

A INFLUÊNCIA PRIVATISTA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA EUROPA COMO REFERÊNCIA PARA PROTEÇÕES DE DADOS E DIREITOS DE PERSONALIDADE NO BRASIL¹

THE PRIVATIST INFLUENCE OF PERSONAL DATA PROTECTION IN EUROPE AS A REFERENCE FOR DATA PROTECTION AND PERSONALITY RIGHTS IN BRAZIL

Rodrigo Róger Saldanha²
José Sebastião de Oliveira³

RESUMO: Esta pesquisa tem como objetivo tratar sobre os conceitos privatistas desde a origem da proteção de dados pessoais, por meio de uma análise do direito comparado, em especial, a jurisprudência alemã, e o desenvolvimento do conceito no continente europeu. Destaca-se o reconhecimento de proteção dos dados pessoais com as mesmas estruturas do direito de propriedade, suas problemáticas e diferenças com a origem da lei geral de proteção de dados no direito brasileiro. Surge, portanto, um novo conceito de direito de personalidade, o conjunto de informações no âmbito digital, de dependem de tutela específica, porém, constatou-se grande proximidade dos direitos de personalidade com o direito de propriedade. Utilizou-se o método hipotético dedutivo para encontrar os resultados argumentativos na pesquisa, bem como pesquisa em bibliografias e periódicos especializados, julgados de tribunais e menções ao direito comparado. No que diz respeito aos resultados, verifica-se que os padrões comportamentais no âmbito digital constituem lastro para uso indevido desses padrões, tornando vulneráveis os direitos de personalidade, porém, a grande problemática encontra-se na determinação do *quantum* indenizatório, pois a estrutura conceitual originária é do direito de propriedade.

Palavras-chave: Direito de Personalidade. Direito de propriedade. LGPD. Proteção de dados.

¹ Agência de fomento: CAPES/ PROSUP.

² Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (2019-2023), Bolsista PROSUP/CAPES pelo Programa de Pós-Graduação, sob orientação do Dr. José Sebastião de Oliveira. Participante discente do grupo de pesquisa Reconhecimento e garantia dos direitos da personalidade, sob a liderança da Dr. Valéria Silva Galdino Cardin (2019-2023). Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá / Bolsista CAPES (2015-2017). Especialista em Educação Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM (2014-2015). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá - UEM (2012 - 2013). Graduação em Direito pela Faculdade Metropolitana de Maringá - Bolsa PROUNI (2007-2011). Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná – PUC/PR. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/8968070508046566>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5329-2316>. Contato: saldanhadoc@gmail.com

³ Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa (2013). doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999). Mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1984). Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1973). Atualmente é professor da graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu (mestrado e Doutorado) do Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR). Participante docente do grupo de pesquisa Reconhecimento e garantia dos direitos da personalidade. Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, sociedade científica do Direito no Brasil. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos da personalidade, família, sucessões, responsabilidade civil e, também em metodologia do ensino jurídico. currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7878157645842709>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9429-3841> Contato: drjso1945@gmail.com

ABSTRACT: This research aims to deal with the privates 'concepts since the origin of the protection of personal data, through an analysis of comparative law, especially German jurisprudence, and the development of the concept in the European continent. The recognition of the protection of personal data with the same structures of the property right is highlighted, its problematics and differences with the origin of the general law of data protection in Brazilian law. Therefore, a new concept of right to personality arises, the set of information in the digital environment, which depends on specific protection; however, a great proximity of the rights to personality with the right to property has been verified. The hypothetical deductive method was used to find the argumentative results in the research, as well as research in bibliographies and specialized periodicals, court decisions and comparative law mentions. Regarding the results, it is verified that the behavioral patterns in the digital environment constitute ballast for the undue use of these patterns, making personality rights vulnerable; however, the great problem lies in determining the quantum of compensation, since the original conceptual structure is that of property rights.

Keywords: Right of Personality. Right to property. LGPD. Data protection.

INTRODUÇÃO

A pesquisa trata, portanto, de uma nova problemática quanto aos direitos de personalidade, especificamente a vulnerabilidade dos direitos de personalidade, mais especificamente através do conjunto de padrões comportamentais disponíveis no âmbito digital.

Na presente pesquisa, utilizou-se o método hipotético dedutivo para encontrar os resultados argumentativos na pesquisa, bem como pesquisa em bibliografias e periódicos especializados, especialmente no direito comparado europeu, bem como, julgados de tribunais e menções ao direito alemão.

Inicialmente, como objetivo tratar sobre os conceitos privatistas desde a origem da proteção de dados pessoais, por meio de uma análise do direito comparado, utilizou-se como na pesquisa a jurisprudência e doutrina alemã, que buscam explicar a origem de proteção de dados no continente europeu, porém, com destaque à corte germânica.

Destaca-se o reconhecimento de proteção dos dados pessoais com as mesmas estruturas do direito de propriedade, suas problemáticas e diferenças com a origem da lei geral de proteção de dados no direito brasileiro. Surge, portanto, um novo conceito de direito de personalidade, o conjunto de informações no âmbito digital, de dependem de tutela específica, porém, constatou-se grande proximidade dos direitos de personalidade com o direito de propriedade.

Na sequência, buscou-se aproximar na pesquisa todo o desenvolvimento das principais legislações europeias que buscaram a proteção de dados pessoais, boa parte delas relacionadas à informações no âmbito comercial e empresarial, porém, totalmente relacionadas ao direito privado, em especial, a propriedade.

No que diz respeito aos resultados, verifica-se que os padrões comportamentais no âmbito digital constituem lastro para uso indevido desses padrões, tornando vulneráveis os direitos de personalidade, porém, a grande problemática encontra-se na determinação do *quantum* indenizatório, pois a estrutura conceitual originária é do direito de propriedade.

Apresenta-se também, a legislação brasileira de proteção de dados pessoais, seu histórico legislativo e a influência da legislação europeia, momento em destaque as diversas prorrogações desde o curto espaço de tempo de tramitação e origem da proteção de dados pessoais no direito brasileiro.

1. ORIGEM PRIVATISTA DA PROTEÇÃO DE DADOS

1.1 A LEGISLAÇÃO ALEMÃ COMO REFERÊNCIA HISTÓRICA

Inicialmente, a proteção de dados pessoais iniciou o marco jurisprudencial pelas decisões da Corte Federal Alemã, que assumiu um papel de liderança no estabelecimento do direito à proteção de dados, não apenas na Alemanha, mas também no contexto europeu.⁴

Em sua origem, a jurisprudência alemã vinculou o "direito à autodeterminação informativa" a uma espécie de concepção de direitos de propriedade de caráter pessoal.

O Tribunal explicou que o indivíduo tem o "direito de determinar a si mesmo, quando e em que limites os dados pessoais são divulgados,⁵ assim como o proprietário tem o direito de determinar a si mesmo quando permite que alguém use sua propriedade.⁶ Destaca-se, portanto, que as decisões alemãs tinham proximidade com o consentimento no direito de propriedade, muito embora ainda embrionário o conceito de proteção de dados.

Entretanto, essas ideias hoje são consideradas utópicas no mundo analógico, é muitas vezes ridicularizada como ingênua em nossa realidade contemporânea, tecnologicamente interligada e socialmente em rede, na qual um vasto espectro de dados pessoais é disseminado e trocado em

⁴ M Albers, 'Realizing the Complexity of Data Protection' em S Gutwirth/R Leenes/P De Hert (eds), *Re-load Data Protection* (2014) 217 (a seguir Albers, 'Complexidade'); K Vogelsang, *Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?* (1987) 39-88.

⁵ *Bundesverfassungsgericht (1 BvR 209/83)* (Juízo) [1983] BVerfG 65, 1 (42): "... Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden".

⁶ Albers, 'Complexidade' (n 1) 219.

quase todos os níveis o tempo todo.⁷ O dinamismo existente na troca de informações digitais, permitem que dados sejam parametrizados constituem uma gama de informações da pessoa, podendo afrontar inclusive seus direitos de personalidade.

Assim, na legislação Alemã, os dados simplesmente não possuem o tipo de exclusividade que justifique o paralelismo com a propriedade,⁸ o que parecer ser o entendimento daquela Corte Constitucional, pois ela não revogou explicitamente a fórmula de propriedade, mas fez uso indevido e não faz nenhuma referência a ela em decisões mais recentes sobre o sujeito, como verifica-se em alguns julgados.⁹

Mesmo que todos possam concordar que o direito à proteção de dados não é, em substância, semelhante a um interesse de propriedade sobre os dados pessoais, o direito à proteção de dados é formalmente tratado como se fosse um direito de propriedade, na maioria das legislações do mundo todo.

Da mesma forma que qualquer uso não-consensual de propriedade por outra pessoa é considerado uma violação dos direitos de propriedade, qualquer uso não-consensual - coleta, armazenamento, processamento e transmissão - de dados pessoais é visto como uma violação do direito à proteção de dados. Neste sentido, verifica-se a possibilidade de aplicação da responsabilidade *in re ipsa*, nos casos de armazenamento de dados sem o devido consentimento da pessoa, pois o uso indevido ou mero “vazamento” de dados pode gerar danos de difícil reparação ou até mesmo irreparáveis em alguns casos.

Esta concepção formal de proteção de dados não só ainda prevalece no contexto alemão, mas o Tribunal de Justiça Europeu (TJE) percebe o direito à proteção de dados sob o Art. 8 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CFR) de forma muito semelhante. Em uma de suas últimas decisões, o TJE confirmou que a retenção de dados como tal constitui uma violação, independentemente de inconvenientes substantivos para os filhos em questão: A vida é sensível ou se as pessoas envolvidas foram incomodadas de alguma forma devido a essa interferência.¹⁰

⁷ M Albers, 'Information als neue Dimension im Recht' (2002) 33 Rechtstheorie 61 (81) (doravante Albers, 'Information'); K Ladeur, 'Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung': Eine Juristische Fehlkonstruktion?'(2009) 62 DÖV 45 (46-47).

⁸ Cf. J Fairfield/C Engel, 'Privacy as a Public Good' in R A Miller (ed), *Privacy and Power* (2017).

⁹ Por exemplo, *Bundesverfassungsgericht (1 BvR 2388/03)* (Decisão) [2008] BVerfGE 120, 351 (360); *Bundesverfassungsgericht (1 BvR 2074/05)* (Acórdão) [2008] BVerfGE 120, 378 (397-398).

¹⁰ *Tribunal de Justiça da União Europeia (La Quadrature du Net e outros v. Premier ministre e outros)* (Acórdão) [2020] CJEU processos apensos C-511/18, C-512/18 e C-520/18, para. 115.

De acordo com a perspectiva tradicional, todo e qualquer processamento de dados pessoais infringe o respectivo direito - assim como o uso da propriedade física seria uma afronta ao direito de propriedade.¹¹

Por exemplo, se meu nome, seus documentos ou mesmo o número de telefone for registrado, isto conta como uma infração; se forem armazenados em um banco de dados, isto conta como outra infração; e se forem combinados com outros dados pessoais, tais como dados de localização, isto conta como mais uma infração.¹² Mesmo que o direito à proteção de dados não seja considerado como um direito de propriedade, sua estrutura formal ainda corresponde à de um direito de propriedade.

Surge, portanto, aqui uma problemática. Se utilizarmos as mesmas concepções estruturais do direito de propriedade para proteção dos direitos de personalidade e dados pessoais, encontraremos problemas na reparação em eventual vazamento, pois os danos podem ser de difícil quantificação da reparação, bem como, dados pessoais, informações, documentos e imagens, podem não mais ser retiradas do ambiente digital.

Esta abordagem conceitual é, portanto, mista. Por um lado, ela proporciona uma abordagem muito analítica do processamento de dados em questão. Por outro lado, a ideia de milhões de violações de direitos fundamentais que ocorrem em segundos separados por servidores de dados pessoais parece uma maneira bastante exagerada de conceituar os problemas reais em questão.

No entanto, também as formas modernas de coleta de dados ainda são conceituadas desta forma, incluindo o reconhecimento automático de placas de carro, onde uma infração inicial ocorre através do uso de *scanners* para coletar informações sobre placas de carro e outra infração através da verificação destas informações em bancos de dados de carros roubados, dentre outros.¹³

É importante notar que, embora os algoritmos possam ser transparentes para seus projetistas,¹⁴ depois que o sistema tiver percorrido centenas, milhares, ou mesmo milhões de padrões recursivos de autoprogramação (primeiro passo para a inteligência artificial), mesmo os

¹¹ Albers, 'Complexidade' (n 1) 219.

¹² *Bundesverfassungsgericht* (1 BvR 2226/94) (Juízo) [1999] BVerfGE 100, 313 (366); *Bundesverfassungsgericht* (1 BvR 518/02) (Decisão) [2006] BVerfGE 115, 320 (343-344); *Bundesverfassungsgericht* (1 BvR 256, 263, 586/08) (Juízo) [2009] BVerfGE 125, 260 (310); *Bundesverfassungsgericht* (1 BvR 1299/05) (Decisão) [2012] BVerfGE 130, 151 (184); *Bundesverfassungsgericht* (1 BvR 142/15) (Decisão) [2018] BVerfGE 150, 244 (265-266).

¹³ *Bundesverfassungsgericht* (1 BvR 1254/05) (Juízo) [2008] BVerfGE 120, 378 (400-401); *Bundesverfassungsgericht* (1 BvR 142/15) (Decisão) [2018] BVerfGE 150, 244 (266).

¹⁴ Hoffmann-Riem, 'Verhaltenssteuerung' (n 11) 30.

programadores do sistema não saberão mais que tipo de dados foi processado de que forma, que inferências foram tiradas de que correlações de dados, e como certos dados foram ponderados.¹⁵

O "comportamento" auto adaptativo de pelo menos certos tipos de tecnologias de IA leva a uma falta de transparência. Este fenômeno é frequentemente referido como a questão da caixa preta das tecnologias de gripe aviária.¹⁶ Assim, questiona-se, por que isso é um problema para a abordagem tradicional de avaliação da proteção de dados?

Se quisermos seguir a abordagem analítica de modo a fazer nosso julgamento com base em quais dados pessoais individuais foram usados e quantas vezes foram processados e analisados e parametrizados com que tipos de outros dados,¹⁷ a falta de transparência da IA parece descartar isso.

Assim, a IA cria problemas para o entendimento e tratamento tradicional do direito à proteção de dados devido à sua falta de transparência. Estas questões estão refletidas nas exigências de transparência do Regulamento Geral de Proteção de Dados, que se baseia muito na concepção tradicional do direito fundamental à proteção de dados.¹⁸

1.2 O CONTINENTE EUROPEU E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A proteção de dados pessoais no âmbito digital, vem sendo uma das grandes preocupações do século, fazendo com que diversos países, determinem a responsabilização de quem não realize as adequações necessárias para proteção contra as vulnerabilidades virtuais.

¹⁵ Hoffmann-Riem, 'Inteligência Artificial' (n 11), 17; Hoffmann-Riem, 'Verhaltenssteuerung' (n 11) 29; N Marsch, 'Inteligência Artificial e o Direito Fundamental à Proteção de Dados' em T Wischmeyer/T Rademacher (eds), *Regulamentando a Inteligência Artificial* (2020) 36 (doravante Marsch 'Inteligência Artificial'); Wischmeyer, 'Inteligência Artificial e Transparência: Opening the Black Box' em T Wischmeyer/T Rademacher (eds), *Regulating Artificial Intelligence* (2020) 81 (doravante Wischmeyer, "Inteligência Artificial e Transparência: Abrindo a Caixa Negra"), *Inteligência Artificial*). Hoffmann-Riem, 'Inteligência Artificial' (n 11), 17; Hoffmann-Riem, 'Verhaltenssteuerung' (n 11) 29; N Marsch, 'Inteligência Artificial e o Direito Fundamental à Proteção de Dados' em T Wischmeyer/T Rademacher (eds), *Regulamentando a Inteligência Artificial* (2020) 36 (doravante Marsch 'Inteligência Artificial'); Wischmeyer, 'Inteligência Artificial e Transparência: Opening the Black Box' em T Wischmeyer/T Rademacher (eds), *Regulating Artificial Intelligence* (2020) 81 (doravante Wischmeyer, "Inteligência Artificial e Transparência: Abrindo a Caixa Negra"), *Inteligência Artificial*).

¹⁶ Hoffmann-Riem, 'Verhaltenssteuerung' (n 11) 29; Marsch 'Inteligência Artificial' (n 14) 36; Wischmeyer, 'Inteligência Artificial' (n14) 80.

¹⁷ Cf. Albers, 'Complexidade' (n 1) 221: "Toda a abordagem é guiada pela idéia de que os cursos de ação e os processos decisórios poderiam ser quase completamente previstos, planejados e conduzidos por meios legais"; Marsch 'Inteligência Artificial' (n 14) 39.

¹⁸ R Poscher, 'Die Zukunft der informationellen Selbstbestimmung als Recht auf Abwehr von Grundrechtsgefährdungen' in H Gander/W Perron/R Poscher/G Riescher/T Würtenberger (eds), *Resilienz in der offenen Gesellschaft* (2012) 171-179; R Poscher, 'The Right to Data Protection' em R A Miller (ed), *Privacy and Power* (2017) 129- 141.

Neste sentido, em maio de 2018, iniciou a vigência na União Europeia, o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GPDR) 2016/679¹⁹, com objetivo de proteger os dados e informações pessoais, considerando a expansão tecnológica. Importante destacar, que referida legislação é reflexo de normativas anteriores, que datam da década de 80 e 90.

Conforme dispõe Bennett (1992), a Alemanha, foi uma das pioneiras na Europa a criar uma legislação específica para proteção de dados, tendo ao longo de seu histórico legislativo, leis que protegiam dados pessoais pelos órgãos públicos, bem como para a iniciativa privada, que influenciaram para criação em 1977 da *Bundesdatenschutzgesetz*, depois outros decretos que proporcionaram em 2001 a Lei Federal de proteção de dados pessoais sendo a mesma legislação sendo reformada e ampliada em 2017.

Destaca-se também a França, que conforme dispõe Macario (1997), buscou atualização de sua legislação anterior Lei de Proteção de Dados (1978), com a criação da *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*, tendo atualização em 2014, e agora, plena adequação ao Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GPDR), demonstrando que a busca de proteção não surgiu com a GPDR, pois a construção é antiga e veio sofrendo adequações conforme necessidade e avanços tecnológicos.

O mesmo aconteceu com a Itália, destaca Butarelli (1997), que promulgou a Lei. n. 675/1996 para proteção de dados pessoais, e na sequência, elaborou o código de proteção aos dados pessoais (decreto n. 196/2003), que recentemente foi atualizado para adotar as adequações sugeridas nas diretivas da GDPR de 2018. A grande novidade italiana, foi a construção de um código para proteção de dados pessoais.

Na sequência, verifica-se da pesquisa de Santos (2017), que a Constituição Portuguesa de 1976, foi a primeira constituição no mundo a proteger expressamente os dados pessoais, quanto destaca a proteção de dados pessoais informatizados, sendo que embora tenha aderido a diversas convenções e regulamentações da União Europeia na década de 80, foi em 1991 que promulgou-se a primeira lei que regulamenta a proteção de dados pessoais em Portugal, a Lei nº 10/1991, sendo o primeiro passo de diversas outras previsões legais portuguesas, que ao total, somam mais

¹⁹ A 25 de maio de 2018 entra em vigor o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados. Trata-se do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho e, por ser um “regulamento”, não carece de transposição para a lei dos Estados-Membros, conforme ocorre com as “diretivas”. A atual lei 67/98 (lei da proteção de dados pessoais) corresponde à transposição para a ordem jurídica portuguesa da diretiva n.º 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, que é revogada (a diretiva) com a entrada em vigor do regulamento. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=celex%3A32016R0679> > Acesso em 11 out. 2018.

de dez convenções, diretivas e leis, sobre proteção de dados, no âmbito da telecomunicações (1997), comércio eletrônico (2000), dentre outros.

Na Espanha, conforme lições de Bru (2007), importante destacar que a Constituição Federal em seu art. 18 prevê o direito à intimidade, sendo essa talvez a origem na legislação espanhola de proteção aos dados pessoais. Referida previsão, dividindo-se em intimidade domiciliar, liberdade e confidencialidade das comunicações privadas, bem como o segredo das comunicações. Assim, através de duas leis surge a proteção em comento, a primeira Lei orgânica n. 1/1982 que regulamentou a proteção civil do direito a honra, intimidade pessoal, familiar e proteção a imagem. A outra foi a Lei Orgânica n. 15/1999, de proteção aos dados de caráter pessoal (LOPD).

Percebe-se, portanto, que de forma genérica e ampla, a proteção dos dados pessoais, ainda que em informações digitais, não surgiu com o projeto em 2016 e aprovação do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR), pois trata-se de uma construção histórica em diversos países da Europa, onde destaca-se apenas alguns a título exemplificativo, de que a discussão não é nova, sendo na maioria das vezes uma atualização conforme a necessidade de garantir a proteção dos dados pessoais.

O continente Europeu vem preocupando-se com a proteção de dados há muito tempo, entretanto, conforme destaca Abigayle (2019), pode-se dizer que o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) teve grande influência para construção da Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil (LGPD) de 2018, sendo consenso a semelhança entre ambas.

Assim, torna-se necessário compreender que embora semelhantes em muitos aspectos, a motivação, origem e construção do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados na Europa é uma construção de pelo menos quarenta anos de evolução da matéria, ao ponto de que no Brasil, como passaremos a expor, trata-se de uma construção recente, porém, urgente e necessária.

2. A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO DIREITO PÁTRIO

O Brasil, por sua vez, elenca a proteção à intimidade e vida privada (art. 5, inciso X), entretanto, carente o texto constitucional sobre os meios de tutela dessas informações pessoais, elevadas ao *status* de direito fundamental.

Posteriormente, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1991), inaugura no ordenamento jurídico brasileiro o acesso a informações aos bancos de

dados e cadastros, ou seja, destinada exclusivamente nas relações de consumo permitindo alterações das informações pelo consumidor, porém, não se trata ainda de uma legislação de proteção de dados pessoais.

Neste sentido, Silva (2019), destaca que a tutela de direitos individuais constitucionais, é concretizada através do *habeas data*, instrumentalizada através da garantia de acesso à informação bem como, destaca o rito processual do *habeas data*, transcrito pela Lei n. 9.507/97.

Embora possível a tutela de informações pessoais pela Lei 9.507/97, bem como, a proteção à exposição de informações com conteúdo íntimo ou vida privada, ainda não se trata da ampla proteção prevista pela Lei Geral de Proteção de Danos de 2016, estando o Brasil até o fim da década de 90 carente no que diz respeito à proteção de dados pessoais.

Assim, com a promulgação da Lei 10.406/2002 (Código Civil Brasileiro), é firmada a proteção aos direitos de personalidade, em especial em análise, a intimidade, tendo, portanto, a legislação brasileira vigente a proteção no âmbito civil, que conforme Bittar (1995), são direitos caracterizados por serem inatos, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*.

Entretanto, não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer previsão legal que destaque expressamente a proteção dos dados pessoais, sendo a lei de acesso à informação a legislação que mais se aproximou de preservar informações dessa natureza.

Na sequência, após anos sem qualquer legislação específica sobre a proteção de danos, enquanto na Europa já se inicia posições para diretivas no âmbito da União Europeia, em 2012, promulga-se a Lei. 12.737/2012, que no âmbito criminal, tipifica os crimes no âmbito informático, trazendo alteração no Código Penal Brasileiro, quando há invasão a dispositivo informático alheio, não se consagrando como uma legislação sobre proteção de dados pessoais, até porque, a informação ilicitamente, pode tratar-se de segredo comercial ou industrial, estando plenamente amparada por essa lei.

Na sequência, surge a então Lei n. 12.965/2014 (marco civil da internet), estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Referida legislação, inaugura nova perspectivas ao Brasil, pois surge diversos pontos sobre os dados pessoais, embora, muito se assemelha com os avanços dos países europeus da década de 90, demonstrando que a legislação brasileira não é pioneira sobre a proteção de dados.

O marco civil da internet, de forma resumida, destaca a necessidade de ordem judicial para obtenção e acesso de registro e conteúdo de comunicações, bem como, o consentimento para obtenção de dados.

Somente com a promulgação da Lei n. 13.709 de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD), é então concretizada a ampla proteção de dados pessoais no âmbito brasileiro, sendo, portanto, indispensável para proteção aos direitos de personalidade.

Entretanto, referida legislação já teve uma prorrogação de sua *vacatio legis* anteriormente, tento agora sua segunda prorrogação, com a edição da Medida Provisória nº 959/2020 em 29 de abril de 2020, que objetiva operacionalizar o auxílio emergencial devido a pandemia do covid-19, e de forma não tão clara e justificada, prevê em seu art. 4, que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais passará a vigorar somente em maio de 2021. (BRASIL, Medida Provisória 959/2020).

Neste sentido, questiona-se na pesquisa, seria a medida provisória a ferramenta adequada para prorrogar o prazo da LGPD, estaria a pandemia realmente influenciando significativamente para referida prorrogação, uma vez que, comentava-se desde o fim de 2019 que o governo já estudava nova prorrogação da *vacatio legis*.

Torna-se questionável a questão, pois deveria o congresso nacional posicionar-se sobre eventual prorrogação, entretanto, o Poder Executivo decretou a medida provisória, tomando a decisão através dos poderes conferidos, embutindo o conteúdo em texto sobre a excepcionalidade da pandemia.

O que nos traz reflexão na pesquisa, é justamente o uso de uma medida provisória editada pelo Poder Executivo nesse momento de pandemia, prorrogando a vigência de legislação tão importante.

Sabe-se que a pandemia do covid-19 deixou o mundo em alerta, motivo pelo qual gestores públicos do mundo todo, podem, com devida justificção, editar normas em favor do interesse coletivo. Destacamos que a situação de pandemia é atípica, inesperada, projetando um espaço de excepcionalidade.

Esse é um dos principais pontos de Agamben (2007), nos livros *homo sacer: o poder soberano e a vida nua I e Estado de exceção*, pois o autor parte da noção schmittiana de soberania como conceito-limite e da evidência de que a norma, como pura forma de lei e, portanto, com pretensões à universalidade, para fazer referência ao real, pressupõe uma relação com o que lhe é exterior, isto é, com o próprio real, com os fatos, com a vida. Entretanto, Agamben introduz uma variante peculiar ao interpretar a relação entre exceção e norma, já descortinada por Schmitt (1996).

Entretanto, conforme Agamben (2010), a normalização da vida através da decisão soberana é possível porque a suspensão temporária do ordenamento jurídico cria uma zona de indistinção entre fato (*factum*) e direito (*ius*), enquanto schmitt nunca aceitou que regra se confundisse com exceção. O que existiria seriam períodos de normalidade e períodos de exceção.

Portanto, nessa perspectiva de Agamben (2010), surge nesse a ideia o *campo*, considerado portanto nesse delieamento da excepcionalidade do covid-19, um princípio de espaço de excessão dentro do Estado Democrático de Direito.

Sobre o poder do soberano e decisões em estado de exceção, destaca-se:

se ao soberano, na medida em que decide sobre o estado de exceção, compete em qualquer tempo o poder de decidir qual vida possa ser morta sem que se cometa homicídio, na idade da biopolítica este poder tende a emancipar-se do estado de exceção, transformando-se em poder de decidir sobre o ponto em que a vida cessa de ser politicamente relevante. (Agamben, 2007, p.149)

Neste sentido, conclui-se que o soberano é aquele que tem o poder de decidir em *última ratio* sobre o estado de exceção. Dessa forma, Agamben demonstra a verdadeira face da biopolítica: o soberano tem o poder de legislar sobre o caos, bem como de decidir sobre a normalidade (ou não) da vida em sociedade (vida politizada), e decide quem está dentro ou fora do próprio ordenamento jurídico.

Neste sentido, não há dúvidas que governandes, eventualmente, podem aproveitar-se do campo, para atuar de forma não democrática, suprimindo até mesmo instâncias legislativas, e através de decretos, direcionar não somente mudanças organizacionais do Estado, mas, interferir direta ou indiretamente na vida do homem.

Sobre essa perspectiva, não há oposição na pesquisa sobre a prorrogação da *vacatio legis* da lei geral de proteção de dados, pois, quando acompanhado de devido fundamento, o Poder Legislativo tem legitimidade para propor referida alteração, entretanto, no caso em análise, percebe-se que a medida provisória n. 959/2020, tem como objetivo regulamentar o pagamento dos benefícios emergenciais criados preservar a subsistência de trabalhadores devido a pandemia do coronavírus, sendo que de forma não justificada, determinou por um único parágrafo a prorrogação da LGDP no Brasil.

Nessa perspectiva, inclusive na emenda n. 2 da medida provisória] da comissão mista da medida provisória, pugnou pela supressão do art. 4º da Medida Provisória nº 959, de 29 de abril de 2020.

A discussão da comissão mista, argumentou que o prazo inicialmente estabelecido para entrada em vigor da LGPD era de 18 meses, sendo ampliada posteriormente para mais 06 meses, fundamentando que com isso, a vigência plena da lei se iniciaria em 15 de agosto de 2020, 2 anos após sua publicação inicial, portanto, tempo suficiente para que todos se adequassem à lei.²⁰

Importante destacar, que a medida provisória 959/2020, seguiu o rito sumário de tramitação, em virtude da situação de calamidade pública, tendo portando, celeridade e também atenção especial para publicação no diário oficial, motivo pelo qual já consta a compilação do art. 65, II da Lei n. 13.709 de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD), indicando que esta lei entre em vigor em 03 de maio de 2021.²¹

Portanto, considerando até mesmo a posição dos parlamentares, defende-se que a medida provisória, aproveitando-se do campo, e a possibilidade, sem qualquer justificativa técnica, inseriu através do art. 4, a prorrogação da *vacatio legis*, muito embora, assim como defendido pelos parlamentares, deveria o artigo ser suprimido, para melhor análise da matéria.

3. A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA NO DIREITO PRIVADO

Mudanças disruptivas e irreversíveis surgiram na sociedade, em função da internet. As inúmeras inovações tecnológicas, como os dispositivos móveis, a nanotecnologia, a inteligência artificial (AI) e a internet das coisas (IoT), dentre outras, exercem um papel fundamental no desenvolvimento da humanidade em um mundo cada vez mais volátil, interligado por um meio digital onipresente e em constante observação.

Aliado às tecnologias, o fluxo massivo de informações, decorrente do avanço dos meios de comunicação e interação social, influencia diretamente o desenvolvimento socioeconômico, haja vista que “os dados pessoais dos cidadãos se converteram em um fator vital para a engrenagem da economia da informação”²² tornando possível, e.g., a identificação de padrões de consumo e o

²⁰ BRASIL, CONGRESSO NACIONAL. Emenda n. 02, Medida Provisória n. 959/2020. “Não vislumbramos razão para que se amplie o do prazo de entrada em vigor de artigos da LGPD, adiando-o por quase 9 meses. Pelo contrário, o que se necessita é que tenhamos a Lei Geral de Proteção de Dados em plena vigência. [...] Pelas razões acima expostas é que se propõe a supressão do art. 4º da Medida Provisória n. 959, de 2020, e solicitamos apoio dos demais parlamentares para aprovação desta Emenda.” Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141753>. Acesso em 02 maio de 2020.

²¹ Brasil, Lei Federal n. 13.709 de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em 02 de maio de 2020.

²² BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 12.

reconhecimento de demandas sociais. Infere-se, desde logo, que o controle e a eficiência são o que fundamenta o uso de dados pessoais.²³

A sociedade contemporânea, então, vive a chamada “Era digital”, cujo traço marcante é o protagonismo do mundo *online*, de modo que os indivíduos, enquanto conectados, fornecem uma infinidade de dados sobre suas vidas, convicções, preferências, e até mesmo suas condições emocionais, criando verdadeiros rastros virtuais, sendo admissível dizer que o ser humano se tornou multifacetário.

No que diz respeito à virtualização da pessoa, Humberto Nogueira Alcalá aponta que:

Neste cenário, o cidadão, nos seus mais diversos papéis sociais – como contribuinte, paciente, trabalhador, beneficiário de programas sociais ou como consumidor – tem seus dados processados diuturnamente. Uma combinação de técnicas automatizadas permite a obtenção de informações sensíveis sobre os cidadãos e a construção de verdadeiros perfis virtuais, que passam a fundamentar a tomada de decisões econômicas, políticas e sociais, criando uma demanda por instrumentos capazes de contrabalancear possíveis abusos.²⁴

No entendimento de Doneda, o dado representa uma “pré-informação”, a qual precisa ser interpretada.²⁵ Esta abundância de “pré-informações” é armazenada em banco de dados e processada por mecanismos de Tecnologia da Informação (TI), como o Big Data, traduzindo dados desconexos em conhecimento, com determinada finalidade. A abrangência da norma jurídica pode ser dimensionada por meio da conceituação de dados pessoais, uma vez que “não seria qualquer dado que teria repercussão jurídica, mas, somente, aquele que atraísse o qualificador pessoal”.²⁶

Nesse contexto, conforme estabelecido no Art. 5º, inc. I, da LGPD, dado pessoal é toda “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”²⁷, portanto, para saber se determinado dado recebe tutela jurisdicional, torna-se necessária a “análise contextual que depende

²³ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: fundamentos da lei geral de proteção de dados. 2ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 33.

²⁴ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Autodeterminación informativa y habeas data em Chile e información comparativa. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano* 2005. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung. t. 2. p. 449 *apud* MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do projeto de lei 5.276/2016. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 9, 2016. Disponível em: <<http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/171>> Acesso em: 05 Out. 2020.

²⁵ DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, dez. 2011. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

²⁶ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 59.

²⁷ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial, Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 02 jun. 2020.

de qual tipo de informação poder ser extraída de uma base de dados”²⁸. Frente ao exposto, um dado pessoal pode ser, a título exemplificativo, desde o nome até a localização geográfica da pessoa natural.

Por sua vez, aos dados pessoais sensíveis, conceituados pelo Art. 5º, inc. II, da LGPD, é assegurada proteção mais elevada, uma vez que “a técnica de mineração de dados constitui uma tecnologia potencialmente discriminatória”²⁹, deste modo, colocando o titular de dados sensíveis em maior vulnerabilidade.

O parágrafo 2º, do Art. 12, da LGPD estabelece que “podem ser considerados dados pessoais, aqueles utilizados para formação de perfil comportamental de pessoa natural, se identificada”³⁰. Nesse cenário, é válido salientar que nos dias atuais, diversas técnicas, como o *profiling* ou *grouping*³¹ e a tomada de decisões automatizadas, influenciam no livre desenvolvimento da personalidade, bem como no reconhecimento da identidade pessoal nos meios sociais, real e virtual.

No entanto, os sistemas automatizados se utilizam de algoritmos, os quais podem “confirmar e naturalizar preconceitos, a depender de quais sejam seus inputs e de como os processarão”³², repercutindo na coletividade, e não apenas no âmbito individual, de modo que:

[...] passa-se a considerar também os abusos decorrentes do tratamento dos dados pessoais como um **problema de igualdade**, sempre que sua inadequada utilização acarretar ações potencialmente discriminatórias. Exemplo disso é a discriminação racial realizada com base em dados pessoais, também denominada de *racial profiling*, em que

²⁸ BIONI, Bruno Ricardo. Xequê-Mate: o tripé de proteção de dados pessoais no xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. In: MACHADO, Jorge A. S.; ORTELLADO, Pablo; RIBEIRO, Márcio Moretto (Orgs.). **Xequê-Mate: o tripé de proteção de dados pessoais no xadrez das iniciativas legislativas no Brasil**. São Paulo: GPoPAI/USP. 2015. p. 18.

²⁹ Conforme o Art. 5, inc. II, da LGPD: “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” BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial, Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 02 jun. 2020.

³⁰ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 110.

³¹ Sobre perfilação: “[...] um perfil de um grupo ou indivíduo é criado a partir do cruzamento de uma grande quantidade de dados disponíveis e uma vez estabelecido um perfil o sujeito será avaliado com base nele. É como se a resposta já estivesse dada e a única variável seria a pergunta. Os riscos dessa mudança para o desenvolvimento da identidade e para o exercício da autonomia são grandes, pois o indivíduo tem pouco (ou nenhum) controle sobre como é ‘visto’”. MARTINS, Pedro Bastos Lobo; HOSNI, David Salim Santos. O livre desenvolvimento da identidade pessoal em meio digital: para além da proteção da privacidade? In: POLIDO, Fabrício *et al* (Org.). **Políticas, internet e sociedade**. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2019. p. 46-54.

³² CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Discriminação algorítmica e transparência na Lei Geral De Proteção De Dados Pessoais. **RDtec - Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, v. 8, Jul./Set. 2020. Disponível em:<<https://dspace.almg.gov.br/bitstream/11037/38411/1/Bruno%20Freire%20de%20Carvalho%20Calabrich.pdf>> Acesso em: 08 ago. 2020.

bancos de dados com perfis étnicos ou raciais são utilizados para fundamentar determinadas decisões.³³ (grifo meu)

Visando coibir mencionados abusos na utilização de dados, é que a LGPD consagrou a autodeterminação informativa como um de seus fundamentos basilares, pelo qual se assegura o direito, ao titular, de supervisionar o uso de seus dados pessoais, podendo obter do controlador, o acesso, a correção ou exclusão de dados, entre outras ações, consoante ao Art. 18, da LGPD³⁴.

No entanto, sua a efetividade vincula-se ao princípio da transparência, haja vista ser necessária a ciência plena do titular para o exercício efetivo de controle do fluxo informacional a seu respeito.

Assim, permitir a coleta e o tratamento desregulado de dados pessoais, sem que houvesse balizas jurídicas conferindo mecanismos protetivos, significaria prejudicar a formação da personalidade do indivíduo e o modo como seria exposto para a sociedade, ferindo direitos e fomentando discriminações. No entanto, a legislação brasileira não era satisfatória acerca do tema, embora leis setoriais pincelassem alguma proteção aos dados pessoais.³⁵

Somando-se à vigência, a partir de maio de 2018, do regulamento europeu de proteção aos dados, o *General Data Protection Regulation* (GDPR), fez-se necessária a adaptação do ordenamento jurídico para harmonizar as normas pré-existentes e tutelar interesses distintos, em prol do desenvolvimento, bem como para assegurar proteção aos titulares. Assim, em 14 de agosto de 2018, foi promulgada a Lei nº 13.709, então, denominada como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, representando uma tutela específica e homogênea ao tratamento dos dados pessoais e sensíveis, no Brasil.

³³ MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do projeto de lei 5.276/2016. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 9, 2016.

³⁴ Conforme Art. 18, da LGPD: “O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: I - confirmação da existência de tratamento; II - acesso aos dados; III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei; V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial; VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei; VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa; IX - revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei” BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial, Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

³⁵ No Brasil, até o ano de 2018, leis esparsas regulavam a proteção aos dados pessoais, tais como: o Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078/1990); a Lei de Cadastro Positivos (Lei nº 12.414/2011); a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011); o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014); e a Política de Dados Abertos – PDA (Dec. nº 8.777/2016).

4. UM CONCEITO DE DIREITOS DE EXPRESSÃO DA PERSONALIDADE

Da análise doutrinária e jurisprudencial, se observa claramente o delinear do reconhecimento de um novo direito fundamental autônomo e, garantido constitucionalmente, voltado à proteção de dados. Nesse sentido, é válido salientar a existência do Projeto de Emenda à Constituição (PEC) nº 17, de 2019, com a pretensão de inserir “a proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais”, ao rol do Art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CRFB/88).

No entanto, tal reconhecimento se transformou em um debate bastante controverso, posto que parte da doutrina entende a tutela de dados pessoais somente como desdobramento do direito à privacidade, intimidade e inviolabilidade das telecomunicações. Por outro lado, aqueles favoráveis ao reconhecimento desse direito fundamental defendem que “não existem mais dados irrelevantes diante do processamento eletrônico e ubíquo de dados na sociedade da informação”³⁶. Com efeito, esta tutela jurídica abarca qualquer tipo de dados pessoais, seja aqueles que se encontram na esfera pública ou na esfera privada.³⁷

As demais tutelas garantidas constitucionalmente como proteção à privacidade e à intimidade objetivam proteger aspectos da vida privada, honra e imagem do cidadão, da interferência indesejada de terceiros (do Estado ou de particulares), tratando-se de liberdade de abstenção individual, enquanto que a tutela de dados pessoais se mostra mais ampla.

Ora, o fornecimento de qualquer tipo de dados é massivo e diário. As pessoas compartilham de sua privacidade, demasiadamente, nas inúmeras mídias sociais, aplicativos de relacionamentos, *YouTube*, entre outros, sendo certo que as informações da vida privada são exibidas publicamente. Entretanto, não se perde de vista que muitas informações pessoais não são expostas ao público, porém, encontram-se armazenadas na rede, e.g., conteúdo de mensagens e e-mails, imagens diversas, dados bancários, dados de saúde, todos, suscetíveis de invasão e vazamento.

³⁶ MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, Brasília, v. 120, 2018, p. 555-587.

³⁷ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 94.

Evidencia-se, portanto, que os dados públicos e privados são espécies de uma categoria maior, qual seja, a dos dados pessoais, cuja proteção foi, indubitavelmente, conferida no texto dado à LGPD, considerando que o tratamento e a segurança de tais dados são imprescindíveis.

Além disso, a LGPD consagrou faculdades jurídicas e diretrizes próprias, que se diferem da forma de aplicação dos demais direitos fundamentais, considerando que “a regulamentação da proteção de dados pessoais é uma legislação principiológica”³⁸, como afirma Pinheiro. De fato, a referida lei é repleta de princípios que exprimem valores próprios e essenciais para a sua compreensão e efetivação, e é por conta desta autonomia, também, que se atribui natureza de direito fundamental a proteção de dados.

Em consonância, Bruno Ricardo Bioni leciona:

[...] o direito à proteção de dados pessoais reclama uma normatização própria que não pode ser reduzida a uma mera “evolução” do direito à privacidade, mas encarada como um novo direito da personalidade que percorre, dentre as outras liberdades e garantias fundamentais, a liberdade de expressão, de acesso à informação e de não discriminação. Em última análise, trata-se da nossa própria capacidade de autodeterminação.³⁹

No que tange à jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal (STF), recentemente, proferiu considerável decisão acerca do tema⁴⁰, ao referendar liminar que suspendeu a eficácia da Medida Provisória (MPV) nº 954/2020²³, a qual estabelecia o compartilhamento de dados (nomes, números de telefone e endereços) por empresas de telecomunicação à Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), visando a produção de estatística oficial, durante a emergência de saúde pública causada pelo novo Coronavírus (Covid-19), posto que atribuiu a natureza de garantia constitucional a esta tutela e analisou a eficácia da MPV, por meio de diretrizes da CRFB/88 e da própria LGPD. Na ótica de Laura Schertel Mendes e Gabriel Campos Soares da Fonseca:

O Tribunal formulou, assim, uma tutela constitucional mais ampla e abstrata do que o direito à inviolabilidade da esfera íntima e da vida privada. Essa tutela poderá ser aplicada

³⁸ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais**: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). 2ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 40.

³⁹ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais**: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). 2ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 40.

⁴⁰ BRASIL. **Medida Provisória nº 954, de 17 abril de 2020**. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (**covid-19**), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Diário Oficial, Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm> Acesso em: 10 ago. 2020.

em inúmeros casos futuros envolvendo a coleta, o processamento e o compartilhamento de dados pessoais no Brasil. O conteúdo desse direito fundamental exorbita aquele protegido pelo direito à privacidade, pois não se limita apenas aos dados íntimos ou privados, ao revés, refere-se a qualquer dado que identifique ou possa identificar um indivíduo.⁴¹

Destarte, é possível interpretar a referida decisão do STF de forma favorável ao reconhecimento de direito fundamental a proteção de dados, alinhado ao posicionamento atual e majoritário de juristas, sendo certo que a proposta da MPV em questão, demonstra uma forma de utilização dos dados pessoais pelo Poder Público visando aperfeiçoar políticas públicas, tendo em vista, o contexto pandêmico.

CONCLUSÕES

Pode-se concluir com a presente pesquisa, a existência de uma problemática estrutural na origem da legislação de proteção de dados pessoais no direito comparado, e reconhecido pela jurisprudência alemã. O principal motivo, a origem da proteção se dá sobre o uso em analogia a estrutura do direito de propriedade, o que nos leva a considerar que os dados pessoais são propriedade da pessoa.

Entretanto, quando expostos, e muita das vezes com difícil reparação, os efeitos transcendem as fronteiras do direito de propriedade, invadindo a dimensão da intimidade humana, tornando difícil encontrar o quantum indenizatório para prejuízos de dimensão ontológica e não meramente material.

Destacou-se que o regulamento europeu de proteção aos dados, fez-se necessária a adaptação do ordenamento jurídico para harmonizar as normas pré-existentes e tutelar interesses distintos, bem como para assegurar proteção aos titulares. Assim, foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, representando uma tutela específica e homogênea ao tratamento dos dados pessoais e sensíveis no Brasil, porém, com trazendo consigo a mesma problemática da legislação europeia.

Ademais, constata-se que algumas estruturas ainda não foram incorporadas no direito brasileiro, como exemplo, o uso não-consensual para coleta de dados pessoais, o armazenamento,

⁴¹ MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. STF reconhece direito fundamental à proteção de dados. **Revista de Direito do Consumidor** [Recurso Eletrônico]. São Paulo, n.130, jul./ago. 2020. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/38077>>. Acesso em: 09 ago. 2020.

o processamento e transmissão, ser reconhecido visto como uma violação do direito à proteção de dados, com a possibilidade de aplicação da responsabilidade *in re ipsa*, nos casos de armazenamento de dados sem o devido consentimento da pessoa.

É preciso que a jurisprudência brasileira concretize a verdadeira proteção aos dados pessoais, mais especificamente, tratando em dimensões da personalidade, principiológica e de direitos fundamentais, e não somente no aspecto à propriedade privada, pois embora o aceite de armazenamento pode se dar por instrumentos ou documentos das relações privadas, os efetivos jurídicos transcendem a dimensão material.

REFERÊNCIAS

ABIGAYLE, E. Comparative Analysis of the EU's GDPR and Brazil's LGPD: Enforcement Challenges with the LGPD. **Brooklyn Journal of International Law**. Vol. 44, 2019.

ACÓRDÃO N.º 225/2018. **Tribunal Constitucional da República Portuguesa**. 2018.

AGAMBEN, G. **Homo Sacer - O poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

AGAMBEN, G. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha**. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2010.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Autodeterminación informativa y habeas data em Chile e información comparativa. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung. t. 2. p. 449, 2005.

BENNETT, C. **Regulating privacy. Data protection and public policy in Europe and United States**. Itahaca: Cornell University Press, 1992.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 12.

BIONI, Bruno Ricardo. **Xeque-Mate: o tripé de proteção de dados pessoais no xadrez das iniciativas legislativas no Brasil**, 2018.

BRASIL, CONGRESSO NACIONAL. Emenda n. 02, **Medida Provisória n. 959/2020**. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141753>. Acesso em 02 maio de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial, Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 954, de 17 abril de 2020.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm> Acesso em: 10 ago. 2020.

BRU, E. La protección de datos en España y en la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de reacción frente a la vulneración del derecho a la intimidad. III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 5. UOC, 2007.

BUTARELLI, G. **Banche dati e tutela della riservatezza: la privacy nella società dell'informazione: commento analitico alle leggi 31 dicembre 1996, nn. 675 e 676 in materia di trattamento dei dati personali e alla normativa comunitaria ed internazionale.** Milano: Giuffrè, 1997.

CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Discriminação algorítmica e transparência na Lei Geral De Proteção De Dados Pessoais. **RDTec - Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, v. 8, Jul./Set. 2020. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/bitstream/11037/38411/1/Bruno%20Freire%20de%20Carvalho%20Calabrich.pdf>> Acesso em: 08 ago. 2020.

CASTRO, C. S. **Direito da Informática, privacidade e dados pessoais.** Coimbra: Almedina, 2005.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, dez. 2011. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da lei geral de proteção de dados.** 2ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FAIRFIELD, Jean.; ENGEL, Castel. 'Privacy as a Public Good' in R A Miller (ed), **Privacy and Power**, 2017.

MACARIO, F. **La protezione dei dati personali nel diritto privato europeo.** In ·Il trattamento dei dati personali. TORINO: UTET, 1997.

MACHADO, Jorge A. S.; ORTELLADO, Pablo; RIBEIRO, Márcio Moretto (Orgs.). **Xeque-Mate: o tripé de proteção de dados pessoais no xadrez das iniciativas legislativas no Brasil.** São Paulo: GPoPAI/USP. 2015. p. 18.

POLIDO, Fabrício *et al* (Org.). **Políticas, internet e sociedade.** Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2019.

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

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, Brasília, v. 120, 2018.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do projeto de lei 5.276/2016. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 9, 2016.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. STF reconhece direito fundamental à proteção de dados. **Revista de Direito do Consumidor** [Recurso Eletrônico]. São Paulo, n.130, jul./ago. 2020. Disponível em:
<<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/38077>>. Acesso em: 09 ago. 2020.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de dados pessoais**: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). 2ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SANTOS, A. F. C. As Diretivas Comunitárias de Proteção de Dados Pessoais e a sua Aplicação em Portugal: Barreiras e Facilitadores. (Dissertação Mestrado), Universidade de Lisboa. Disponível no repositório: <https://www.repository.utl.pt/handle/10400.5/13331>, Acesso em 22 de jul. 2021.

Recebido em: 30/05/2021
Aprovado em: 16/09/2022.

Editor:
Dr. Leonardo da Rocha de Souza

Editoras executivas:
Clarice Aparecida Sopelsa Peter
Daisy Cristine Neitzke Heuer
Sabrina Lehnen Stoll
Saskia Assumpção Lima Lobo