enfrentada.

Portanto, como já foram apontadas algumas características dessa sociedade emergente, bem como definições e a dificuldade de estabelecer uma definição de privacidade, cabe entender melhor alguns antecedentes envolvendo o direito à privacidade e o direito à informação, bem como quais os riscos a sociedade da informação traz consigo, mais notadamente em relação ao direito à privacidade.

2.2 Antecedentes: direito à privacidade e direito à informação

Um importante antecedente à discussão a respeito do direito à privacidade consiste na colisão entre o direito à informação e o direito à privacidade. Nesse sentido, a doutrina debateu os limites da liberdade de expressão, mais especificamente em relação a vinculação de notícias pela imprensa (GAMA; PEREIRA, 2006, p. 26).

Ao tratar da colisão entre direitos da personalidade, Jabur (2000, p. 327 apud GAMA; PEREIRA, 2006, p. 24) expõe o seguinte:

⁴ A palavra ‘*privacy*’ foi utilizada por Shakespeare e por Keats (1795-1821), em *The Eve of St. Agnes*: “*Wich was, to lead hum, in close secrecy / Even Madeline’s chamber, and there hide / Him in a closet, of a such privacy / That he might see her beaty unespied, / And win perhaps that night a peerless bride (...)*” ou, a posteriori, com Emily Dickinson (1830-1886), em *Nature*: “*To my quick ear the leaves conferred; / The bushes they were bells; / I could not find a privacy / From Nature’s sentinels*” (DONEDA, 2021, p. 105).

ponto crucial de qualquer exame entre direitos de igual estatura é estabelecer como se resolve o conflito derivante de imperativos sociais responsáveis pelo prestígio que tais direitos adquirem, tornando-os assim, essenciais à consumação saudável dos objetivos de vida. O problema recrudescer quando os direitos versados apresentam, além do mesmo *status*, igual natureza. Isso aumenta a preocupação do intérprete, mas facilita a solução do conflito de normas. Aumenta a preocupação, porque lida com valores fundamentais enfeixados em rol que mereceu tratamento à parte. Também facilita a resolução do conflito, porquanto a harmonia entre garantias fundamentais há de ser encontrada dentro da própria Constituição Federal mediante recurso às regras interpretativas, do que deverá resultar a coerência interna (equilíbrio dentro do ordenamento) das virtudes de um direito com os predicados do outro, porque direito algum é irrestrito.

Para o enfrentamento dos confrontos, Gama e Pereira (2000, p. 24) apontam a necessidade de levar em conta a possível predominância de um bem jurídico de uma das partes e que a ponderação não deve operar somente de maneira abstrata, mas sim no caso concreto.

Assim, é possível indicar que a doutrina elenca uma série de critérios que podem ser utilizados quando o jurista enfrentar alguma dessas colisões. Em relação a tutela de um bem distinto da personalidade um critério corresponde a acumulação de interesses. Tal critério é elucidado por Capelo de Sousa (1995, p. 546 *apud* GAMA; PEREIRA, 2000, p. 24) da seguinte maneira:

Assim, um direito de personalidade subjetivado adquire maior peso jurídico se reunir diversos tipos de interesses privados e se conjugar interesses privados com interesses públicos. Mas, este fator precisa ser completado com o da averiguação da intensidade de cada um desses interesses de modo a obter a justa expressão da valia intrínseca de cada interesse e da soma final das valias de cada pólo de interesses, pois diversos interesses privados pouco valiosos podem ser sobrepujados por um interesse privado muito intenso ou um conjunto de interesses privados e públicos pouco significativos pode ser superado por um ou vários interesses privados muito fortes.

É possível apontar, ainda, o critério da radicação de interesses, “segundo o qual quem procura interesses, lucros ou proveitos futuros deve ceder a quem pretende evitar prejuízos” (GAMA; PEREIRA, 2006, p. 24).

Em relação ao confronto de direitos iguais ou da mesma espécie é necessário utilizar, conforme Gama e Pereira (2006, pp. 24-25), outros critérios, como o princípio da alternativa ou do desvio, princípio da equiparação em compensação.

Já no que tange ao confronto de direitos desiguais ou de espécie diferente. Para solucionar tal problema, prevalece aquele direito que se considera superior e deve haver o respeito ao direito considerado inferior até onde até onde for possível

(GAMA; PEREIRA, 2006, p. 25). Nesse sentido, expõe Capelo de Sousa (1995, p. 549-550 *apud* GAMA; PEREIRA, 2006, p. 25) ao exemplificar essa colisão de direitos:

Assim, nos casos de predominância do direito de liberdade de imprensa de noticiar um evento de interesse público mas com repercussões na esfera privada de certas pessoas ou até mesmo de notificar um crime com repercussões públicas, o direito a intimidade da vida privada ou as garantias de defesa ligados à honra das pessoas, embora secundariamente hierarquizados, poderão legitimar o dever de omissão do nome ou dos demais elementos essenciais de identificação, respectivamente, do sujeito daquele evento ou do presumível autor do crime.

Diante desse confronto, indica-se que: “a liberdade de imprensa é o direito de livre manifestação do pensamento pela imprensa, mas, como todo o direito, tem o seu limite lógico na fronteira dos direitos alheios” e que o direito à informação e o direito à privacidade possuem *status* constitucional (GAMA; PEREIRA, 2006, p. 26).

Contudo, para a legítima divulgação de uma notícia pela imprensa é necessário o cumprimento de alguns requisitos, que segundo Gilberto H. Jabur seriam os seguintes: “a existência do efetivo interesse público na informação e a incontornável necessidade de se desnudar, parcialmente, a privacidade como pressuposto para a coerência e completude da notícia pela qual a comunidade nutre lícito interesse” (JABUR, 2000, p. 340 *apud* GAMA; PEREIRA, 2006, p. 26).

Nesse sentido, Gama e Pereira (2006, p. 26) propõem a fórmula “verdade, necessidade, utilidade e adequação”. De modo que quanto à verdade, ela deve ser ao máximo respeitada, conforme a própria conduta ética da profissão jornalística, sem também perecer frente ao consumismo, quanto à necessidade, deverá a informação jornalística ser indispensável para o desenvolvimento social e a formação da opinião, em relação à utilidade e à adequação, deverá de fato útil, de modo a se afastar da mera curiosidade, bem como publicamente adequada ao realizar a ponderação de seu conteúdo, local, público destinado (GAMA; PEREIRA, 2006, pp. 26-27).

É necessário indicar, ainda, que a pessoa não pode ter “sua esfera privada invadida sem motivo justo, inadmitindo-se a alusão a aspectos afetivos, detalhes amorosos, preferências sexuais, detalhes de saúde, anomalias somáticas ou psíquicas”, uma vez que, a privacidade mostra-se essencial para o desenvolvimento pessoal (GAMA; PEREIRA, 2006, p. 27)

Ademais, é importante citar que houve recentemente um debate acerca do confronto desses direitos, mais especificamente no que tange ao direito ao esquecimento⁵, com o julgamento de casos concretos pelos tribunais superiores⁶.

2.3 Riscos ao direito à privacidade

Como exposto anteriormente, os dados e as informações possuem grande importância, sobretudo no ambiente digital, o que implica, que muitas informações expostas pelos cidadãos fiquem armazenadas em plataformas digitais, como as anteriormente citadas, mesmo que contra a vontade do usuário-cidadão. Assim, conforme Pinheiro e Bonna, 2020, p. 368:

Nesse esmaecimento das fronteiras entre o público e o privado, perdemos a nossa autodeterminação informativa, o direito ao esquecimento, a possibilidade de resguardarmos a nossa privacidade”. Na verdade, esse crescente aumento do uso da tecnologia, bem como suas melhorias e avanços, permitiu que houvesse mais busca, coleta, armazenamento e disseminação dos dados pessoais, sendo possível afirmar que “adquirimos uma personalidade digital que pode ser explorada sem o devido controle de privacidade.

Contudo, desde a década de 1970, Alan Westin apontava que havia três espécies de ameaças à privacidade em virtude da tecnologia, a saber: i) a vigilância física; ii) a vigilância psicológica; e iii) a vigilância dos dados pessoais (DONEDA, 2021, p. 42).

Diante dessa constatação, é possível enumerar alguns outros riscos advindos da utilização de dados e informações, conforme anteriormente descritos. Sendo possível apontar os seguintes riscos: i) o abuso de dados pessoais no ambiente virtual; ii) a evidente dependência e vulnerabilidade das plataformas digitais; e iii) a normalização e o inevitável risco.

O primeiro risco diz respeito às novas formas de tecnologias de coleta e armazenamento de dados pessoais, os quais potencialmente podem gerar efeitos negativos nos usuários-cidadãos, como por exemplo o comércio de informações como

⁵ Houve recentemente o julgamento no STF do RE 1.010.606/RJ, o qual decidiu que o direito ao esquecimento como incompatível com a CRFB/88. Disponível em: <Direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição, decide STF>. Acesso em 11 mar. 2022.

⁶ Houve, inclusive, a mudança de posicionamento do STJ, pois em algumas oportunidades a Quarta e a Sexta turma do STJ decidiram favoravelmente acerca da existência do direito ao esquecimento, por exemplo no HC 256. 210; REsp 1.335.153 e REsp 1. 334. 097. Notícia disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/361044/stj-direito-ao-esquecimento-nao-justifica-exclusao-de-noticia-de-site>> .

senhas pessoais, localização etc. (PINHEIRO; BONNA, 2020, p. 368). São tecnologias que registram, a título exemplificativo, buscas realizadas na Internet a fim de vender tais dados coletados a publicitário, por intermédio do uso de *cookies*⁷ no computador e outros dispositivos dos usuários-cidadãos.

Um risco bastante marcante no contexto da sociedade da informação diz respeito a dependência e a vulnerabilidade das plataformas digitais. Nesse sentido, “quanto mais um governo e uma sociedade dependem de sua rede de comunicação, maior sua exposição a ataques de *hackers*, *crackers* e de organizações criminosas, crescendo crimes cometidos em meio eletrônico” (PINHEIRO; BONNA, 2020, p. 368-369).

Outro risco consiste na normalização do risco, que pode ser percebido por meio da imprevisibilidade da tecnologia. Nesse sentido, corrobora com essa afirmação de risco o fato apontado por Doneda (2021, p. 52) de que “a tecnologia apresenta um caráter de imprevisibilidade que lhe é intrínseco (...) A convivência com essa imprevisibilidade é uma característica do nosso tempo.” Ademais para Ulrich Beck (*apud* DONEDA, 2021, p. 52-53) um elemento da incerteza é o risco, que:

Na sociedade da informação, apresenta características particulares: criado voluntariamente pelo homem, a decisão de produzi-lo não depende diretamente de considerações éticas e morais, porém de mecanismo decisional fortemente induzido pela tecnologia, um raciocínio matemático no qual se procura prever seus efeitos futuros em termos estatísticos – eliminando-se, assim, a importância de considerações particularizadas e tornando o próprio risco algo impessoal, dissociado da ação humana.

Essa imprevisibilidade pode ser representada como na figura metafórica do Golem:

O Golem, criatura da mitologia hebraica, é um humanoide de argila, feito pelo homem; sua força e seu poder crescem a cada dia. Ele segue ordens do seu criador, auxilia-o, mas é um pouco tolo e inconsciente de sua força: é capaz, se não for bem comandado, de destruir seu próprio senhor (DONEDA, 2020, p. 53).

⁷ Conforme RODRIGUES; MAGALHÃES; MANSUR, 2021, p. 86: “*cookies* (marcadores digitais inseridos pelos sites visitados nos discos rígidos do computador do usuário da Internet, os quais possibilitam a identificação e o armazenamento da navegação do consumidor (MENDES, 2014, p. 223 *apud* TATEOKI, 2017, p. 69) o que permite aos anunciantes usar as atividades *offline* dos consumidores para determinar quais anúncios exibir na Internet (FEDERAL TRADE COMMISSION, 2014, p. 27).

De tal modo, vislumbra-se na tecnologia e na sociedade da informação esse risco de normalização do risco do surgimento a cada dia de um novo “Golem tecnológico”.

Diante desse cenário de altos riscos, evidenciada como uma crise da modernidade, é possível um certo pessimismo, desespero e incerteza, porém não se deve negar direitos como o direito à privacidade, porquanto, conforme Pinheiro; Bonna; (2020, p. 371): “a privacidade seria uma das últimas fortalezas sitiadas pela sociedade, economia e política moderna, cuja perda registrara a falência do Estado de Direito, como garantidor da dignidade da pessoa humana”.

2.4 O direito à privacidade à luz da teoria monista e pluralista dos direitos da personalidade

Inevitavelmente, conforme bem aponta Doneda (2021, p. 90), desenvolve-se um debate doutrinário a respeito da categorização dos direitos subjetivos para a tutela da personalidade, mais especificamente na utilização do direito de propriedade como instrumento de tutela da privacidade.

Assim, evidencia-se uma dicotomia, por um lado as teorias monistas e por outro as teorias que tipificam os direitos da personalidade. Nesse sentido, em um primeiro momento a doutrina começou a tipificar algumas categorias de direitos da personalidade, como o direito ao nome, direito à imagem. Em um segundo momento, outra teoria ganha força, adotando o posicionamento no sentido de que há apenas um único direito da personalidade com uma pluralidade de manifestações (DONEDA, 2021, p. 90).

Assim, a favor da concepção monista, aponta-se que a personalidade é uma só e que há somente um único direito da personalidade, fundamentando tal posição no argumento de que “apesar de que a pessoa apresente diversas manifestações externas, estas não são autônomas, embora separadas, porque não representam momentos de uma realidade que não pode ser senão unitária” (MATTIETTO, 2017, p. 225). Além disso, é possível apontar que os defensores da teoria monista, isto, é, da existência de um “direito geral da personalidade”, eram principalmente autores alemães e tiveram como expoente desse pensamento Karl Larenz (GAMA; PEREIRA, 2006, p. 9). Tal autor entendia o direito geral da personalidade como sendo:

el derecho al respeto, a la no lesión de la persona em todas sus manifestaciones inmediatas dignas de protección (tales como lo declarado oralmente o escrito por la misma) y en la esfera privada e íntima, sustraída a la curiosidad y a la inoportunidad de otros, sin que con ello se dé ya una de limitación terminante y segura (LARENZ, K., 1978, pp. 161-162)⁸.

Enquanto favoravelmente à concepção pluralista, tem-se que o argumento de que “a consciência comum não costuma distinguir um só bem na pessoa; pelo contrário, reconhece vários bens distintos, correspondentes a interesses distintos, na vida, na honra, na identidade etc., da pessoa” (DE CUPIS, 1961, p. 26 *apud* MATTIETTO, 2017, p. 226). Importa, ainda, destacar que os defensores da teoria pluralista dos direitos da personalidade tiveram como expoente Adriano de Cupis, o qual considerava:

*è giuridicamente corretta la costruzione de tante singoli diritti dela personalità quante sono le utilità, insite nell'essere umano, che sono riconosciute realmente degne de protezione giuridica dalla coscienza contemporanea e dalle norme positive che ne sono i reflexo (DE CUPIS, 1982, p. 182 *apud* GAMA; PEREIRA, 2006, p. 9)⁹.*

Destaca-se, ainda, conforme Mattietto (2017, p. 225), que a corrente doutrinária que adota um único direito da personalidade denomina-se concepção monista; enquanto a concepção pluralista defende a existência de uma pluralidade de direitos da personalidade e que, ainda, subdivide-se quanto a tipicidade ou atipicidade dos direitos da personalidade, isto é, há aqueles que defendem a existência do *numerus clausus* (uma série limitada de direitos) e há aqueles que defendem o *numerus apertus*, ou seja, uma série aberta e elástica de direitos.

Acerca dessa discussão doutrinária, entre as correntes monista e pluralista, Doneda (2021, p. 96) argumenta ser necessário o reconhecimento de que:

Não cabe o antagonismo entre teses monistas e pluralistas, no momento que se reconhece a plena vinculação de todo o ordenamento jurídico ao valor máximo da pessoa humana, que deve ser considerado em qualquer situação. Assim, o conjunto de situações-tipo presente no Código Civil brasileiro sob a denominação de direitos da personalidade não devem ser lidas de forma a excluir absolutamente outras hipóteses não previstas; na verdade, muito mais

⁸ o direito ao respeito, à não lesão da pessoa em todas as suas manifestações imediatas dignas de proteção (como o que é declarado verbalmente ou por escrito pela pessoa) e na esfera privada e íntima, afastada da curiosidade e inoportuna de outros, sem que isso já dê uma limitação definitiva e segura (tradução nossa).

⁹ é juridicamente correto construir tantos direitos individuais da personalidade quantas utilidades inerentes ao ser humano, os quais são reconhecidos como verdadeiramente dignos de proteção jurídica pela consciência contemporânea e pelas normas positivas que os refletem (tradução nossa).

importante que esse (tímido) elenco é a sua leitura à luz da cláusula geral de proteção da personalidade presente na Constituição.

Contudo, cabe ainda, indicar uma crítica às concepções monista e pluralista, conforme bem aponta Mattietto (2017, p. 226): “o problema é que tanto a concepção monista como a atomística pretendem transpor a personalidade uma análise peculiar à propriedade e, em geral, aos direitos patrimoniais”.

Nesse sentido, ao evidenciar-se primordiais a dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade, cabe ao jurista defender o ser humano em todas as situações jurídicas e não proteger o ser humano contra ofensas a esses direitos apenas sob a ótica patrimonial (MATTIETTO, 2017, p. 227).

Ainda, há que se distinguir a diferença entre o direito geral de personalidade e cláusulas gerais de proteção. Diante dessa dicotomia, em relação ao direito geral de personalidade, afirma Doneda algumas de suas vantagens e desvantagens:

O direito geral de personalidade possui vantagens e desvantagens, sendo possível apontar como uma de suas vantagens relaciona-se com a sua abrangência, possibilitando a tutelar a personalidade em toda a sua complexidade e manifestações. Por outro lado, a sua desvantagem consiste justamente na dificuldade de visualizar os contornos dos direitos da personalidade, bem como os seus limites, fazendo com que a pluralidade de suas emanações possa ser considerada direito subjetivo (DONEDA, 2021, p. 91).

Enquanto a cláusula geral pode ser entendida, conforme Engisch (1996, pp. 228-229 *apud* MATTIETTO, 2017, p. 227), como a “formulação de uma hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”.

Nesse sentido, a cláusula geral contrapõe-se à elaboração casuística. Um exemplo presente no Código Civil brasileiro diz respeito ao art. 186¹⁰, que é uma cláusula geral. Enquanto os arts. 948-954¹¹, também do Código Civil, que tratam da

¹⁰ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹¹ Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros

liquidação de obrigações de atos ilícitos, são exemplos de hipóteses legais de elaboração casuística. Importante salientar que essas duas técnicas podem, inclusive, complementarem-se, como ocorre no art. 51 do CDC¹², uma vez que há uma cláusula geral combinada com um rol de hipóteses (*numerus apertus*). (MATTIETTO, 2017, p. 227).

Entretanto, como argumenta Mattietto (2017, p. 228), "a grande vantagem da cláusula geral sobre o casuismo está em, graças à sua generalidade, tornar possível

cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Art. 952. Havendo usurpação ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado.

Parágrafo único. Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avante àquele.

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal: I - o cárcere privado; II - a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé; III - a prisão ilegal.

¹² Art. 51. **São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:** I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V - (Vetado); VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias. XVII - condicionem ou limitem de qualquer forma o acesso aos órgãos do Poder Judiciário; XVIII - estabeleçam prazos de carência em caso de impontualidade das prestações mensais ou impeçam o restabelecimento integral dos direitos do consumidor e de seus meios de pagamento a partir da purgação da mora ou do acordo com os credores; (G.N.)

regular um vasto número de situações, que talvez sequer pudessem ser previstas ao tempo da edição da lei".

Em relação especificamente aos direitos da personalidade, o Código Civil Brasileiro seguiu o modelo da Itália, vez que previu poucos direitos da personalidade em espécie – arts. 11 a 21¹³. Embora a doutrina aponte algumas leis extravagantes¹⁴ que enumeram um rol muito maior de direitos da personalidade, evidencia-se que os tipos legais são, em certa medida, escassos e não resguardarão todas as situações em que pode incidir a proteção dos direitos da personalidade (MATTIETTO, 2017, p. 225).

Todavia, a CRFB/88, ao estabelecer uma cláusula geral de proteção, confere maior flexibilidade de aplicação a situações complexas e inéditas que podem ocorrer na sociedade, sobretudo com as inovações trazidas nos campos da tecnologia da informação e expansão das comunicações (MATTIETTO, 2017, pp. 228 e 230).

Logo, é possível concluir, com base em Doneda (2021, p. 92), além do confronto entre o direito geral da personalidade e as teorias tipificadoras, que “a

¹³ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

¹⁴ Nesse sentido pode-se indicar, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990.); o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003); a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973); e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015).

unidade do ordenamento jurídico pressupõe, como consequência necessária, a unidade de suas finalidades: a tutela da personalidade humana”.

2.5 O conceito ético de privacidade à luz da teoria de John Finnis

Como visto anteriormente, apesar das dificuldades de conceituar o direito à privacidade, restou evidente que a defesa desse direito sem uma fundamentação filosófica careceria de robustez, de modo que a sua defesa tornar-se-ia frágil e poderia até mesmo ganhar contornos puramente retóricos. Nesse sentido, escolheu-se adotar como marco teórico para o embasamento do direito à privacidade a teoria da lei natural de John Finnis. Tal teoria, conforme Pinheiro e Bonna (2020, p. 379), “articula, com rigor conceitual, uma teoria da razão prática, que explica tanto a sua autoridade formal-processual quanto a sua normatividade ética”.

Desse modo, aponta-se que Finnis confronta, em sua análise dos bens humanos básicos e do bem comum, a autoridade e a questão moral da razão prática e, nesse viés teórico, defende que “a autoridade jurídica está a serviço da coordenação social” (PINHEIRO; BONNA, 2020, p. 379).

Nesse sentido, deve-se esclarecer três conceitos fundamentais para a compreensão da teoria finnisiana, a saber: i) o Estado de Direito; ii) o bem comum e iii) o plano de vida. Assim, o primeiro e segundo conceitos foram definidos por Pinheiro e Bonna (2020, p. 379), da seguinte maneira:

O **Estado de Direito** é a *forma* da autoridade, como exigência racional de estabilidade e de previsibilidade que o princípio da legalidade instaura na comunidade regida pela racionalidade do bem comum. A seu turno, o **bem comum** é o conjunto de condições necessárias para que cada pessoa realize os bens humanos básicos na sua vida, consoante o seu plano racional de vida (G.N.)

Já em relação ao terceiro conceito, o plano de vida, pode-se dizer que ele possui alguns pressupostos, como a autonomia e a liberdade individuais, as quais se ordenam de acordo com as preferências morais e o intelecto de cada indivíduo (PINHEIRO; BONNA, 2020, p. 379). Isto é, são as escolhas que cada qual pode realizar ao longo de sua existência utilizando-se de sua faculdade intelectual, sua liberdade e, conforme a teoria finnisiana, assimilando as razões de ordem pública em suas escolhas (plano de vida), no seu comportamento moral-racional, tendo em vista

que um dos requisitos da razoabilidade prática é o bem comum (PINHEIRO; BONNA, 2020, p. 380).

Ademais, de forma a explicitar ainda mais a teoria finnisiana cabe destacar que Finnis (2007a, p. 270 *apud* PINHEIRO; BONNA, 2020, p. 380) entende o caso central do direito como sendo:

Regras feitas, de acordo com regras legais reguladoras, por uma autoridade determinada e efetiva (ela própria identificada e, tipicamente, constituída como uma instituição por regras jurídicas) para uma comunidade 'completa', e escorada por sanções de acordo com as estipulações guiadas por regras de instituições judicantes, **este conjunto de regras e instituições sendo direcionado a resolver de modo razoável qualquer um dos problemas de coordenação da comunidade** (e ratificar, tolerar, regular ou derrogar soluções advindas de outras instituições ou fontes de normas) **para o bem comum dessa comunidade**, de acordo com uma maneira e uma forma adaptadas a esse bem comum por características de especificidade, **minimização de arbitrariedade, e manutenção de uma qualidade de reciprocidade entre os objetos da lei entre si e também em suas relações com as autoridades legítimas** (G.N.)

Outro importante pilar da teoria finnisiana é o entendimento de que o Estado de Direito possui como função promover a dignidade, racionalidade e liberdade humana. Sendo que dentre as três, a liberdade ocupa posição de destaque (PINHEIRO; BONNA, 2020, p. 381).

Entendendo esses pilares da teoria finnisiana, indica-se também, que a lei natural, de acordo com Batnitzky, (1995 *apud* PINHEIRO; BONNA, p. 382):

[I]dentifica condições e princípios de razoabilidade prática, de bondade e ordem entre as pessoas, na sociedade e na conduta social. Os bens humanos básicos são valores intrínsecos, aspectos gerais do bem-estar pessoal que constituem o florescimento (felicidade), que dependem das condições sociais, jurídico-políticas do bem comum. **Por isso, todos são, de algum modo, moral e juridicamente responsáveis pelo bem comum, porque não é possível o florescimento humano individualizado, isolado da rede que compõe a comunidade completa que é o Estado.** (G.N.)

Nesse sentido, para John Finnis (2007a, pp. 91-95 *apud* PINHEIRO; BONNA, 2020, p. 383) a vida, o conhecimento, o jogo, a experiência estética, a sociabilidade prática, a razoabilidade prática e a religião compõem os bens humanos básicos.

Tal qual no artigo de Pinheiro e Bonna, aqui interessa os bens da razoabilidade prática e a sociabilidade prática. De modo que se entende a razoabilidade prática

como tendo a “função arquitetônica no equacionamento dos planos de vida, tanto individual-ético, quanto o social-jurídico” (FINNIS, 2007a, p. 108 *apud* PINHEIRO; BONNA, 2020, p. 383), enquanto a sociabilidade prática como “a capacidade de relação interpessoal pela qual nos comunicamos e formamos comunidades” (FINNIS, 2007a, p. 143 *apud* PINHEIRO; BONNA, 2020, p. 383).

Diante desses conceitos e aspectos do pensamento de John Finnis, Pinheiro e Bonna explicitam a correlação estabelecida entre o direito à privacidade e sua fundamentação filosófica, vez que apontam que:

Um plano de vida só será razoável se desenvolvido com autonomia, autenticidade e integridade, e se for articulado ao bem da sociabilidade (comunicação e formação de comunidades). Assim, **percebe-se a relação do direito à privacidade com o bem básico da razoabilidade prática, na sua dimensão normativa.**

Quem se arvora a comunicar a sua intimidade com quem queira, exercendo o bem da razoabilidade, se não tiver o direito à privacidade resguardado por um Estado de Direito que o proteja de invasões digitais? (G.N.) (PINHEIRO; BONNA, 2020, p. 383).

Tendo em vista o conceito de bem comum anteriormente citado, para Finnis (1998, p. 222 *apud* PINHEIRO; BONNA 2020, p. 383) o Estado pode ser entendido como uma comunidade completa que é baseada no bem comum instrumental e, desse modo, é possível identificar na família e na amizade um bem comum dito substancial e que é compartilhado e, ainda, embora essa relação não exista entre a maioria dos indivíduos que compõem o Estado, existe uma responsabilidade, mesmo que indireta, de todos em facilitar a promoção do bem comum de toda a comunidade, bem como não impedir a fruição desse bem comum.

Assim, pode-se dizer que a formação da personalidade de cada indivíduo relaciona-se com apresentação pública. Conforme Finnis (PINHEIRO; BONNA, 2020, p. 384):

A apresentação da minha pessoa incluindo a minha presença física, imagem, voz e propriedade, depende da minha liberdade, da minha decisão pessoal. É por isso que o direito a intimidade e privacidade constituem o núcleo dos direitos da personalidade [...].

Em suma, como bem apontam Pinheiro e Bonna (2020, p. 384): “Por causa da nossa razoabilidade e da dignidade dos outros, não podemos instrumentalizá-las aos nossos interesses privados, atentando contra o bem comum” e é necessário, ainda, acrescentar que o descumprimento gera um ato ilícito passível de responsabilização.

2.6 O conceito ético de privacidade à luz da teoria de Robert P. George.

Outro autor que utiliza a teoria da lei natural chama-se Robert P. George. Esse autor, “relaciona o direito à privacidade à moralidade pública do bem comum, composta pelos bens humanos básicos, numa teoria perfeccionista e pluralidade das liberdades civis” (PINHEIRO; BONNA, 2020, p. 384).

Para George, conforme Pinheiro e Bonna (2020, p. 385), a privacidade consiste em “uma liberdade civil, e que, como tal, não é valiosa em si mesma, mas como instrumento aos bens que realiza de modo razoável e harmônico com a realização dos outros agentes racionais e autônomos (bem comum)”.

Nesse mesmo sentido, conforme o próprio Robert P. George (1993, p. 211) o direito à privacidade trata-se:

The essentially procedural right to be free from governmental and other intrusions into one's home or office or other premises, or into one's files, papers, or other records, unless the government can justify invading private space of reviewing private information by providing powerful reasons.¹⁵

Diante dessa definição, pode-se realizar a ligação entre as ideias de Finnis e George. Nesse sentido, a privacidade está relacionada à interioridade, a qual, por sua vez, é resultado da comunicação autêntica e, caso ocorra a perda da integridade, bem como a autenticidade, há aí uma afronta direta à dignidade humana. É por esse motivo que a personalidade não pode ser desfigurada pela comunicação via Internet (PINHEIRO; BONNA, 2020, p. 385) ou em qualquer outro meio digital ou não digital.

Assim, argumentam Pinheiro e Bonna (2020, pp. 385-386) que quando não há o respeito ao direito à privacidade “não há o processo de exteriorização autêntica e fiel da interioridade para as pessoas desejadas, com quem se quer formar uma comunidade, portanto, não há comunicação efetiva, razoável”.

Retomando o pensamento de George, concluem Pinheiro e Bonna (2020, p. 386), que, diante da teoria do direito natural, pode-se afirmar, em relação ao direito à privacidade, que ele se preocupa com o “autodesenvolvimento individual valioso,

¹⁵ O direito essencialmente processual de estar livre de intrusões governamentais e outras em sua casa ou escritório ou outras instalações, ou em seus arquivos, papéis ou outros registros, a menos que o governo possa justificar a invasão do espaço privado de revisão de informações privadas fornecendo razões poderosas (tradução nossa).

pautado na razoabilidade prática dos agentes morais. Daí a necessidade de proteção a esse direito, na forma de garantia fundamental”.

Ademais, George (1993, p. 214) indica que:

Privacy is valuable as a condition of personal integration, which is something intrinsically valuable as well as importantly instrumentally valuable for making true community possible. [...] In a significant sense, privacy and free speech are two sides of a coin¹⁶.

Por fim, é por esse motivo indicado acima, isto é, a harmonia interpessoal (*true community*), que, caso houvesse um conjunto de pessoas impedindo o desenvolvimento da interioridade e individualidade dos demais componentes dessa comunidade, não seria viável a cooperação social, que é um bem humano básico (PINHEIRO; BONNA, 2020, p. 386).

Portanto, conforme Pinheiro e Bonna (2020, p. 386), “quando não se respeita a privacidade, na qual se protege a intimidade moral da pessoa, tem-se a dominação e a manipulação que privam a cooperação genuína”.

¹⁶ A privacidade é valiosa como condição de integração pessoal, algo intrinsecamente valioso e instrumentalmente valioso para tornar possível a verdadeira comunidade. [...] Em um sentido significativo, privacidade e liberdade de expressão são dois lados de uma moeda (tradução nossa).

3 NORMAS GERAIS DE TUTELA DA PRIVACIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Constituição Federal Código Civil e Código de Defesa do Consumidor

No ordenamento jurídico brasileiro, pode-se verificar, principalmente a partir da leitura da CRFB/88, bem como do CC/02 e do CDC, alguns mecanismos que fundamentam e tutelam o direito à privacidade.

Nesse sentido, historicamente, conforme aponta Doneda (2021, p. 112), “a inviolabilidade do domicílio e da correspondência – nas quais se inclui o direito à privacidade – estão presentes em todas as Constituições brasileiras, desde a constituição do império, de 1824”, evidenciada mais especificamente no seu art. 179, incisos VII e XXVII¹⁷.

Nas demais Constituições brasileiras constata-se, que tais direitos previstos na Constituição de 1824 (arts.179, incisos VII e XXVII), estavam presentes em todas as constituições da República¹⁸, mesmo que de maneira adaptada (DONEDA, 2021, p. 112).

¹⁷ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundaçãõ; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.

XXVII. O Segredo das Cartas é inviolavel. A Administração do Correio fica rigorosamente responsavel por qualquer infracção deste Artigo.

¹⁸ Na Constituição de 1891 encontrava-se disposto:

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 11 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir as vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

§ 18 - É inviolável o sigilo da correspondência.

Na Constituição de 1934:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

8) É inviolável o sigilo da correspondência.

16) A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

Na Constituição de 1937:

Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei;

Na Constituição de 1946:

Como já visto nos capítulos anteriores, pode-se dizer, como a informação passou a ser o eixo da privacidade, que a proteção de dados pressupõe a privacidade, embora modifique seus elementos (DONEDA, 2021, pp. 177-178). Desse modo, o direito à privacidade e à proteção de dados desenvolveu-se no ordenamento jurídico pátrio a partir da cláusula geral da personalidade e foram efetivados com base na legislação que trata dos direitos do consumidor (DONDEA, 2021, p. 267).

Assim, a CRFB/88 prevê a problemática da informação em seu art. 5º, inc. IX e art. 220¹⁹, ao tratar da garantia à liberdade de expressão, bem como no art. 5º, incisos. XIV, XXXIII e XXXIV e art. 220²⁰, em que dispõe sobre o direito à informação.

Além dessas garantias, conforme Mattietto (2014, p. 329-330), com uma breve leitura da CRFB/88, pode-se destacar a existência de importantes princípios sobre a privacidade, antes mesmo do advento de lei infraconstitucional e específica que regulasse a matéria e desse modo, verificam-se que são proclamados em alguns incisos do art. 5º, a saber: é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (inc. IV); são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inc. X); o instituto do *habeas data*, que garante o direito

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 6º - É inviolável o sigilo da correspondência.

§ 15 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém, poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer

Na Constituição de 1967:

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 9º - São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas.

§ 10 - A casa é o asilo inviolável. do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.

¹⁹ Art. 5º: IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Art. 220: A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

²⁰ Art. 5º: XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

ao acesso e a retificação de dados (inc. LXXII), bem como a inviolabilidade do domicílio (inc. XI) e da correspondência (inc. XII), já citados anteriormente²¹.

Em relação mais especificamente ao *habeas data*, conforme aponta Clève (1998, p. 75 *apud* DONEDA, 2021, p. 281), já encontrava-se presente no Projeto de Constituição elaborado pela Comissão Afonso Arinos, bem como teve o *nomen iuris* e o caráter em virtude da proposição de José Afonso da Silva.

Importa frisar que o instituto em questão, estava previsto nos artigos 17 e 48 do Projeto de Constituição elaborado pela Comissão Afonso Arinos como um direito material do cidadão sobre os seus dados²², tendo posteriormente assumido a forma de uma ação constitucional na CRFB/88 (DONEDA, 2021, p.282).

Ainda, esse instrumento possui certo paralelismo com o instituto do *habeas corpus*; ambos protegem em juízo um direito material, o *habeas data* é de natureza remedial e encontra correspondentes no ordenamento jurídico de outros países, como os EUA e a Espanha e o México²³ sendo que no ordenamento jurídico brasileiro consiste em ação constitucional integrante de uma série de instrumentos de garantia de direitos coletivos e individuais (DONEDA, 2021, pp. 283-284), e nasceu com o fito fortalecer as bases do novo sistema democrático e encerrar a ausência de liberdades individuais e (SIDOU, 1989, p. 452 *apud* DONEDA, 2021, p. 284).

Assim sendo, o *habeas data* está presente na CRFB/88 no art. 5º, inc. LXXII²⁴, como citado anteriormente, e consiste, essencialmente, em uma ação constitucional

²¹ Essas duas garantias, presentes em todas as Constituições anteriores está atualmente assim redigido no texto constitucional:

Art. 5º: (...)

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

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

²² Art. 17. Todos têm direito de acesso à referências e informações a seu respeito, registradas por entidades públicas ou particulares, podendo exigir a retificação de dados, com sua atualização e supressão dos incorretos, mediante procedimento judicial sigiloso.

§ 1º. É vedado o registro informático sobre convicções pessoais, atividades políticas ou vida privada, ressalvado o processamento de dados não identificados para fins estatísticos.

§ 2º. A lesão decorrente do lançamento ou da utilização de registros falsos gera a responsabilidade civil, penal e administrativa.

[...]

Art. 48. Dar-se-á *habeas data* ao legítimo interessado para assegurar os direitos tutelados no art. 17.

²³ Nos EUA existe o *writ of mandamus*, enquanto na Espanha e no México há o *amparo* (DONEDA, 2021, p. 284).

²⁴ Art. 5º: (...)

LXXII - conceder-se-á *habeas data*:

que foi concebida para a tutela dos direitos fundamentais e para formação de uma cultura democrática, visando a garantia do direito ao acesso e retificação de informações pessoais, os quais são tratados por terceiros (DONEDA, 2021, pp. 278-279 e 28).

Contudo, o instituto recebeu severas críticas quando da sua introdução no ordenamento jurídico pátrio, como o fato de tratar direitos tuteláveis por mandado de segurança, bem como a ausência de legislação do *habeas data*²⁵, (DONEDA, 2021, p. 284). Nesse mesmo sentido, José Carlos Barbosa Moreira (1998, p. 130 *apud* DONEDA, 2021, p. 284) aponta que a edição da lei regulamentadora do instituto em questão demorou 9 anos, o que corrobora a tese de que na prática fez com fossem utilizadas as normas do mandado de segurança para as ações de *habeas data* impetradas até a edição da lei específica²⁶.

Diante dessas críticas, Dallari (2002, p. 243) afirmou, ainda, que: “o *habeas data* foi criado com objetivos próprios, diferentes daqueles que inspiraram os meios de garantia do direito à informação genericamente considerado”. Já Doneda (2021, pp. 287-288) ao expor algumas de suas limitações, aponta para o fato de que para o instituto do *habeas data*, para ser utilizado exige o patrocínio de um advogado, e indica a sua maior limitação, ao afirmar que “um sistema de proteção de dados pessoais que possui como instrumentos principais de atuação o recurso a uma ação judicial [...] não se nos apresenta como um sistema adequado às exigências da matéria” (DONEDA, 2021, p. 288).

Perante as críticas, bem como a aplicação do instituto após a promulgação da CRFB/88 e da edição da lei que o regulamente, Doneda (2021, p. 286) considera o seguinte sobre o *habeas data* em relação ao direito à privacidade:

Ao mesmo tempo em que nunca é demais ressaltar que **o *habeas data* não representa formalmente uma mudança no perfil material do direito à privacidade**, o fato é que ele serviu para atrair para si a responsabilidade por sua tutela pela respectiva efetividade. Assim, **a ação teve o mérito de chamar a atenção do operador e da sociedade para um direito que vinha sendo negligenciado**, imprimindo a ele, porém, certas limitações que iriam

a) para assegurar o **conhecimento de informações** relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a **retificação de dados**, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; (G.N.)

²⁵ Luís Roberto Barroso também apresenta críticas ao instituto do *habeas data*, conforme Doneda (2021, p. 284).

²⁶ Trata-se da Lei nº 9.507/97, a qual regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*.

repercutir na trajetória do reconhecimento da proteção de dados pessoais no país. (G.N.)

Assim, é possível concluir que, embora tenha cumprido historicamente o seu papel como promotor de garantias e direitos individuais com o advento da CRFB/88, o *habeas data* não se apresenta como instrumento adequado para a tutela da privacidade, conforme exposto pelos autores supracitados.

Já em relação ao diploma consumerista, como exposto anteriormente por Doneda, a proteção de dados no ordenamento jurídico pátrio foi efetivada a partir do CDC. Nesse sentido, aponta Mattietto (2014, p. 330) que estabelece procedimentos para manutenção de registros, bem como protege os dados do consumidor em banco de dados e arquivos, porém, os órgãos responsáveis pela proteção do consumidor (Procons) não priorizaram a salvaguarda dos dados pessoais dos consumidores.

Há que se destacar também que o próprio CDC prevê algumas formas de tutelar os direitos individuais homogêneo (art. 81, III, CDC)²⁷, sendo possível tutelar coletivamente a proteção de dados dos consumidores por meio de Ações Coletivas, previstas nos arts. 81-104, CDC (MANSUR; MAGALHÃES; RODRIGUES, 2020b, p. 90).

Ainda, pode-se dizer, em relação à legislação consumerista, que o CDC realizou a promoção de uma visão moderna às categorias neutras do Código Civil anterior, irradiando essa visão para outros campos além das relações de consumo (TEPEDINO, 1999, pp. 199-216 *apud* DONEDA, 2021, p. 276).

Nesse sentido, mais notadamente por meio do seu artigo 43²⁸, o CDC confrontou-se com o problema dos bancos de dados, sobretudo no que tange a

²⁷ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

²⁸ Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá **acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.**

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

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

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

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

utilização abusiva, por parte dos fornecedores, das informações sobre os consumidores e assim, pode-se apontar que há uma limitação a legislação consumerista, no que tange a proteção de dados, uma vez que ele abrange apenas o contexto das relações de consumo e de maneira resumida a questão da proteção de dados, ainda que aponte alguns princípios importantes (DONEDA, 2021, pp. 276-277).

A exemplo do exposto acima, Benjamin (1997, p. 330 *apud* DONEDA, 2021, p. 277), aponta que “as informações dos arquivos de consumo só podem ser prestadas uma vez preenchidas duas condições: *uma solicitação individual* decorrente de uma *necessidade de consumo*”. Diante disso, Doneda (2021, p. 277) defende a existência do princípio da finalidade, uma vez que poderão ser utilizados dados fornecidos pelos consumidores para os fins que ocasionou a necessidade de sua coleta.

Ademais, o próprio artigo 43 nasce inspirado pelo *Fair Credit Reporting Act* (197) dos EUA, conforme o responsável pela elaboração do anteprojeto do CDC, Benjamin (1997, p. 327 *apud* DONEDA, 2021, p. 278), sendo assim, entende-se que isso demonstra a limitação da tutela promovida pelo diploma consumerista, seja pela sua incidência, seja pelo caráter dos artigos e, apesar disso, permanece sendo um pilar fundamental, possibilitando que o tratamento de dados pessoais nas relações de consumo seja tutelada pelo Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (DONEDA, 2021, p. 278).

No que tange o Código Civil, é possível indicar que o código 1916 estabelecia, levando em consideração o direito à privacidade, algumas limitações ao direito de construir²⁹ (DONEDA, 2021, p.268). Já no atual CC/02, Parrilli e De Conti (2013 *apud* MATTIETTO, 2014, p. 330) sinalizam que o código embora afirme a inviolabilidade da

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

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

²⁹ São os artigos 573, 576 e 577 do Código Civil de 1916:

Art. 573. O proprietário pode embargar a construção de prédio que invada a área do seu, ou sobre este deite goteiras, bem como a daquele, em que, a menos de metro e meio do seu, se abra janela, ou se faça eirado, terraço, ou varanda.

§ 1º A disposição deste artigo não abrange as frestas, esteiras, ou óculos para luz, não maiores de dez centímetros de largura sobre vinte de comprimento.

§ 2º Os vãos, ou aberturas para luz não prescrevem contra o vizinho, que, a todo tempo, levantará, querendo, a sua casa, ou contra muro, ainda que lhes vede a claridade.

Art. 576. O proprietário, que anuir em janela, sacada, terraço, ou goteira sobre o seu prédio, só até o lapso de ano e dia após a conclusão da obra poderá exigir que se desfaça.

Art. 577. Em prédio rústico, não se poderão, sem licença do vizinho, fazer novas construções, ou acréscimos as existentes, a menos de metro e meio de limite comum.

vida privada (art. 21)³⁰, em momento algum cita a proteção aos dados pessoais, porém, há a menção à proteção contra a prática de atos ilícitos (art 186)³¹, bem como obriga a reparação à estes atos (art. 927)³².

Ademais, qualquer vítima de violação ao direito à privacidade, utilizando em conjunto e como fundamento os artigos supramencionados, pode solicitar medidas preventivas, bem como que extirpem a violação com a respectiva atribuição de indenização por parte do tribunal (PARRILLI; DE CONTI, 2013 *apud* MATTIETTO, 2014, p. 330).

Tais indicadores apontam para a existência de tutela da privacidade nos âmbitos constitucional e civil, bem como no direito do consumidor, os quais servem de suporte para a defesa do direito à privacidade, aplicando-se em conjunto a própria LGPD.

3.2 Marco Civil da Internet

Já em relação à Lei nº12.965, de 23 de abril de 2014, mais conhecida como Marco Civil da Internet, pode-se dizer que o seu projeto foi uma iniciativa conjunta do então Ministro da Justiça e do Centro de Tecnologia e Sociedade da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e que contou com a colaboração da sociedade e do governo na formulação de seus princípios (MATTIETTO, 2104, p. 332).

A respeito da lei propriamente dita, afirma-se sua importância devido a três principais motivos: ela mostra como princípios como liberdade de expressão e privacidade se aplicam ao ambiente *online*, embora já estejam consagrados na Constituição; ela representou para o Brasil um avanço na preservação da neutralidade da rede; e ela, no que tange a responsabilidade legal de intermediários, representou uma redução de insegurança jurídica, a qual inibe a inovação e o florescimento de novos modelos de negócios online (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2014).

³⁰ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma

³¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

³² Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Nesse contexto, é possível afirmar que o Marco Civil da Internet caracteriza-se, no que diz respeito a proteção de direitos e garantias fundamentais, como o principal instrumento regulatório da Internet no país e, além disso, contou com recomendações do Comitê Gestor de Internet no Brasil (CGI.br)³³, por meio da Resolução CGI.br/Res/2009/03/P, a qual apontou 10 princípios para a governança e uso da Internet³⁴ (PINHEIRO; BONNA, 2020, p. 371).

Desses dez princípios, dois destacam-se: liberdade, privacidade e direitos humanos e a governança democrática e colaborativa para a presente monografia. Eles, conforme Pinheiro e Bonna) (2020, p. 372), somados ao princípio da inimizabilidade da rede, consistem no:

Núcleo do Estado Democrático de Direito, voltado à proteção da dignidade da pessoa humana a partir da tutela de direitos humanos como a liberdade de expressão e a privacidade. Por outro lado, o meio digital em que se dá a comunicação social, o trabalho, o comércio e a política, deve ser governado de forma democrática, colaborativa e transparente, sem que haja monopólio, controle ou manipulação de informações para fins comerciais ou políticos. **Percebe-se, assim, a inspiração diretamente constitucional desse Documento.** (G.N.)

Ao analisar os artigos do MCI, constata-se a existência de fundamentos (art. 2º), sendo um dos principais o “os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais” (inc. II), princípios (art. 3º), sendo os mais importantes para essa monografia: “garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal” (inc. I); “proteção da privacidade” (inc. II); “proteção dos dados pessoais, na forma da lei” (inc. III); e “responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei” (inc. VI); e objetivos (art. 4º) bem definidos³⁵.

³³ Órgão da Presidência da República.

³⁴ Os “Princípios para a Governança e Uso da Internet no Brasil” são: 1. Liberdade, privacidade e direitos humanos; 2. Governança democrática e colaborativa; 3. Universalidade; 4. Diversidade; 5. Inovação; 6. Neutralidade da rede; 7. Inimizabilidade da rede; 8. Funcionalidade, segurança e estabilidade; 9. Padronização e interoperabilidade; e 10. Ambiente legal e regulatório. Disponível em: <<https://principios.cgi.br/sobre>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

³⁵ Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como **fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como**: I - o reconhecimento da escala mundial da rede; II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; III - a pluralidade e a diversidade; IV - a abertura e a colaboração; V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VI - a finalidade social da rede.

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes **princípios**: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; IV - preservação e garantia da neutralidade de rede; V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio

Assim como a LGPD, o MCI indica uma série de conceitos e como eles são entendidos pela legislação (art. 5º)³⁶ e aponta uma série de direitos no art. 7º, em que se destacam os seguintes: “inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (inc. I); “inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei” (inc. II); “inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial” (inc. III); e “não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei” (inc. VII).

Nesse sentido, conforme Mattietto (2014, p. 334, tradução nossa), em análise ao referido artigo 7º, constata-se que

A inviolabilidade da intimidade e da privacidade declarada pelo artigo 7º e garantida sua proteção, bem como a indenização por danos materiais ou morais decorrentes da violação. O mesmo artigo trouxe a inviolabilidade e sigilo das comunicações privadas armazenadas, exceto que ordem judicial e registros de conexão e acesso a aplicações de Internet foram expressamente considerados dados pessoais, os quais não devem ser compartilhados com terceiros.

de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; VII - preservação da natureza participativa da rede; VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por **objetivo a promoção**: I - do direito de acesso à internet a todos; II - do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos; III - da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e IV - da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados. (G.N.)

³⁶ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: I - internet: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes; II - terminal: o computador ou qualquer dispositivo que se conecte à internet; III - endereço de protocolo de internet (endereço IP): o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais; IV - administrador de sistema autônomo: a pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País; V - conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP; VI - registro de conexão: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados; VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet; e VIII - registros de acesso a aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP.

Adicionalmente, os artigos 8^a, 10 e 11 merecem maior destaque. No que diz respeito ao art. 8^o, ficou estabelecido que cláusulas contratuais que violem garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações são nulas de pleno direito, entendendo essas cláusulas como aquelas que ofendem inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas e no contexto de contratos de adesão, as cláusulas em que havendo controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil, não oferecem como alternativa a adoção do foro brasileiro para solução.

Em relação ao artigo 10³⁷, conforme Pinheiro e Bonna (2020, p. 373) apontam que:

Além de princípios e direitos, **o Marco Civil prevê tanto direitos, quanto mecanismos processuais para a proteção deles.** Um dos eixos centrais desse instrumento regulatório é a tentativa de conciliação equânime entre o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade dos usuários. Interessa-nos especificamente a ênfase que a norma confere aos direitos de personalidade, sobretudo a inviolabilidade da intimidade e da vida privada e o sigilo do fluxo de informações e comunicações, excetuando-os apenas mediante ordem judicial fundamentada, consoante o devido processo legal. (G.N.)

Assim, conforme De Lucca (2015 *apud* PINHEIRO; BONNA, 2020, p. 373), os provedores devem guardar sigilo sobre os dados pessoais, comunicações privadas, bem como registros de conexão dos usuários de Internet, não sendo a eles lícita o ato de venda de informações sobre os usuários como por exemplo as suas conversas particulares, horário de navegação, bem como preferências musicais, sendo tal prática passível de penalidades, da advertência à proibição do exercício desse serviço.

³⁷ Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1^o O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7^o.

§ 2^o O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7^o.

§ 3^o O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§ 4^o As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

Já o art. 11 declara o seguinte:

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

Além disso, conforme o art. 15³⁸, por seis meses, os provedores são obrigados a manter os registros de acesso a aplicações de Internet, sendo permitida a disponibilização desses registros unicamente por determinação judicial específica, de acordo com os arts. 22 e 23 do MCI³⁹.

Diante do advento dessa recente legislação, Mattietto (2014, p. 339, tradução nossa), entende que a aprovação dela representa para o ordenamento jurídico brasileiro: “um avanço glorioso para a segurança jurídica no ciberespaço brasileiro, preenchendo as lacunas regulatórias do Brasil, que atualmente impedem investimentos em sua infraestrutura tecnológica”.

Portanto, verifica-se que o MCI revelava ser uma regulação promissora no que tange a defesa da privacidade no âmbito da Internet, sendo composto não apenas por princípios e direitos, mas também por mecanismos aptos a defender a privacidade e os dados dos brasileiros. Contudo, ao analisar detidamente a LGPD, é possível afirmar que ela complementa e amplia as disposições do referido diploma legal.

3.3 Disposições esparsas

³⁸ Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

³⁹ Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet. Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade: I - fundados indícios da ocorrência do ilícito; II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e III - período ao qual se referem os registros.

Art. 23. **Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.** (G.N.)

Por último, cabe apontar outras disposições espalhadas pelo ordenamento jurídico brasileiro que também visam resguardar o direito à privacidade antes mesmo do advento da LGPD.

Assim sendo, ao analisar a legislação pátria, é possível verificar a existência de alguns diplomas legislativos anteriores à LGPD, como a Lei de Acesso à informação (Lei nº 12.257/2011); a Lei nº 12.414/2011, que disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito (MATTIETTO, 2014, p. 331).

Já em 2012, foram aprovadas duas leis sobre crimes cibernéticos, a saber a Lei nº 12.735 e a Lei nº 12.737, que ficou conhecida como a Lei Carolina Dieckmann, uma famosa atriz que teve suas fotos íntimas roubadas e divulgadas na internet, nesse sentido, as leis criminalizaram a prática do hackeamento e o acesso desautorizado de informações tecnológicas (MATTIETTO, 2014, p. 331).

Nesse mesmo sentido, conforme Doneda (2021, p. 268), há disposições de que tutelam a privacidade “de natureza processual, penal, comercial, no direito tributário em outras normas setoriais nas quais aspectos da privacidade assumem relevo”.

Em relação especificamente no campo processo, são tuteladas as situações que envolvem processos correndo em segredo de justiça previsto no art. 189 do Código de Processo Civil:

Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:
 I - em que o exija o interesse público ou social;
 II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes;
 III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade;
 IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

Na seara penal presente nos arts. 150 a 154 do Código Penal, bem como no anteprojeto de reforma do Código Penal, que dentre as inovações cria um tipo penal tornando crime a violação da vida privada, conforme Wolf (1991, pp. 34-35):

Violação da intimidade.
 Art. 157. Violar, mediante processo técnico ou qualquer outro meio, o resguardo sobre fato., imagem, escrito ou palavra que alguém queira manter na esfera privada.
 Pena - Detenção, de três meses a um ano.
 O parágrafo único do mesmo artigo prescreve:
 Crimes assemelhados à violação da intimidade.

Parágrafo único – Na mesma pena incorre quem indevidamente propala ou divulga imagem, escrito, palavra ou fato, ainda que deles tenha participado.

No campo do Direito Comercial, há a previsão dos arts. 17 a 19 do Código Comercial, enquanto no âmbito do Direito Tributário, verifica-se a existência do sigilo dos agentes do fisco, conforme o art. 198 do CTN (DONEDA, 2021, p. 269):

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

Em relação às normas setoriais, pode-se apontar, conforme Doneda (2021, p. 269) diplomas específicos como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), a Lei nº 5.988/73, que regula os direitos autorais; e a Lei nº 4.595/64, que dispõe sobre a política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, bem como criou o Conselho Monetário Nacional.

Portanto, antes mesmo do advento da LGPD, já existia um arcabouço regulatório mesmo que esparso no ordenamento jurídico brasileiro, que ganhou maior aplicabilidade com a introdução do marco legal da proteção de dados pessoais.

4 O DIREITO À PRIVACIDADE NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

4.1 Contexto histórico, fundamentos, nomenclaturas e princípios da LGPD

Conforme Doneda (2021, pp. 177-184), podem ser apontadas quatro gerações de leis de proteção de dados pessoais, sendo a primeira geração datada da década de 70⁴⁰, consistindo primordialmente em conceder autorizações para criação de banco de dados e o controle destes bancos por órgãos públicos e não demoraram muito tempo a serem ultrapassadas, uma vez que houve uma verdadeira multiplicação de centros de processamento de dados.

Já a segunda geração de leis⁴¹, caracterizadas por terem em sua base considerado a privacidade e a proteção de dados como sendo uma liberdade negativa, a qual deverá ser exercida pelo próprio titular, porém, elas apresentavam os seus problemas, principalmente pelo fato de que um requisito indispensável para viver em sociedade passou a ser o fornecimento de dados pessoais pelos titulares⁴² (DONEDA, 2021, pp. 181-182).

A terceira geração de leis surgiu na década de 1980, tendo como característica marcante o entendimento da proteção de dados como algo mais complexo e que demanda a participação dos titulares e que deve levar em consideração ocasiões em que a liberdade de decidir venha a ser diminuída ou mesmo cerceada por condicionantes, isto é, visam proteger com maior efetividade um dos princípios base da proteção de dados: a autodeterminação informativa⁴³ (DONEDA, 2021, p. 183).

A quarta geração de leis de proteção de dados, por sua vez, é mais recente e caracteriza-se, segundo Doneda 2021, pp. 183-184) “por procurar suprir as desvantagens do enfoque individual existente até então”. Além disso, é possível afirmar que houve uma tendência ao fortalecimento do indivíduo – pessoa titular dos

⁴⁰ São exemplos das primeiras legislações sobre proteção de dados pessoais: a Lei do Land alemão de Hesse (1970) – *Hessisches Datenschutzgesetz*; a primeira lei de proteção de dados, originária da Suécia – *Datalog* (1973); e o *Privacy Act* dos EUA, de 1974, bem como o *Fair Credit Reporting* (1971) (DONEDA, 2021, p. 177).

⁴¹ São exemplos da segunda geração: A lei francesa – *Informatique et Libertés* (1978), tendo menções na Constituição Portuguesa e Espanhola

⁴² Nesse sentido, “a atuação direta da liberdade do cidadão de interromper um fluxo de informações pessoais – implica não raro na sua exclusão de algum aspecto da vida social” (DONEDA, 2021, p. 182).

⁴³ “O marco destas leis de terceira geração é a decisão do Tribunal Constitucional Alemão” (DONEDA, 2021, p. 183). Tal decisão é citada por Doneda em capítulo anterior e cabe aqui apontar brevemente que ela reconheceu, dentre outros aspectos: i) a necessidade da observação do princípio da finalidade na coleta de dados pessoais; ii) desmistificou a noção de que certos dados pessoais deveriam ser tidos como irrelevantes; iii) utilizou a expressão autodeterminação informativa (DONEDA, 2021, p. 172).

dados, bem como houve uma expansão do modelo de autoridades independentes e normas específicas para setores que processam dados⁴⁴ (DONEDA, 2021, p. 184).

Nesse contexto, mais recentemente em 2018, nasceu a LGPD, Lei nº 13.709/2018, a qual consiste na primeira legislação brasileira a tratar especificamente da temática da proteção de dados. Como é perceptível, ela pode ser temporalmente classificada como uma lei da 4ª geração de leis de proteção de dados pessoais também porque ao buscar fortalecer a pessoa frente àqueles que realizam a coleta e o processamento de dados, pode ser apontada como característica, paradoxalmente, “a própria redução do papel da decisão individual de autodeterminação informativa” (DONEDA, 2021, p. 184).

Tal diploma legal tem como fundamentos, o disposto em seu artigo 2º:

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

Em relação aos conceitos, importante destacar que a própria lei, didaticamente, aponta em seu artigo 5º⁴⁵, alguns conceitos importantes para a compreensão do disposto em seus artigos.

⁴⁴ São exemplos os setores de saúde e de crédito ao consumo, conforme Doneda (2021, p. 183)

⁴⁵ Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

- I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;
- II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;
- III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;
- IV - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico;
- V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;
- VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;
- VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;
- VIII - encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD);
- IX - agentes de tratamento: o controlador e o operador;
- X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição,

Dentre eles, merecem maior aprofundamento alguns conceitos como: dados pessoais; dado pessoal sensível; titular; controlador; operador; encarregado; agentes de tratamento; e tratamento.

Além da progressão visivelmente verificada nas gerações de leis sobre proteção de dados pessoais, o que torna possível o agrupamento no eixo de princípios comuns, que inclusive já estariam presentes em alguns ordenamentos jurídicos e em algumas leis da primeira e da segunda geração e desenvolvidas nas leis posteriores (DONEDA, 2021, pp. 184-185).

Nesse sentido, conforme Doneda (2021, p. 177-178), a informação, em especial, os dados pessoais, tornaram-se o centro da matéria privacidade; a proteção de dados pessoais, nessa abordagem, “propõe o tema da privacidade, porém, modifica seus elementos; aprofunda seus postulados e toca nos pontos centrais dos interesses em questão”. Além disso, o mesmo autor aponta que:

Nos trabalhos realizados para a *Secretary for health, education and welfare* por uma comissão de especialistas (que incluía Arthur Miller) e divulgados em 1973, **concluiu-se claramente pela relação direta entre a privacidade e os tratamentos de dados pessoais**, além de se estabelecer a regra do controle sobre a as próprias informações (DONEDA, 2021, p. 185) (G.N.).

processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

XI - anonimização: utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo;

XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;

XIII - bloqueio: suspensão temporária de qualquer operação de tratamento, mediante guarda do dado pessoal ou do banco de dados;

XIV - eliminação: exclusão de dado ou de conjunto de dados armazenados em banco de dados, independentemente do procedimento empregado;

XV - transferência internacional de dados: transferência de dados pessoais para país estrangeiro ou organismo internacional do qual o país seja membro;

XVI - uso compartilhado de dados: comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados;

XVII - relatório de impacto à proteção de dados pessoais: documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco;

XVIII - órgão de pesquisa: órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter histórico, científico, tecnológico ou estatístico; e

XIX - autoridade nacional: órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei em todo o território nacional.

Essa conceituação criou a necessidade de que fossem estabelecidos alguns meios para a concretização das garantias dos cidadãos/titulares de dados, tendo sido criada uma série de regras⁴⁶, as quais tem natureza procedimental e que passaram a ser adotadas em diversas legislações, mais notadamente na Convenção 108 do Conselho da Europa e nas *Guidelines* da OCDE⁴⁷ (DONEDA, 2021, p. 186).

Em resumo, podem ser apontados alguns princípios, conforme Doneda (2021, pp. 186-187): 1- Princípio da publicidade (ou da transparência); 2- Princípio da exatidão; 3- Princípio da finalidade; 4- Princípio do livre acesso; 5- Princípio da segurança física e lógica.

Importante salientar que as *Guidelines* tornaram-se uma importante referência além de estabelecerem alguns parâmetros para a regulação da matéria, enunciados pelos princípios: “(1) *collection limitation principle*; (2) *data limitation principle*; (3) *purpose specification principle*; (4) *use limitation principle*; (5) *security principle*; (6) *openness principle*; (7) *individual participation principle*” (WUERMELING, 1996, p. 416 *apud* DONEDA, 2021, p. 200).

Nesse mesmo sentido, ao analisar os princípios insculpidos no art. 6º da LGPD⁴⁸, é possível concluir que os princípios indicados acima foram em sua grande

⁴⁶ -Não deve existir um sistema de armazenamento de informações pessoais cuja existência seja mantida em segredo;

-Deve existir um meio para um indivíduo descobrir quais informações a seu respeito estão contidas em um registro e de que forma elas são utilizadas

-Deve existir um meio para um indivíduo evitar que a informação a seu respeito coletada para um determinado propósito não seja utilizada ou disponibilizada para outros propósitos sem o seu consentimento;

-Deve existir um meio para um indivíduo corrigir ou retificar um registro de informações a seu respeito,

-Toda organização que crie, mantenha, utilize ou divulgue registros com dados pessoais deve garantir a confiabilidade destes dados para os fins pretendidos e deve tomar as devidas precauções para evitar o mau uso destes dados (DONEDA, 2021, pp.185-186).

⁴⁷ *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data* (1980) e revistas em 2013.

⁴⁸ Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a **boa-fé** e **os seguintes princípios**:

I - **finalidade**: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - **adequação**: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - **necessidade**: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - **livre acesso**: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integridade de seus dados pessoais;

V - **qualidade** dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

maioria acolhidos pela legislação nacional sobre a matéria. Nesse sentido, podem ser destacados os seguintes princípios constantes na lei: inc. I - finalidade; inc. IV - livre acesso; inc. V - qualidade dos dados; inc. VI - transparência; e inc. VII – segurança.

4.2 A LGPD: estrutura legal, objetivos e alcance

Tendo em vista o entendimento do contexto histórico, do racional que norteou a lei, bem como os fundamentos e princípios presentes na LGPD, cabe destrinchar sua estrutura, os seus objetivos e o seu alcance.

Nesse sentido, com base em Pinheiro (2020, pp. 12-13), procede afirmar que a LGPD é um marco legislativo brasileiro, no âmbito privado e público, vez que trata da proteção de dados pessoais dos titulares, envolvendo tratamento de dados pessoais por qualquer pessoa e em qualquer meio, bem como porque traz direitos, obrigações e princípios ao uso dos dados e, além de ter sido inspirada pelo GDPR⁴⁹, possui como espírito proteger os direitos fundamentais do livre desenvolvimento da personalidade, da liberdade e da privacidade.

Adentrando mais especificamente na estrutura legal do novo diploma legislativo, pode ser apontado que a LGPD é composta por 65 artigos, bem como está dividida em 10 capítulos⁵⁰. Comparativamente ao GDPR, a lei brasileira é menor, vez

VI - **transparência**: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - **segurança**: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - **prevenção**: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - **não discriminação**: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - **responsabilização e prestação** de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

⁴⁹ *General Data Protection Regulation* - Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.

⁵⁰ A LGPD está dividida da seguinte maneira: Capítulo I – Disposições preliminares (arts. 1º ao 6º); Capítulo II – Do tratamento de Dados Pessoais (arts. 7º ao 16); Capítulo III – Dos direitos do Titular (arts. 17 ao 22); Capítulo IV – Do tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público (arts. 23 ao 32); Capítulo V – Da Transferência Internacional de Dados (arts. 33 ao 36); Capítulo VI – Dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais (arts. 37 ao 45); Capítulo VII – Da Segurança e das Boas Práticas (arts. 46 ao 51); Capítulo VIII – Da fiscalização (arts. 52 ao 54); Capítulo IX – Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade (arts. 55 ao 59); e Capítulo X – Disposições Finais e Transitórias (arts. 60 ao 65). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm>. Acesso em 02 fev. 2022.

que o modelo europeu conta com 11 capítulos e 99 artigos e permitiu uma interpretação ampliada, o que pode acarretar certa insegurança jurídica, como por exemplo a de determinação de prazos, em que a legislação dispõe a adoção de prazo razoável – arts. 48, § 1º e 54, parágrafo único (PINHEIRO, 2020, p. 17).

Em relação aos seus objetivos, conforme Frazão (2019b, p. 100), “pode-se dizer que o objetivo central da LGDP é resgatar a dignidade dos titulares e seus direitos básicos relacionados à autodeterminação informativa”. Além disso, ela pretende garantir ampla proteção dos titulares e aos direitos existenciais que são afetados pelo tratamento de dados, regulando todas as formas de tratamento de dados pessoais - definidos pelo art. 5º, I e incluindo os dados públicos e aqueles que os próprios titulares tornaram públicos (FRAZÃO, 2019b, p. 102).

Nesse mesmo sentido, cabe expor brevemente um debate doutrinário interessante e que possui correlação com o motivo de existir a própria LGPD: o entendimento da natureza jurídica da proteção de dados. Tal discussão gira em torno de um tema central, conforme bem aponta Gondim (2020 *apud* MANSUR; MAGALHÃES; RODRIGUES, 2020b, pp. 81-82):

A doutrina diverge em relação à natureza e à autonomia do direito à proteção de dados, existindo duas correntes a respeito dessas características. A primeira corrente sustenta a proteção de dados como um direito fundamental e que, nesse sentido, é um direito autônomo, porquanto extrapola o direito à privacidade e alberga as conceituações de dados pessoais, dados pessoais sensíveis e dados anônimos. A segunda corrente entende o direito à proteção de dados como decorrência do direito da privacidade e por ele englobado.

Essa discussão, bem como as consequências da adoção de uma ou de outra posição, também foi abordada por Doneda (2021, p. 269) ao realizar o seguinte questionamento: “possuindo a privacidade tutela constitucional, poderíamos afirmar que a proteção de dados pessoais estaria tutelada constitucionalmente?”

A resposta para o questionamento depende da posição adotada, conforme aponta Doneda (2021, p. 269):

Se derivarmos a proteção de dados pessoais diretamente da privacidade, tal qual espécie e subespécie, poderíamos sustentar existir uma extensão da tutela da privacidade à proteção de dados pessoais, sendo esta última uma espécie de longa mão da primeira. Tal operação, se bastaria para abarcar a disciplina sob a égide constitucional, acaba por simplificar demasiadamente os fundamentos da tutela de dados pessoais, o que pode eventualmente limitar o seu alcance.

Em relação a corrente que defende a autonomia do direito fundamental à proteção de dados, cabe destacar a Proposta de Emenda Constitucional nº 17 (PEC 17/2019), a qual possui como objetivo alterar o art. 5º, XII e art. 22, XXX da CRFB/88⁵¹, incluindo como direito fundamental a proteção de dados pessoais e estabelecendo a competência privativa da União para legislar sobre o tema, a qual inclusive foi aprovada pelo Senado Federal em fevereiro de 2021⁵².

Todavia, conforme o próprio Doneda (2021, p. 273):

Contando ou não com a previsão expressa na Constituição Federal, verifica-se consistente esforço empreendido pela doutrina e pela jurisprudência pela consolidação de uma interpretação dos incisos X e XII do art. 5º [da Constituição] mais fiel ao nosso tempo, isto é, reconhecendo a íntima ligação que passam a ostentar os direitos relacionados à privacidade e à comunicação de dados. Dessa forma, seria dado o passo necessário à integração da personalidade em sua acepção mais completa nas vicissitudes da Sociedade da Informação.

Tendo em vista essa discussão, Frazão (2019b, p. 103) entende que com o advento da LGPD, em razão do seu amplo alcance ou mesmo por sua preocupação com a tutela dos direitos existenciais, “pode-se dizer que foi acolhida a concepção convergente com a daqueles que, a exemplo de Rodotà, sustentam que a proteção de dados consiste corresponde a verdadeiro direito fundamental autônomo”.

Propriamente em relação à LGPD e com fundamento em Frazão (2019b, p. 118) pode-se, ainda, apontar que ela consiste em uma lei baseada em “princípios, cláusulas gerais, *standards* de comportamento e conceitos abertos que, mais do que densificação, precisam ser adaptados à situação específica de cada agente de tratamento e dos riscos dos respectivos tratamentos”.

⁵¹ Os artigos da CRFB/88 passariam a ter a seguinte redação:

“Art. 5º (...)

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais”

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)

XXX- proteção e tratamento de dados pessoais”

⁵² Destaca-se, ainda, que o texto da PEC já havia sido aprovado, foi remetido à Câmara dos Deputados e aguarda a votação do projeto substitutivo apresentado pelo Dep. Orlando Silva, o qual acrescentou a competência privativa da União e a natureza jurídica de autarquia especial para a ANPD (DONEDA, 2021, p. 272). A notícia foi divulgada no *site* da ANPD. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/senado-federal-aprova-proposta-de-emenda-a-constituicao-17-pec-17-2019-que-inclui-a-protecao-de-dados-pessoais-no-rol-de-direitos-e-garantias-fundamentais>>. Acesso em 08 fev. 2022.

Antes de prosseguir com a análise das responsabilidades e tutelas oferecidas pela LGPD, importante frisar, conforme argumenta Frazão (2019b, p. 103):

Os valores e objetivos por ela [LGPD] reconhecidos representam um importante contraponto à tendência de monetização dos dados, considerando-os como *commodities* e objeto de livre-extração ou negociação. De forma contrária, os princípios da LGPD mostram que dados pessoais não são meros bens de cunho patrimonial.

Portanto, resta analisar de que maneira a lei brasileira protege os direitos dos titulares de dados, bem como quais são os mecanismos regulatórios existentes na lei frente a um ato ilícito ou abuso de direito praticado por agentes de tratamento de dados em qualquer meio, seja pela responsabilidade civil ou administrativamente.

4.3 Espécies de responsabilidade

Como visto no capítulo anterior, há uma longa discussão doutrinal a respeito da concepção “proprietária” dos direitos da personalidade. Além disso, tendo como pressuposto de que o conjunto de opiniões e fatos armazenados formam em conjunto um *data shadow* – sombra de informações – (WESTIN, 1967, pp. 163-168 *apud* DONEDA, 2021, p. 157) ela, quando classificada forma um perfil eletrônico, um corpo digital, formado a partir dos dados (DONEDA, 2021, p. 156).

É necessário, porém, apontar que existe um mercado de dados e que, segundo Frazão (2019b, p. 110): “[...] cresceu e se consolidou a partir da difusão da ideia de que seria eficiente e justo, e exatamente por isso, dispensaria qualquer tipo de regulação estatal”.

Tal visão é alimentada por argumento de que a regulação jurídica é desnecessária, pois os usuários já receberiam contrapartidas adequadas pelos seus dados, ou mesmo prejudicial à economia, partindo da premissa de que haveria um verdadeiro *trade-off* entre inovação e privacidade, de forma que a violação desta seria o preço a pagar ou o mal necessário para o progresso tecnológico e os novos serviços que daí decorrem.

Acontece que tal linha argumentativa releva-se com uma guinada utilitarista e que não consideram: por serem deontológicos e vinculantes, não poder sujeitar ao raciocínio de custo-benefício aqueles direitos ditos fundamentais, bem como, diante da variedade de métodos, ferramentas e técnicas, não existiria um *trade-off* entre

eficiência e privacidade, porquanto há maneiras preservar os direitos existenciais dos titulares de dados mesmo movimentando a economia digital (FRAZÃO, 2019b, pp. 110-111).

Diante da realidade descrita anteriormente, deve-se ponderar, ainda, que o corpo digital merece também tutela, conforme Basan e Jacob (2020, p. 175-176 *apud* MANSUR; MAGALHÃES; RODRIGUES, 2020b, p. 90), uma vez que “resta desprotegida a dimensão digital humana projetada pelos dados pessoais, o que caberia a aproximação dos direitos do corpo físico ao digital, como forma de consolidação da promoção do livre desenvolvimento da pessoa humana”.

Contudo, embora não deva ser a preocupação maior do jurista apenas a defesa de meios ressarcitórios, deve o operador do Direito saber de que maneira esses dispositivos estão dispostos no ordenamento jurídico, bem como a melhor técnica para aplicá-los.

Nesse sentido, a LGPD trouxe consigo uma série de cláusulas que protegem a privacidade e os dados dos titulares de modo que a sua violação constitui um ato ilícito passível de responsabilização civil e administrativa, como será exposto a seguir.

4.3.1 Responsabilidade Civil

Em relação à responsabilidade civil, já se tem notícia de uma condenação ao pagamento de reparação por ofensa ao direito à privacidade e à proteção de dados pelo compartilhamento de dados pessoais a terceiros. No caso concreto, um cliente – autor da demanda – adquiriu um imóvel junto à uma companhia do setor imobiliário – parte ré na demanda – e ofertou a ela dados pessoais do autor com a finalidade de incluir em cadastro positivo. Entretanto, o autor foi contactado pelo telemarketing de instituições financeiras e consórcios em virtude da aquisição do referido imóvel. Nesse caso, o juiz entendeu que restou comprovado a utilização para finalidade diversa, por meio do compartilhamento dos dados e sem a devida informação. Nesse sentido, com base na LGPD e no CDC houve a condenação da ré na quantia de R\$ 10.000, 00, a título de dano moral (ANGELO, 2020 *apud* MANSUR; MAGALHÃES; RODRIGUES, 2020b, p.88).

Entretanto, meses após a referida sentença, houve a reforma da decisão da 13ª vara cível do Tribunal de Justiça de São Paulo por meio de um acórdão da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. O acórdão apontou

que quando da aquisição do imóvel junto ao réu – 10/11/2018 - e do vazamento dos dados, a LGPD ainda não estava em vigor, além disso concluiu que não havia prova de que o réu repassou os dados pessoais do autor, bem como que as mensagens recebidas não caracterizam ônus excepcional nem ultrapassam o mero aborrecimento (ELIAS FILHO, LOPES, 2021).

Nesse sentido, quanto a responsabilidade prevista na LGPD, pode-se apontar que “os arts. 42 a 44 da LGPD versam sobre a responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados, independentemente da relação com o titular de dados” (MANSUR; MAGALHÃES; RODRIGUES, 2020b, p.90). Importante destacar também que, além dos artigos supramencionados, nas relações ditas de consumo, conforme o art. 45 da LGPD, as violações aos direitos dos titulares permanecerão sob a incidência do CDC, tornando a aplicação da norma diferenciada para plataformas (Twitter, Facebook etc.) e agentes de tratamento de dados, sendo necessário aferir a incidência do CDC ou da própria LGPD (MANSUR; MAGALHÃES; RODRIGUES, 2020b, p.90).

4.3.2 Responsabilidade administrativa

No que tange à responsabilidade administrativa, a LGPD traz consigo a previsão de um órgão regulador, vinculado à Presidência da República, conforme os arts. 55-A a 55-K, mas que poderá ser transformado em autarquia após 2 anos, consoante proposta pelo Poder Executivo (MANSUR; MAGALHÃES; RODRIGUES, 2020, p.89).

Para Pinheiro (2020, p. 30-31), a ANPD “pode adquirir um perfil I) orientador/fiscalizatório ou um perfil II) punitivo/arrecadatório” e, assim sendo, a autoridade atuará no exercício das quatro funções, isto é, fiscalizadora, sancionadora, orientadora e normatizadora, conforme os arts. 55-J e 55-K, além disso, cabe apontar que a LGPD prevê em seu art. 52 sanções administrativas (MANSUR; MAGALHÃES; RODRIGUES, 2020, p.89).

Quanto às penalidades, destaca-se que houve veto presidencial, o que acarretou uma diminuição das sanções inicialmente previstas na LGPD e que, portanto, a tornaram menores que às previstas no GDPR (PINHEIRO, 2020, p. 41). Nesse sentido, são essas as penalidades previstas na lei: I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas; II - multa simples, de até 2%

(dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração; III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II; IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência; V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização; VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração; X - suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador; XI - suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período; XII - proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.

Necessário destacar, ainda, que a própria lei prevê que a aplicação das sanções depende de procedimento administrativo, o qual deverá possibilitar a ampla defesa e, além disso, prevê situações em que pode haver a redução de uma punição pela autoridade nacional, como I - a gravidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados; a boa-fé do infrator; a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; a condição econômica do infrator; a reincidência; o grau do dano; a cooperação do infrator; a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano, voltados ao tratamento seguro e adequado de dados, em consonância com o disposto no inciso II do § 2º do art. 48 desta Lei; a adoção de política de boas práticas e governança; a pronta adoção de medidas corretivas; e a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção – conforme os incisos do art. 52, . §1º (PINHEIRO, 2020, p. 42).

Ainda, a própria lei indica no art. 52, § 2º, que as sanções da autoridade nacional não substituem a aplicação de sanções no âmbito administrativo, civil ou penal, que foram definidas no CDC e em legislação específica.

Portanto, é perceptível que o arcabouço legislativo trazido pela LGPD demonstra-se bastante extenso e em alguma medida rigoroso, necessitando de autoridade nacional que estabeleça uma política pública focada em desempenhar bem as suas 4 funções precípuas, isto é, fiscalizadora, sancionadora, orientadora e normatizadora, bem como aplicar com proporcionalidade as sanções previstas na legislação.

5 CONCLUSÃO

Na presente monografia foi evidenciada a dificuldade de conceituar o direito à privacidade e a sociedade da informação, bem como explicitou-se a divergência doutrinária quanto à natureza jurídica do direito à proteção de dados, ora entendido como direito fundamental autônomo, ora como direito decorrente da privacidade.

Indicaram-se os riscos que a sociedade da informação pode acarretar à privacidade dos cidadãos, especificamente em relação à vigilância dos dados pessoais e o livre desenvolvimento da personalidade.

Apontou-se, em relação às teorias monistas e pluralistas dos direitos da personalidade, que além do confronto entre o direito geral da personalidade e as teorias tipificadoras, constata-se que o ordenamento deve priorizar a unidade de suas finalidades, isto é, a proteção da personalidade humana, utilizando como base os argumentos utilizados por Mattietto e Doneda.

Defendeu-se a necessidade da tutela da privacidade fundamentando os argumentos à luz da teoria do direito natural de John Finnis e Robert P. George, concluindo-se que para Finnis o direito à privacidade guarda relação com o bem básico da razoabilidade prática e uma vez que o Estado, entendido como uma comunidade completa, deve buscar o bem comum da sua comunidade, existe uma responsabilidade, mesmo que indireta, de todos em facilitar a promoção do bem comum de toda a comunidade sendo, portanto, a formação da personalidade um bem a ser tutelado e o seu descumprimento por ato ilícito passível de responsabilização.

Concluiu-se, ainda, que Robert P. George considera a privacidade como uma liberdade civil, não sendo valiosa em si mesma, mas que como instrumento aos bens que realiza.

Analisou-se a LGPD, seu contexto histórico, fundamentos e princípios, concluindo que ela segue em sua maioria os princípios das principais normativas de proteção de dados internacionais e que ela consiste em uma lei baseada em princípios, cláusulas gerais e *standards* de comportamento.

Destacaram-se as espécies de responsabilidade presentes na LGPD, apontando a responsabilidade civil pelo ato ilícito praticado, os artigos da lei que dispõem sobre as violações, bem como a responsabilidade administrativa, as punições previstas e a atuação da ANPD.

Recordou-se e explicitou-se que, antes do advento da LGPD, no ordenamento jurídico brasileiro já existiam mecanismos de tutela da privacidade, como o CDC, o instituto do *habeas data*, o CC/02, o MCI e algumas outras disposições esparsas no ordenamento jurídico brasileiro, as quais ganharam maior aplicabilidade com a introdução com o marco legal da proteção de dados pessoais.

Contudo, concluiu que há a tutela da privacidade nos âmbitos constitucional e civil, bem como no direito do consumidor, servindo de suporte para a defesa do direito à privacidade, aplicando-se em conjunto a própria LGPD. Verifica-se, ainda, que o MCI revelava-se promissor em relação à defesa da privacidade no âmbito da Internet, sendo composta não apenas por princípios e direitos, mas também por mecanismos aptos a defender a privacidade e os dados dos brasileiros, e percebe-se que a LGPD complementa e amplia as disposições do MCI.

Diante do exposto, conclui-se que a LGPD garante aos cidadãos brasileiros a tutela do direito à privacidade no contexto da sociedade da informação; que há uma relação direta entre o advento da sociedade da informação e as violações ao direito à privacidade; que o ordenamento jurídico brasileiro contempla diferentes instrumentos disponíveis capazes de resguardar e garantir a tutela dos direitos da personalidade, em especial a privacidade; e que sob os aspectos legais e éticos à luz da legislação pátria e da teoria da lei natural de John Finnis e Robert P. George é possível extrair um conceito de privacidade. Contudo, a presente monografia não esgota a temática, deixando em aberto pesquisas futuras.

REFERÊNCIAS

ANGELO, T. **Decisão pioneira juíza aplica LGPD e condena construtora que não protegeu dados de cliente.** Consultor Jurídico, São Paulo. 30 set. 2020. [acesso em: 31 ago. 2021]. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-set-30/compartilhar-dados-consumidor-terceiros-gera-indenizacao>>.

ELIAS FILHO, R. C., LOPES, R. A. C. **O TJ/SP e a reforma daquela que ficou conhecida como “a 1ª sentença de LGPD no mercado imobiliários” – Um começo de jurisprudência que revela a maturidade do judiciário paulista.** Migalhas, São Paulo. 2 set 2021. [acesso em 3 set 2021]. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/351039/o-tj-sp-e-a-reformada-1-sentenca-de-lgpd-no-mercado-imobiliario>> .

BRASIL, Autoridade Nacional de Proteção de Dados. **Senado Federal aprova Proposta de Emenda à Constituição 17 (PEC 17/2019) que inclui a proteção de dados pessoais no rol de direitos e garantias fundamentais.** Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/senado-federal-aprova-proposta-de-emenda-a-constituicao-17-pec-17-2019-que-inclui-a-protecao-de-dados-pessoais-no-rol-de-direitos-e-garantias-fundamentais>>. Acesso em: 08 fev. 2022.

_____. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824). Manda observar a Constituição Política do Imperio, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> . Acesso em: 10 fev. 2022.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (De 24 de fevereiro de 1891).** Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> . Acesso em: 10 fev. 2022.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (De 16 de julho de 1934).** Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> . Acesso em: 10 fev. 2022.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 10 fev. 2022.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (De 18 de setembro de 1946).** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 10 fev. 2022.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 10 fev. 2022.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 fev. 2022.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 10 fev. 2022.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 10 fev. 2022.

_____. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 10 fev. 2022.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 10 fev. 2022.

_____. Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011. **Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm>. Acesso em: 10 fev. 2022.

_____. Lei nº 12.735, de 30 de novembro de 2012. **Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, e a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares; e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12735.htm>. Acesso em: 10 fev. 2022.

_____. Lei nº 12.737 de 30 de novembro de 2012. **Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de**

dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 10 fev. 2022.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** [acesso em: 31 ago 2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** [acesso em: 31 ago 2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>.

_____. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** [acesso em: 31 ago 2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** [acesso em: 31 ago 2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>.

_____. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).** [acesso em: 31 ago 2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>.

CGI. Princípios para a governança e uso da Internet. Disponível em: <<https://principios.cgi.br/>>. Acesso em 10 fev. 2022.

DALLARI, D. de A. **O habeas data no sistema jurídico brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 97, p. 239-253, 2002. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67544>. Acesso em: 11 fev. 2022.

DONEDA, D. **Da privacidade à Proteção de Dados Pessoais.** 3.ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

FRAZÃO, A. **Fundamentos da proteção dos dados pessoais:** Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: FRAZÃO, A.; TEPEDINO, G.; OLIVA, M. D. (Coord.). *A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito brasileiro.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 23-52. (2019a)

FRAZÃO, A. **Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados.** In: FRAZÃO, A.; TEPEDINO, G.; OLIVIA, M. D. (Coord.). *A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito brasileiro.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019b, p. 99-129. (2019b)

FRAZÃO, A. **Plataformas digitais, big data e riscos para os direitos da personalidade.** In: TEPEDINO, G.; MENEZES, J. (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais.* Belo Horizonte: Fórum, 2019c. p. 333-349. (2019c)

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, ***The Brazilian Civil Rights Framework for the Internet***. Publicado em: 09 maio 2014. Disponível em: <<https://diretorio.fgv.br/noticia/brazilian-civil-rights-framework-internet>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

GAMA, G. C. N.; PEREIRA, D. Q. **Direitos da personalidade e Código Civil de 2002: uma abordagem contemporânea**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 95, n. 853, p. 58-76, nov. 2006.

GEORGE, R. P. **Making men moral**. Civil liberties and public morality. Oxford Press, 1993.

GONDIM, G. G. In **Desafios da Proteção de Dados no Brasil Painel 2 - Semana Ada Pellegrini Grinover**, 2020. Publicado pelo canal Centro Acadêmico Ubaldino do Amaral. [acesso em: 31 ago 2021]. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=L7MR7knM6A8>>.

LARENZ, K. **Derecho Civil – Parte General**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

MATTIETTO, L. **Developments on data protection in Brazilian Law. In: 10th International Conference on Internet, Law and Politics**, 2014, Barcelona. *Internet. Law and Politics: a Decade of Transformations*. Barcelona: UOC-Huygens Editorial, p. 329-341, 2014.

MATTIETTO, L. **Dos direitos da personalidade à cláusula geral de proteção da pessoa**. REVISTA DE DIREITO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, v. Esp, p. 218-232, 2017.

MANSUR, A. A.; MAGALHÃES, B. R. A. L.; RODRIGUES, W. S. **A tutela da privacidade, a proteção de dados pessoais, a publicidade direcionada e a responsabilidade civil no contexto da pandemia: riscos e soluções**. In: Eduardo Helfer de Farias; Gabriel Rached. (Org.). *Diálogos institucionais e políticas de enfrentamento da crise: novas tecnologias, megadados e circulação de informação*. 1ed. Rio de Janeiro: Grammar Editora, 2020, v., p. 78-93.

O DILEMA DAS REDES. Direção: Jeff Orlowski. Produção: Larissa Rhodes. EUA: *Netflix*, 2020. [acesso em 31 ago 2021] Disponível em: <<https://www.netflix.com>>. (94 min).

PINHEIRO, P. P. **Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*.

PINHEIRO, V. S.; BONNA, A. P. **Sociedade da informação e direito à privacidade no Marco Civil da Internet: fundamentação filosófica do Estado de Direito**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 21, p. 365-394, 2020.

RODAS, S. **Direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição, decide STF**. Consultor Jurídico, São Paulo. 11 fev. 2021. [acesso em: 10 mar. 2022].

Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-fev-11/direito-esquecimento-incompativel-constituicao-stf2>> .

STJ: Direito ao esquecimento não justifica exclusão de notícia de site.

Migalhas, São Paulo. 8 mar. 2022. [acesso em: 11 mar. 2022]. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/361044/stj-direito-ao-esquecimento-nao-justifica-exclusao-de-noticia-de-site>> .

WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D. **The Right to Privacy**. Harvard Law Review, Vol. 4, No. 5., p. 193-220, 1890. [acesso em 31 ago 2021]. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0017-811X%2818901215%294%3A5%3C193%3ATRTP%3E2.0.CO%3B2-C>>.

WOLFF, R. P. **A proteção da vida privada e o direito a informação**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas, 1991. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106329>>. Acesso em 08 fev. 2022.