



ANNE CAROLINE TAVARES FAGUNDES

**A TUTELA INIBITÓRIA COMO PROTEÇÃO DE DIREITOS
DA PERSONALIDADE RELATIVOS AOS DADOS PESSOAIS**

**LAVRAS – MG
2019**

ANNE CAROLINE TAVARES FAGUNDES

**A TUTELA INIBITÓRIA COMO PROTEÇÃO DE DIREITOS DA
PERSONALIDADE RELATIVOS AOS DADOS PESSOAIS**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

Prof.^a Dr.^a Luciana Fernandes Berlini
Orientadora
Prof. Ms. Lucas Valério de Castilho
Coorientador

**LAVRAS – MG
2019**

ANNE CAROLINE TAVARES FAGUNDES

**A TUTELA INIBITÓRIA COMO PROTEÇÃO DE DIREITOS DA
PERSONALIDADE RELATIVOS AOS DADOS PESSOAIS**

**THE INHIBITORY GUARDIANSHIP AS PROTECTION OF PERSONALITY'S
RIGHTS RELATED TO PERSONAL DATAS**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

APROVADA em 29 de novembro de 2019.
Dra. Luciana Fernandes Berlini
Ms. Lucas Valério de Castilho
Advogada Dra. Lívia Lopes de Souza Pereira
Ms. Sthefano Bruno Santos Divino

Prof.^a. Dr.^a. Luciana Fernandes Berlini
Orientadora
Prof. Ms. Lucas Valério de Castilho
Coorientador

**LAVRAS – MG
2019**

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Vida, por todas as surpresas, momentos, oportunidades e possibilidades que desde sempre tem me proporcionado.

Agradeço imensamente aos meus pais pela paciência, sensatez, motivação e apoio, acreditando em mim quando eu mesma duvidei. À minha irmã pela amizade e incentivo de sempre, e, também, por ter me dado o Antônio Victor de presente, que tem sido a maior inspiração para o meu desenvolvimento diário.

Aos meus amigos de infância e família, por entenderem a ausência e serem sempre um refúgio de paz e alegria. Aos amigos que fiz durante toda a graduação, inclusive aos que hoje já não brilham mais em vida, meus sinceros agradecimentos pela amizade sincera e motivação.

À todos os professores que contribuíram na minha formação, especialmente a minha orientadora professora Dra. Luciana Fernandes Berlini, que desde o meu ingresso na UFLA tem sido fonte de inspiração, agradeço infinitamente pela acolhida e orientação com tanto afeto, paciência e serenidade. E ao meu coorientador, professor Ms. Lucas Valério de Castilho, por todo incentivo e apoio, e especialmente por ter aflorado em mim o amor pelo Direito material e processual Civil.

À Universidade Federal de Lavras, por ter proporcionado tantas oportunidades, amizades, desenvolvimento pessoal e acadêmico, e, pela excelente estrutura possibilitando a concretização de sonhos e bons trabalhos.

À todos que de forma direta ou indireta contribuíram para a efetivação deste Trabalho de Conclusão Curso, muito obrigada!

“Mesmo quando tudo pede um pouco mais de calma, até quando o corpo pede um pouco mais de alma, a vida não para. Enquanto o tempo acelera e pede pressa, eu me recuso faço hora vou na valsa, a vida tão rara. Enquanto todo mundo espera a cura do mal, e a loucura finge que isso tudo é normal, eu finjo ter paciência. O mundo vai girando cada vez mais veloz, a gente espera do mundo e o mundo espera de nós, um pouco mais de paciência. ” (Lenine)

RESUMO

Pretende-se, neste trabalho, demonstrar a vulnerabilidade dos direitos de personalidade, na perspectiva da atual conjuntura de desenvolvimento tecnológico na obtenção, tratamento e propagação de dados pessoais, visto que os dados são colhidos muitas vezes de forma ilícita, sem a devida autorização ou, mesmo quando são obtidos aparentemente de forma lícita são processados e propagados de forma irregular. Com isso, busca-se demonstrar meios efetivos para a proteção desses direitos, esboçando a atual Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, bem como, explanando o instrumento jurídico da tutela inibitória, como forma efetiva de proteção, por resguardar o titular antes mesmo da ocorrência do dano, garantindo assim a integridade do direito da personalidade, e seu livre desenvolvimento. A pesquisa é desenvolvida utilizando o método dedutivo, e a técnica de pesquisa bibliográfica, realizada por meio de leitura reflexiva e analítica, utilizando-se de textos e conceitos básicos, bem como de artigos que representam o estado da arte sobre o tema. Utiliza-se ainda, de análise normativa e jurisprudencial para demonstrar como a legislação se aplica na prática. Por fim, conclui-se que os direitos da personalidade têm sido cada vez mais atingidos pelas novas tecnologias, em especial no que tange os dados pessoais, dessa forma, demonstrou-se que o direito está em constante busca pela proteção efetiva desses, por meio de legislação específica e também através de instrumentos processuais. Ademais, o tema é moderno e precursor, assim, espera-se que este trabalho possa abranger elementos que contribuam para complementar a discussão e a escassa literatura sobre o assunto, bem como, que possa prover subsídios à proposição de novos estudos.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade. Dados Pessoais. Lei de Proteção de Dados Pessoais. Tutela Inibitória.

ABSTRACT

It intended, in this work, to demonstrate the vulnerability of the personality's rights, in the perspective of the current state of affairs of technological development in the attainment, treatment and propagation of personal data, since, the data are gathered very often in the illicit form, without the proper authorization, or, when they are obtained apparently in the lawful form they are even prosecuted and propagated in the irregular form. Therewith it was looked to demonstrate effective ways for the protection of these rights, sketching the current General Law of Protection of Personal Data, as well as, when there is exgliding the legal instrument of the inhibitory protection, like the effective form of protection, because of protecting holder before same of the incident of the damage, guaranteeing so the entirety of the right of the personality, and his free development. The inquiry was developed using the deductive method, mainly the bibliographical inquiry carried out through reflexive and analytical reading, making use of texts and basic concepts, as well as of articles that represent the state of the art on the subject. It was still used, of prescriptive analysis and jurisprudencial to demonstrate like the legislation if it applies in practice. For end, it is ended that the rights of the personality have been more and more reached by the new technologies, in special in what plays the personal data, of this form, it was demonstrated that the right is in constant search for the effective protection of this, through specific legislation and also through processual instruments. Besides, the subject is modern and precursor, so, one hopes that this work could include elements that contribute to complement the discussion and the scarce literature on the subject, as well as, what could provide subsidies to the proposition of new studies.

Keywords: Rights of the Personality. Personal Datas. Legislation of protection of the personal data. Inhibitory Guardianship.

LISTA DE SIGLAS

ANPD	Autoridade Nacional de Proteção de Dados
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CFR	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
GDPR	Regulamento Geral de Proteção dos Dados Pessoais Europeu
LDPD	Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais
MCI	Marco Civil da Internet
UFLA	Universidade Federal de Lavras

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. OS DIREITOS DE PERSONALIDADE DIANTE DAS TECNOLOGIAS INFORMÁTICAS DE OBTENÇÃO E PROPAGAÇÃO DE DADOS PESSOAIS.....	12
2.1. Concepções de Direitos da Personalidade e sua natureza jurídica	13
2.2. Direitos da personalidade, direitos fundamentais e direitos da pessoa	16
2.3. Direitos de personalidade em espécie.....	18
2.4. Direitos da personalidade das pessoas jurídicas	20
2.5 Vulnerabilidade dos direitos da personalidade.....	22
3. DOS DADOS PESSOAIS.....	25
3.1. Um panorama sobre dados pessoais	25
3.2. A sociedade da informação e evolução na obtenção, processamento e propagação dos dados pessoais.....	29
3.3. O papel do consentimento.....	32
3.3.1. As gerações de leis de proteção de dados e a evolução do protagonismo do consentimento.....	33
3.3.2. O consentimento sob a perspectiva da legislação brasileira	35
4. A BUSCA PELA EFETIVA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS	41
4.1. Dados pessoais como categoria autônoma dos direitos da personalidade (?)	41
4.2. Um breve delinear da Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais	48
4.3. Tutela Inibitória na busca pela efetividade da proteção dos dados pessoais como direitos da personalidade	52
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

1. INTRODUÇÃO

O escopo do presente trabalho é demonstrar a vulnerabilidade dos direitos de personalidade, na perspectiva da atual conjuntura de desenvolvimento tecnológico na obtenção, tratamento e propagação de dados pessoais, visto que os dados são colhidos muitas vezes de forma ilícita, sem a devida autorização ou, mesmo quando são obtidos aparentemente de forma lícita, são tratados e propagados de forma irregular.

Para tanto, buscou-se demonstrar meios efetivos para a proteção desses direitos, esboçando a atual Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, bem como, explanando o instrumento jurídico da tutela inibitória, como forma efetiva de proteção, por resguardar o titular antes mesmo da ocorrência do dano, garantindo assim a integridade do direito da personalidade, e seu livre desenvolvimento.

Isso porque, os direitos da personalidade são aqueles relativos à essencialidade do ser humano, como, por exemplo, o direito ao nome, à imagem, à privacidade, à intimidade, ou seja, são direitos constitutivos de sua identidade. Esses direitos são considerados como extrapatrimoniais e visam concretizar a dignidade da pessoa humana. Há na doutrina uma divergência, quanto à tipicidade dos direitos da personalidade, a doutrina majoritária entende que há um direito geral da personalidade, ou seja, a tipicidade é aberta, as previsões legislativas são somente enunciativas, pois, não é possível prever todas as possibilidades de tutela jurídica da personalidade. A corrente minoritária, considera que os direitos da personalidade são somente aqueles positivados.

Esta discussão é importante, pois o direito deve acompanhar a evolução da sociedade, e uma tipicidade fechada restringiria a proteção de muitos direitos que surgem, especialmente com o desenvolvimento tecnológico e informático, que tem trazido forte preocupação para os direitos da personalidade por demonstrarem uma facilitação na obtenção, tratamento e propagação de dados pessoais.

Os dados pessoais são entendidos como informações capazes de revelar a identidade de uma pessoa. E quando estes dados são organizados de forma sistemática, por meio do que é chamado de banco de dados, uma série de questões são levantadas, pois, a estrutura dos bancos de dados permitem uma mineração dos dados, que é capaz de traçar perfis dos indivíduos, os categorizando, o que muitas vezes pode ocorrer de forma equivocada. Mais do que isso, os perfis têm o condão de guiar decisões, ações e estratégias de entidades privadas e pública, influenciando diretamente na vida das pessoas.

Dessa forma, considerando ser os dados pessoais, uma extensão da personalidade do ser humano, a doutrina o entende como um direito da personalidade, merecendo tratamento adequado e a devida proteção. Muitos doutrinadores¹ enquadram o direito à proteção dos dados pessoais como uma subespécie dentro dos direitos à privacidade, considerando aquele, ser uma evolução deste. Todavia, a doutrina moderna² tem caminhado no sentido de que a proteção aos dados pessoais seja uma categoria autônoma dos direitos da personalidade, pois tem características próprias que necessitam de uma proteção específica, é inclusive o que justifica uma legislação própria.

Porém, independentemente do enquadramento que se opte por fazer do direito à proteção dos dados pessoais, fato é que merece uma tutela que seja efetiva. Neste ponto, foi promulgada recentemente a Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais (Lei 13.709/2018), trata-se de um importante marco regulatório brasileiro no caminho para a proteção dos dados pessoais, a lei esboça conceitos e princípios importantes diante da atual conjuntura, todavia, ainda não é possível identificar se será eficiente, pois, não se sabe quais são os contornos práticos que esta receberá, tendo em vista que só entrará em vigor no próximo ano.

Desta forma, buscou-se demonstrar a efetividade de um instrumento processual preventivo para a devida tutela dos direitos da personalidade, incluindo o direito à proteção dos dados pessoais, qual seja, a tutela inibitória. A tutela inibitória é um procedimento jurisdicional previsto constitucionalmente e no novo código de processo civil, que visa impedir a prática, continuação ou a repetição de um ato ilícito, ou seja, tem a finalidade de proteger a ameaça ao direito, não necessitando a ocorrência do dano para que se garanta a proteção.

Demonstrada a necessidade de se discutir o tema, objetivou-se com este trabalho demonstrar o quão vulnerável são os direitos da personalidade, particularmente, os dados pessoais, e buscou-se, a partir de então, explanar os instrumentos trabalhados pelo direito para a devida proteção destes direitos tão importantes.

¹ Schreiber, Rosendal, por exemplo.

² São exemplos: Doneda, Bioni.

2. OS DIREITOS DE PERSONALIDADE DIANTE DAS TECNOLOGIAS INFORMÁTICAS DE OBTENÇÃO E PROPAGAÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Com o objetivo de atender as necessidades sociais, o ser humano pode contrair direitos e admitir deveres, sendo sujeito ativo ou passivo das mais variadas relações que pode compactuar, essas situações suscetíveis de análise econômica é o que o direito chama de “patrimônio”, e existem os direitos da personalidade, que não são patrimoniais, arraigados no mais íntimo do homem e imensurável economicamente, são os direitos voltados aos valores existenciais. (FARIAS; ROSEVALD, 2015).

Nas palavras de Orlando Gomes (1995, p. 153) os direitos da personalidade envolvem “os direitos essenciais à pessoa humana, a fim de resguardar a sua própria dignidade”.

Bioni, ensina que:

Para além da perspectiva subjetiva de que cada ser humano detém seus prolongamentos – atributos e características próprias que o tornam singular–, encaixam-se os dados pessoais como um elemento que compõe essa singularidade. Não se pode perder de vista que todo esse desenho só tem razão de ser porque a pessoa é um ser eminentemente social. A sua singularidade-subjetividade aperfeiçoa-se na social-intersubjetividade (BIONI, 2019, p. 82).

Neste sentido, se não houvesse o social não seria justificável o particular, é através do coletivo que se possibilita a identificação da individualidade frente aos outros. Neste sentido leciona Miguel Reale:

A pessoa do outro não é apenas um elemento circunstancial constitutivo do meu eu, pois ambos, o *eu* e o *outro eu*, acham-se condicionados transcendentemente por algo que os torna histórica e realmente possíveis: esse algo que põe a subjetividade como intersubjetividade é, a meu ver, o valor da pessoa humana, qual, como tal, pode ser considerado o valor-fonte de todos os valores, e, por conseguinte, dos direitos humanos fundamentais (REALE, 2005, p. 105).

Por esse motivo não se permite pensar nos direitos da personalidade como uma categoria solitária, trata-se de uma “concepção ontológica” da pessoa humana, em que se consolida quando ela se relaciona (GONÇALVES, 2008). Neste sentido, Bioni (2019, p. 82) explica que “a noção completa dos direitos da personalidade liga-se necessariamente à tutela jurídica para que a pessoa possa se realizar e se relacionar junto à sociedade”.

Dessa forma, os dados pessoais não são apenas um prolongamento da pessoa, influenciam também na perspectiva relacional desta. A proteção dos dados pessoais é o meio para que a pessoa possa desenvolver sua personalidade livremente (TEPEDINO, 2008). Portanto, “a proteção de dados pessoais situa-se entre os direitos da personalidade, pois, também interfere na dimensão relacional e social do ser humano” (BIONI, 2019, p. 83).

Assim, com a ascensão de tecnologias que facilitam a obtenção, tratamento e propagação de dados pessoais, os direitos da personalidade se encontram vulneráveis, pois alguns dos bens mais preciosos do ser humano, quais sejam a individualidade, a intimidade e a privacidade, têm sido fortemente atingidos, motivo que demanda do direito uma proteção eficiente.

2.1. Concepções de Direitos da Personalidade e sua natureza jurídica

O conceito de direitos da personalidade não é um consenso doutrinário, todavia, pode-se realizar algumas considerações sobre este instituto.

Em geral, os direitos de personalidade são aqueles inerentes à pessoa humana e essenciais para a realização da personalidade, como os direitos à integridade física, psíquica e moral. Estes direitos projetam aspectos da personalidade em espaços subjetivos e intersubjetivos e devem ser tutelados pelo Estado nos limites da individualidade, em consonância com os valores estabelecidos pela própria pessoa como prioridade para o livre desenvolvimento da sua personalidade (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2011).

Ainda, para Carlos Alberto Bittar:

Consideram-se da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos do homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos (BITTAR, 2015, p. 29).

Diversos conceitos vêm sendo apresentados na doutrina, como o que tem por objeto os modos de ser (físicos ou morais) da pessoa (DE CUPIS, 2004), ou são aqueles que concedem um poder às pessoas para protegerem a essência de sua personalidade e suas mais importantes qualidades (TOBEÑAS, 1952).

Para Lôbo (2017, p.137) “os direitos da personalidade são os direitos não patrimoniais inerentes à pessoa, compreendidos no núcleo essencial de sua dignidade. Os direitos da personalidade concretizam a dignidade da pessoa humana, no âmbito do direito civil”.

Autores positivistas³ argumentam que os direitos subjetivos possuem um papel essencial em relação à personalidade, constituindo o mínimo necessário e imprescindível ao seu conteúdo, em que sua ausência torna a personalidade uma suscetibilidade irrealizável, onde todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo (BITTAR, 2015), e a pessoa não existiria como tal, “são, pois, direitos 'essenciais', que formam a medula da personalidade” (BITTAR, 2015, p. 37).

Os positivistas consideram os direitos inatos como a maioria dos direitos subjetivos inerentes à pessoa, todavia, não se reduzem a essa noção, pelo contrário, afirmam existir direitos que não têm por noção o simples pressuposto da personalidade e, uma vez revelados, adquirem caráter de essencialidade, referindo-se em particular ao direito moral do autor. Trata-se de figura que se acresce à existência da personalidade ou apresenta continuação da personalidade. (BITTAR, 2015).

Para os positivistas, apenas devem ser considerados direitos da personalidade aqueles reconhecidos pelo Estado, que lhes dá força jurídica. Não consideram, então, existir meros direitos inatos, que constituiriam exigências de ordem moral.

Em contraposição os naturalistas⁴ afirmam que os direitos da personalidade correspondem às faculdades exercitadas normalmente pelo homem, ou seja, são direitos que relacionam-se com atributos inerentes à condição da pessoa humana. (FRANÇA, apud BITTAR, 2015).

Alegam que mesmo a concepção de direitos da personalidade que tenham sido adquiridos, como o direito moral de autor, não vicia os direitos de personalidade, pois existe sempre o pressuposto da personalidade natural, em que a obra é mero prolongamento ou reflexo.

Para os naturalistas os direitos de personalidade constituem direitos inatos, devendo o Estado somente reconhecê-los e sancioná-los em nível constitucional ou por meio de legislação ordinária, dotando-os de proteção própria, de acordo com o tipo de relacionamento em que se encontrem. (BITTAR, 2015).

Ainda, segundo Carlos Alberto Bittar:

Isso não importa, no entanto, em cingir os direitos da personalidade aos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Esses direitos – muitos dos quais não configuram ou não são suscetíveis de configurar “direitos fundamentais” – existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao

³ São exemplos de autores positivistas: De Cupis e Tobeñas.

⁴ Como Limongi França e Filadelfo Azevedo, posição também adotada por Carlos Alberto Bittar.

próprio homem, considerado em si e em suas manifestações. Quando ganham a Constituição, passando para a categoria de direitos fundamentais. O mesmo acontece com respeito ao campo privado, em que a inserção em códigos ou em leis vem conferir-lhes proteção específica e mais eficaz – e não lhes ditar a existência – desde que identificados e reconhecidos, em vários sistemas, muito antes mesmo de sua positivação (BITTAR, 2015, p.39).

Isto significa que a positivação dos direitos de personalidade é sobretudo para protegê-los e tornar a proteção eficaz, todavia, não é positivando-os que serão criados, pois, eles já existem. Assim, por tais direitos serem considerados inerentes ao homem, não se pode limitá-los ao ordenamento jurídico positivado.

Sobre este aspecto, Paulo Lôbo (2017), explica que a doutrina discorre sobre a existência de um “direito geral da personalidade” no qual se fundiriam todos os tipos previstos ou não no ordenamento jurídico, e utiliza-se o argumento de que seria impossível prever todas as possibilidades de direitos inerentes, o que levaria a uma recusa de tutela jurídica em situações não previstas. “Essa questão tem a ver com a natureza aberta ou fechada da tipicidade dos direitos da personalidade”. (LÔBO, 2017, p. 142).

A doutrina majoritária (Cupis, 1950, passim; Pontes de Miranda, 1971, v. 7, passim; Campos, 1995, passim) opta pela tipicidade aberta, ou seja, os tipos previstos na Constituição e na legislação civil são apenas enunciativos, não esgotando as situações suscetíveis de tutela jurídica à personalidade. Assim, além dos tipos de direitos da personalidade já positivados na Constituição e na legislação civil, os tipos socialmente reconhecidos são aferíveis a partir de sua compatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, fonte determinante de todos. Significa dizer que são tipos de direitos da personalidade:

- a) os tipos exemplificativos previstos na Constituição e na legislação civil;
- b) os tipos reconhecidos socialmente e conformes com o princípio da dignidade da pessoa humana. (LÔBO, 2017, p. 143).

Na hipótese de um magistrado deparar-se com uma circunstância fática que não está delimitada no ordenamento legal mas que evidencie a violação dos direitos da personalidade, deve então, verificar se é cabível no caso, a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana. Essa intervenção hermenêutica de reenvio ao princípio, garante a completa aplicação dos direitos da personalidade. (LÔBO, 2017).

Quanto à natureza jurídica dos direitos da personalidade, tema bastante discutido na doutrina, tem-se que, inicialmente, foi negada sua existência como direito subjetivo. Tendências para negar esse direito manifestam-se, ainda, na prática, em face da evolução da ciência e da tecnologia (BITTAR, 2015).

Atualmente, prospera com De Cupis, Tobeñas e outros juristas, a tese do reconhecimento concreto dos direitos de personalidade, embora ainda existam discussões sobre sua natureza.

A tese que prevalece, segundo Bittar (2015), considera que os direitos da personalidade são direitos intrínsecos à pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental e moral. Por isso, são dotados de certas particularidades, que lhes conferem posição singular no cenário dos direitos privados, de que avultam, desde logo, as seguintes características: intransmissibilidade e irrenunciabilidade, que se antepõem, inclusive como limites à própria ação do titular. Entretanto, esse consentimento não descaracteriza o direito, representando, ao contrário, exercício de faculdade inerente ao titular:

Na perspectiva do novo Direito Civil, que tem afinidade com os temas do Direito Constitucional, além da estrutura centrada em princípios e cláusulas abertas, os direitos da personalidade estão balizados não somente por um franco, explícito e declarado rol não taxativo de direitos reconhecidos pelo traçado que lhes foi conferido pelo projeto do Código Civil de Miguel Reale, mas também por uma fundamentação que decorre da Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, III: “a dignidade da pessoa humana” (BITTAR, 2015, p. 36).

O princípio da dignidade da pessoa humana serve como base do ordenamento jurídico brasileiro, fundamentando a unificação do tratamento da matéria, não importando o aspecto no qual se abordem esses direitos e, muito menos, a ramificação do direito à qual se esteja a reportar.

2.2. Direitos da personalidade, direitos fundamentais e direitos da pessoa

Existe uma enorme dificuldade em estabelecer distinção entre os termos: *direitos da personalidade*, *direitos fundamentais* e *direitos da pessoa*, todavia, há autores que tentam fazê-la examinando os termos sob aspectos diferentes, adotando cada um, em seu contexto, direitos diversos.

Segundo Bittar (2015), dividem-se em geral, em direitos fundamentais e direitos da personalidade. Os direitos fundamentais têm como objeto a relação de direito público para fins de proteção do indivíduo contra o Estado, nesta categoria, inclui-se comumente os direitos: à vida, à integridade física, às partes do corpo, à liberdade, o direito de ação. Os direitos da personalidade são os mesmos direitos, todavia, sob uma vertente das relações particulares, ou seja, da proteção contra outros homens, nesse aspecto inserem-se os direitos:

à honra, ao nome, à própria imagem, à liberdade de manifestação de pensamento, à liberdade de consciência e de religião, à reserva sobre a própria intimidade, ao segredo, e o direito moral de autor, entre outros, conforme ressalta:

São, no entanto a primeira e fundamental das categorias de bens da pessoa, que no direito legislado, em nível constitucional, ou no plano ordinário, recebem tratamentos próprios e diferenciados, mas que, em essência, se reduzem a uma só noção (BITTAR, 2015, p. 56).

Para Lôbo:

A constitucionalização dos direitos fundamentais muito contribuiu para se alcançar essa relevância jurídica, pois os direitos da personalidade, ambientados nas relações privadas, são espécies do gênero direitos fundamentais. Contudo, nem todos os direitos fundamentais, corporificados ou não na Constituição, são direitos da personalidade, porque aqueles vão mais longe que estes, na medida em que atribuem direitos a organizações que não são pessoas e envolvem direitos sociais, econômicos e culturais, que não são direitos da personalidade (LÔBO, 2017, p. 137).

Portanto, por direitos fundamentais ou direitos da personalidade deve-se entender aqueles que o homem possui em face de sua própria condição, ou seja, como já dito, os direitos inatos, anteriores ao Estado e inerentes à natureza do homem.

Além dos direitos da personalidade, a pessoa ainda dispõe na esfera privada, de outros direitos, que correspondem ao estado, ou posição na sociedade, são os chamados direitos da pessoa, ou direitos pessoais, que ocupam a parte geral do Código Civil. Neste sentido:

Com efeito, desde as primeiras manifestações do direito, sempre se reconheceu à pessoa (*de persona*, máscara utilizada no teatro, que era realizado ao ar livre, para aumentar a voz dos atores) a condição de sujeito de direitos, ou de ator no cenário jurídico (ente capaz de direitos e de obrigações), de início ao ser humano, e, posteriormente, a entidades coletivas (agrupamentos humanos personalizados, entes morais, ou pessoas jurídicas) (BITTAR, 2015, p. 62).

Coloca-se o nascimento com vida como requisito suficiente para adquirir o direito da pessoa, tendo o ordenamento jurídico admitido também direitos do nascituro desde a concepção, assegurando proteção específica.

Assim, os direitos da pessoa distinguem-se dos direitos da personalidade tanto sob a perspectiva de análise quanto sob o aspecto intrínseco, abordando estes sobre elementos individualizadores do ser, e, conseqüentemente, sobre componentes de sua personalidade. Por isso o termo “direitos personalíssimos” como foi por muito tempo conhecidos, voltam-se para

aspectos íntimos da pessoa, isto é, como ente individualizado na sociedade. A pessoa é protegida em seus mais íntimos valores e em suas projeções na sociedade.

Dessa forma, abrangem o complexo de valor intrínseco (intelectual e moral) e extrínseco (físico) do ente, atingindo a pessoa em si, ou como parte da sociedade, porém em termos de consideração, de conceituação ou apreciação. Compreendem atributos ou dotes próprios de sua individualidade, e não componentes gerais, como idade, saúde física ou mental, o fato do nascimento e outros, comuns a qualquer pessoa (estes, são levados em consideração dos direitos da pessoa).

Para Carlos Alberto Bittar:

Assim, pois, considerada a pessoa em seu conjunto, por diferentes aspectos é tratada pelo direito, incidindo: a) os direitos da personalidade sobre o ente em concreto e identificado, em si considerado, ou em seus desdobramentos na sociedade; enquanto b) os direitos pessoais abrangem a pessoa como indivíduo, ou ser abstratamente analisado, ou como membro de uma família, ou de uma comunidade, ou de uma nação, com toda a gama de relações daí defluentes (BITTAR, 2015, p. 65).

Nos direitos de personalidade, a pessoa é, ao mesmo tempo, sujeito e objeto de direitos, subsistindo a coletividade, em sua generalidade, como sujeito passivo. Por isso diz-se que esses direitos são oponíveis *erga omnes*. Trata-se, de uma relação de exclusão, que obriga a todos a observância e o respeito a cada pessoa, em seus componentes citados, sob pena de sancionamento pelo ordenamento jurídico.

Nos direitos da pessoa, constituem-se, de outra forma, diversas e diferentes relações jurídicas, a depender do aspecto de análise: com o Estado, ou seus órgãos e entidades, com a família e seus membros, com a sociedade como um todo ou com qualquer de seus membros, ou de seus grupos.

Ademais, os direitos da personalidade representam, *jura in se ipsum* (próprios da pessoa humana), por se referirem, como já explanado, a própria pessoa, tendo como objeto seus atributos substanciais e, como fundamento, a própria essencialidade do ser.

2.3. Direitos de personalidade em espécie

Na identificação dos direitos da personalidade é possível vislumbrar diferentes componentes de estruturação física, psíquica ou moral da pessoa, de acordo com a sua condição de “ser individual” ou de “ser social”. Diante disso, parte-se da análise da natureza

da pessoa humana e de sua composição extrínseca e intrínseca, tomando como referências a posição individual e a consideração no seio da comunidade.

No aspecto individual, campos diferentes de bens integram a personalidade do indivíduo, alguns não são suscetíveis de atingimento pelo mundo exterior, em função de interesses maiores (como a vida, a honra), outros, ao contrário, passíveis de ingresso nos negócios jurídicos, dentro do direito de disposição exclusivo de seu titular (como a imagem, a criação intelectual). No aspecto social, outro grupo de bens componentes do patrimônio individual, como a reputação, a dignidade pessoal, merece também a tutela jurídica, para efeito de evitar turbações por parte de outras pessoas.

Quanto aos bens jurídicos que envolvem os direitos da personalidade, Carlos Alberto Bittar, leciona:

Os bens jurídicos que ingressam como objetos no cenário dos direitos da personalidade são, pois, de várias ordens, divididos em: a) físicos, como: a vida, o corpo (próprio e alheio); as partes do corpo; o físico; a efígie (ou imagem); a voz; o cadáver; a locomoção; b) psíquicos, como: as liberdades (de expressão; de culto ou de credo); a higidez psíquica; a intimidade; os segredos (pessoais e profissionais); e c) morais, como: o nome (e outros elementos de identificação); a reputação (ou boa fama); a dignidade pessoal; o direito moral de autor (ou de inventor); o sepulcro; as lembranças de família e outros (BITTAR, 2015, p.111).

Para o direito importam os elementos da individualidade da pessoa, aos quais confere proteção específica no âmbito da teoria dos direitos da personalidade, em que o objetivo primordial dessa proteção é assegurar a cada um sua integridade, dentro das categorias: psíquica, física e moral. Com essa proteção evita-se sejam esses bens oferecidos a conhecimento ou à fruição de terceiros e, até mesmo, que sejam submetidos a ações deletérias ou depreciativas. “Representam esses direitos, sob esse prisma, verdadeiras muralhas de proteção à sua integridade antepostas pelo direito como defesa da pessoa diante de invasões de qualquer outro componente da coletividade” (BITTAR, 2015, p.112).

Ademais, feitas as explanações necessárias, existem nas doutrinas outras formas de classificar os direitos da personalidade, todavia, a maioria, entende adequar os direitos da personalidade em: direitos físicos, direitos psíquicos e direitos morais (BITTAR, 2015; LÔBO, 2017).

Essa classificação toma como base a pessoa como ser individual, destacando-se os seus atributos físicos ou atributos naturais em sua composição corpórea, são os elementos extrínsecos da personalidade. Depois, volta-se para o seu interior e encontra os direitos

psíquicos ou atributos da inteligência e sentimento. São esses elementos intrínsecos, íntimos da personalidade, que compõem o psiquismo humano. Nesse aspecto individual, considera-se a pessoa em si, identificando-se seu modo de ser, que forma sua integridade física e psíquica.

De outra forma, no campo da pessoa como ser social, ficam os direitos morais, que correspondem às qualidades da pessoa em razão da sua valoração na sociedade, em face de projeções ou manifestações em seu contexto, respeitando, assim, atributos da pessoa em sua conceituação pela coletividade. Nesse aspecto coletivo, toma-se a pessoa integrada na coletividade a que pertence, em função do respectivo patrimônio moral, ou seja, atributos valorativos ou virtudes da pessoa na sociedade.

Em consonância com as noções expostas, incluímos, entre os direitos físicos, os seguintes direitos: à vida, à integridade física (higidez corpórea), ao corpo, a partes do corpo (próprio e alheio), ao cadáver e a partes, à imagem (efígie) e à voz (emanação natural). Entre os direitos psíquicos, inserimos os direitos: à liberdade (de pensamento, de expressão, de culto e outros); à intimidade (de estar só, privacidade ou reserva); à integridade psíquica (incolumidade da mente); ao segredo (ou sigilo, inclusive profissional). Entre os direitos de cunho moral, colocamos à identidade (nome e outros sinais individualizadores); à honra (reputação, ou consideração social), compreendendo a externa, ou objetiva: boa fama, ou prestígio; e a interna, ou subjetiva: sentimento individual do próprio valor social; ao respeito (conceito pessoal, compreendendo a dignidade: sentimento das próprias qualidades morais; e o decoro: a conceituação da própria respeitabilidade social); às criações intelectuais (produtos do intelecto, sob o aspecto pessoal do vínculo entre o autor e a obra, incluída a correspondência) (BITTAR, 2015, p.115-116).

Observa-se que a explanação acima feita, pelo autor Carlos Alberto Bittar, não esgota o rol dos direitos da personalidade, já que outros existem e muitos outros podem surgir, conforme a evolução do pensamento jurídico em sua constante busca para manter sob controle o avanço das técnicas, em razão da defesa dos valores fundamentais da estrutura humana.

2.4. Direitos da personalidade das pessoas jurídicas

Ainda que este trabalho se dedique a tratar dos direitos da personalidade das pessoas físicas, cabe em breve síntese dizer que quanto aos direitos da personalidade da pessoa jurídica, o código civil, estipula no seu art. 54 que “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”. A afirmação não significa que a pessoa jurídica seja titular de direitos da personalidade, mas de que se equipara à pessoa física para exercer alguns deles. Diversas vezes nota-se que o direito utiliza-se da equiparação para

solucionar problemas práticos, sem a necessidade de igualar o que não pode ser igualado. (LÔBO, 2017).

Tepedino explica que:

O ataque que na pessoa humana atinge a sua dignidade, ferindo-a psicológica e moralmente, no caso da pessoa jurídica repercute na sua capacidade de produzir riqueza, no âmbito da iniciativa econômica por ela legitimamente desenvolvida (TEPEDINO, 2004, p. 5).

Ainda que o autor tenha referido a pessoa jurídica de fins lucrativos, a violação também pode ocorrer em face de associações civis e fundações, que por natureza não tem fins lucrativos, diante dessas proposições a violação compromete a boa realização de suas atividades, por exemplo: diminuindo os voluntários ou contribuições que custeiam as despesas. Devem ser protegidos também, os entes despersonalizados que são equiparados a pessoa jurídica para fins legais, como o condomínio de edifício, o espólio, a massa falida, entre outros (LÔBO, 2017).

Considera-se cabível à pessoa jurídica a honra objetiva ou honra externa, que é objeto de tutela jurídica contra atos difamatórios; e a reputação ou a chamada “imagem social” (FROTA, 2008).

Para Paulo Lôbo (2017):

O direito à reputação é o mais atingido, pois a consideração e o respeito que passa a granjear a pessoa jurídica integra sua personalidade própria e não as das pessoas físicas que a compõem. A difamação não apenas acarreta prejuízos materiais, mas também morais, que devem ser compensados. Do mesmo modo, pode ocorrer a lesão à imagem, com retratação ou exposição indevidas de seus estabelecimentos, instalações, marcas, nomes e símbolos (LÔBO, 2017, p. 172).

A súmula 227 do STJ, prevê a possibilidade de aplicação de danos morais para pessoas jurídicas, como consequência da violação aos direitos da personalidade destas, todavia, não são considerados abarcados por esta súmula as pessoas jurídicas de direito público (LÔBO, 2017).

Dessa forma, não há dúvidas de que a proteção dos direitos da personalidade, abrange a pessoa jurídica, sendo esta, equiparada à pessoa física, não em sua amplitude, mas no que couber.

2.5 Vulnerabilidade dos direitos da personalidade

Conforme já demonstrado os direitos da personalidade denotam séria preocupação no campo jurídico, pois, são direitos íntimos das pessoas que sem eles se perde a essência da própria existência. Segundo Paulo Lôbo:

O gosto pessoal, a intimidade do lar, as amizades, as preferências artísticas, literárias, sociais, gastronômicas, sexuais, as doenças porventura existentes, medicamentos tomados, lugares frequentados, as pessoas com quem conversa e sai, até o lixo produzido, interessam exclusivamente a cada indivíduo, devendo ficar fora da curiosidade, intromissão ou interferência de quem quer que seja (MONTEIRO, 2003, apud LÔBO, 2017, p. 149).

Com o avanço tecnológico e informático muitos dos direitos da personalidade tem sido atingidos, em especial na obtenção, tratamento e propagação de dados pessoais, assunto que gera grande preocupação quanto à proteção dos indivíduos, pois, para além da invasão à intimidade doméstica de uma pessoa, o problema atinge a “exposição ao olhar alheio por meio de dados fornecidos ou coletados de forma aparentemente inofensiva, no preenchimento de um cadastro de hotel ou no acesso a um site qualquer da internet” (SCHREIBER, 2014, p. 138). Sendo que o uso inadequado dos dados pessoais pode gerar uma série de prejuízos ao seu titular, conforme explica Anderson Schreiber:

A obtenção de um número de telefone ou de um endereço de *e-mail*, vista de modo fragmentado, pode parecer inofensiva. Reunindo-se, contudo, um conjunto de informações disponíveis sobre certa pessoa, é possível classificar tais informações de acordo com critérios estipulados pelo organizador dos dados para construir “perfis” de consumidores, segurados, empregados, devedores e assim por diante. Tais “perfis” guiam decisões, ações e estratégias de entidades privadas e públicas. Toda a complexidade da pessoa humana, em sua singular individualidade, fica reduzida à inserção em uma ou outra “categoria”, como fruto da sua representação virtual a partir de dados coletados de modo autorizado ou não (SCHREIBER, 2014, p. 139-140).

Neste sentido, Ana Frazão (2018a, n.p.) explica que as bases informacionais tecnológicas “baseiam em dados, correlações e critérios de inferência sigilosos e sem qualquer transparência, que podem ser incorretos ou falsos, e que ainda podem ser utilizados para lastrear correlações que não correspondem a causalidade”. Dessa forma, “o destino da pessoa humana acaba decidido não com base na sua real personalidade, mas com base na

representação virtual que é construída a partir de dados pessoais coletados de modo mais ou menos aleatório” (SCHREIBER, 2014, p. 140).

Ademais, os dados têm sido muitas vezes coletados de forma ilícita, sem ciência e autorização do titular, e, ainda, que autorizados são utilizados sem a devida transparência, traçando perfis e categorizando pessoas, o que pode acontecer muitas vezes de forma equivocada (FRAZÃO, 2018a). Como explica Schreiber:

Tais perfis podem ser usados para guiar decisões de caráter geral. Por exemplo, uma companhia pode se valer do “perfil do cliente” para decidir qual a melhor estratégia de marketing para um de seus produtos. Não raro, contudo, os perfis construídos a partir de banco de dados são utilizados também para guiar decisões específicas, que afetam diretamente o indivíduo. Por exemplo, a inclusão de uma pessoa em certo “perfil de cliente” pode levar à negativa de um pedido de financiamento, à restrição de acesso a certo programa de incentivos ou à vedação de ingresso em certo país estrangeiro (SCHREIBER, 2014, p. 158).

Segundo Harari (2016, n.p), a evolução da informática “segue o próprio caminho e vai aonde humanos nunca foram antes – até onde nenhum humano pode segui-lo”. Neste aspecto, a insegurança do ser humano é gigante, conforme exemplifica Ana Frazão:

São exemplos os algoritmos que identificam a orientação sexual a partir do reconhecimento facial, os que decifram emoções a partir da medição de ondas cerebrais, os que diagnosticam crises depressivas e outros transtornos antes mesmo da manifestação de qualquer sintoma médico. É assustador imaginar o tipo de destinação que pode ser atribuída a tais recursos caso não haja nenhum tipo de controle, preocupação que é potencializada com o *machine learning* (FRAZÃO, 2018a, n.p.).

Para Bioni (2019, p.88), “criam-se, ao final, verdadeiros estereótipos que estigmatizam um sujeito perante os seus pares. Esse fato é determinante para calibrar uma série de decisões que influencia o rumo de suas próprias vidas”. E elucida:

Exemplos não faltam, valendo-se, mais uma vez, do raciocínio dedutivo. Processos seletivos na área de recursos humanos, para a concessão de crédito, para a estipulação de prêmios nos contratos securitários e até mesmo o risco de não embarcar em um avião, porque seus hábitos alimentares podem ser coincidentes com o perfil de um terrorista. Essas são amostras de que a categorização da pessoa, a partir de seus dados pessoais, pode repercutir nas suas *oportunidades sociais*, no contexto de uma sociedade e uma economia movidas por dados (BIONI, 2019, p. 88).

Resta evidente que a proteção dos dados pessoais relaciona-se com o próprio rumo da vida, conforme explica Eli Pariser:

A personalização se baseia numa barganha. Em troca do serviço de filtragem, damos às grandes empresas uma enorme quantidade de dados sobre nossa vida diária – dados que muitas vezes não dividiríamos com nossos amigos. Essas empresas estão ficando cada vez melhores no uso desses dados para traçar estratégias. No entanto, muitas vezes acreditamos excessivamente que essas empresas irão cuidar bem dessas informações e, quando nossos dados são usados para tomar decisões que nos afetam negativamente, em geral não ficamos sabendo. Em última análise, a bolha dos filtros pode afetar a nossa capacidade de decidir como queremos viver (PARISER, 2012, posição 237).

Sobre a supra referida “bolha dos filtros”, Eli Pariser (2012) ensina que existe uma bolha que é como um filtro invisível guiando interações dos usuários em redes sociais e até mesmo o acesso e a busca por informações na rede. Manipula-se as pessoas por meio dos seus próprios dados, formando uma bolha que impossibilita o contato com informações distintas e eventuais que fugiriam desse agrupamento, influenciando diretamente nossas vidas.

Bioni (2019) citando Viktor Mayer-Schoneberger e Kenneth Cukier (2013) diz que existe uma espécie de “ditadura dos dados”. Isto é, os titulares são possíveis vítimas dessa “estrutura em que os dados atropelam a pessoa de carne e osso” (BIONI, 2019, p. 90). No atual contexto, seriam os algoritmos os ditadores das vidas das pessoas, decidindo sobre suas oportunidades.

Assim restando clara a vulnerabilidade dos direitos de personalidade, busca-se uma efetiva proteção a estes direitos que tendem a ser violados diante das novas tecnologias que estão sendo utilizadas contra aquilo que temos de mais precioso, nossa individualidade.

3. DOS DADOS PESSOAIS

Em linhas gerais pode-se dizer que um dado pessoal é aquele relativo a um indivíduo, permitindo a sua identificação. Primeiramente cabe ressaltar que para tratar de dados pessoais é necessário trabalhar também a ideia de “informação”. No que diz respeito a utilização da expressão “informação” e “dado” é preciso advertir que o conteúdo de ambos se completa em várias situações (DONEDA, 2006). Todavia, Danilo Doneda ensina:

O “dado” apresenta conotação um pouco mais primitiva e fragmentada, como observamos por exemplo em um autor que o entende como uma informação em estado potencial, antes de ser transmitida; o dado estaria associado a uma espécie de “pré-informação”, anterior à interpretação e ao processo de elaboração. A informação, por sua vez, alude a algo além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição, e mesmo nos efeitos que esta pode apresentar para o seu receptor. Sem aludir o significado ou conteúdo em si, na informação já se pressupõe uma fase inicial de depuração de seu conteúdo – daí que a informação carrega em si também um sentido instrumental, no sentido de uma redução de um estado de incerteza. A doutrina não raras vezes trata estes dois termos indistintamente (DONEDA, 2006, p. 152).

Portanto, se entende dados como “fatos brutos” que, processados e organizados, transformam-se em algo compreensível podendo se extrair deles alguma informação. Já as informações são o resultado do processamento dos dados para revelar seu significado (BIONI, 2019). O estudo dos dados pessoais, abarca tanto o dado bruto quanto a informação, que eventualmente serão utilizados como sinônimos, conforme passa-se a delinear.

3.1. Um panorama sobre dados pessoais

A conceituação de dados pessoais é relevante, pois este é o elemento central para estabelecer os limites da tutela jurídica, ou seja, “um dado que não avoque tal qualidade não poderia ser cogitado como um prolongamento da pessoa por lhe faltar tal centro de imputação” (BIONI, 2019, p. 66). Isto significa que não seria qualquer dado que teria repercussão jurídica, apenas o que se qualifica como “pessoal”.

No entanto, o conceito de dados pessoais é bipartido em reducionista e expansionista. O conceito expansionista trata o titular como pessoa identificável, não exige que seja uma pessoa determinada, necessita de um vínculo mediato, indireto, impreciso ou inexato, havendo um alargamento da qualificação do dado como pessoal. Já o conceito reducionista trata o

titular como pessoa identificada, exige-se que seja uma pessoa específica/determinada, e que possua vínculo imediato, direito, preciso ou exato, há uma retração da qualificação do dado como pessoal (BIONI, 2019). Dessa forma:

A intelecção do conceito de dado pessoal e, por conseguinte, das estratégias regulatórias possíveis para a sua definição é algo fluido, que pode ser esclarecido a partir da dinâmica de conceitos básicos de sistemas de informação e de banco de dados. Somente, assim, o seu vocabulário ganhará uma análise mais concreta a demonstrar as diferenças e consequências práticas entre tais estratégias regulatórias distintas (BIONI, 2019, p. 68).

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Brasileira, em seu artigo 5º, I conceitua dado pessoal como: “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”, ou seja, abraça a ideia de um conceito expansionista, o que em certa medida, consegue abranger mais situações, e, portanto, tutelar de forma mais ampliada os titulares dos dados pessoais.

Uma importante classificação de dado pessoal, é o dado anônimo, que pode ser conceituado como “aquele incapaz de relevar a identidade de uma pessoa” (BIONI, 2019, p. 69). Esta incapacidade de identificar uma pessoa pode ser produto de um processo pelo qual se quebra o vínculo entre os dados e seu titular, este processo é chamado de anonimização. Existem várias técnicas que tem o objetivo de excluir das bases de dados elementos identificadores, dentre elas pode-se citar a supressão, generalização, randomização e pseudoanonimização (BIONI, 2019).

Não se propõe nesse trabalho a abordagem de cada uma das supracitadas técnicas do procedimento de anonimização. Todavia, cabe dizer que não existe somente um método eficaz para o processo de anonimização, “devendo-se analisar contextualmente como este deve ser empreendido para que os titulares dos dados anonimizados não sejam reidentificados, nem que mesmo por quem procedeu à sua anonimização” (BIONI, 2019, p. 71).

Entretanto, cada vez mais, estudos demonstram que a anonimização é algo falível, conforme ensina Bioni:

A representação simbólica de que os vínculos de identificação de uma base de dados poderiam ser completamente eliminados, garantindo-se com 100% (cem por cento) de eficiência, o anonimato das pessoas é um mito (...) sempre existirá a possibilidade de uma base de dados anonimizada ser agregada a outra para a sua reidentificação (BIONI, 2019, p. 72).

Por este motivo, a regra é a prevalência do conceito expansionista supracitado, pois, o dado pessoal corresponde a uma informação que direta ou indiretamente identifica alguém, essa acepção abrange até mesmo as informações possibilitem a identificação de um sujeito mesmo que de maneira remota. (BIONI, 2019).

Por essa lógica, qualquer dado pessoal anonimizado detém o *risco inerente* de se transmutar em um dado pessoal. A agregação de diversos “pedaços” de informação (dados) pode revelar (identificar) a imagem (sujeito) do quebra-cabeça, a qual era até então desfigurada (anônimo) – o chamado efeito mosaico. Por isso, em princípio, eventual dicotomia entre dados pessoais e dados anônimos só guardaria coerência junto ao conceito reducionista de dados pessoais. Isso porque dados anônimos não são dados relacionados a uma pessoa identificada, demandando a reversão do processo de anonimização para se chegar aos respectivos titulares, sendo a sua identificabilidade remota (identificável) e não imediata (identificada) (BIONI, 2019, p. 73).

Sendo assim, as leis que adotam um conceito expansionista de dados pessoais, mas que, ao mesmo tempo, instituem uma separação deste com dados anônimos correm o risco de uma “redundância normativa”, pois “os dados anônimos seriam, em última análise, potencial e, provavelmente, dados relacionados a uma pessoa identificável” (BIONI, 2019, p. 74).

Para não gerar tal incoerência, a única saída foi a adoção de um “filtro” que delimitasse a *elasticidade* do conceito expansionista – neste caso o termo identificável –, sob pena de a fronteira entre dados pessoais e dados anônimos ser sempre transponível (BIONI, 2019, p. 74).

Desta forma, o direito europeu e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira, utilizaram o critério da razoabilidade para demarcar o conceito expansionista dos dados pessoais, ou seja, deve haver um “esforço razoável”⁵, sendo esse o limite de elasticidade da acepção de dado pessoal como aquele pertinente a uma pessoa identificável.

A LGPD prevê critérios para esse conceito impreciso de razoabilidade⁶, que segundo Bioni:

Trata-se de uma estratégia normativa alinhada à premissa de que os dados anônimos seriam sempre passíveis de reversão. Daí por que o critério da

⁵ Art. 18, caput, LGPD. “Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertidos”.

⁶ Art. 18, § 1º: “A determinação do que seja razoável deve levar em consideração fatores objetivos, tais como custo e tempo necessários para reverter o processo de anonimização, de acordo com as tecnologias disponíveis, e a utilização exclusiva de meios próprios”.

razoabilidade nada mais é do que uma diretriz acerca do que venha a ser um *risco aceitável-tolerável* em torno da reversibilidade do processo de anonimização, a fim de que os dados anonimizados estejam fora do conceito de dados pessoais (BIONI, 2019, p. 75).

Sendo assim, existe coerência para a conceituação distinta das espécies de dados (dados pessoais e dados anônimos), especialmente sob o aspecto de uma distinção mutualmente excludente entre elas, que é demarcada pelo critério da razoabilidade, pois, do contrário, haveria a chamada “redundância normativa”, na medida que os dados anônimos seriam sucessivamente encaixados no conceito de dado pessoal, como aquele relacionado a uma pessoa identificável.

Cabe ainda, tratar em breve síntese sobre os dados sensíveis, estes são uma classificação de dados pessoais que necessitam de uma tipologia distinta, pois, seu conteúdo oferece uma vulnerabilidade ainda maior (DONEDA, 2006). A preocupação surge porque quando se pensa em dados que demonstram a orientação sexual, religiosa, política, racial, estado de saúde⁷, por exemplo, pode-se haver distinção de uma pessoa baseado nestes aspectos da sua personalidade.

Ainda, mesmo que um dado pessoal não seja categoricamente determinado como dado sensível, pode transformar-se em um a depender de sua relevância, conforme explica:

Desta forma, mesmo dados não qualificados como sensíveis, quando submetidos a um determinado tratamento, podem revelar aspectos sobre a personalidade de alguém, podendo levar a práticas discriminatórias. Tal argumentação leva, em síntese, a concluir que um dado, em si, não é perigoso ou discriminatório – mas o uso que dele se fazer pode sê-lo (DONEDA, 2006, p. 162).

Por este motivo as leis de proteção de dados debruçam sobre um regime de proteção especial aos dados sensíveis, com a intenção de bloquear ações discriminatórias, para que o titular dos dados tenha segurança para se relacionar perante a sociedade sem possíveis práticas que frustrem suas vidas (BIONI, 2019).

⁷ O art. 5º, II da LGPD, define dado sensível como: “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, saúde, vida sexual, genética ou biometria, quando vinculado a pessoa natural”.

Passada as considerações sobre dados pessoais, cabe brevemente analisar o papel dos bancos de dados⁸, que são de extrema relevância, conforme demonstra-se:

A simples ação de coletar e acumular os fatos (dados) das vendas e saídas de seus produtos é algo que em si não é dotado de nenhum significado. Somente quando organizados, especialmente para o fim de identificar quais produtos foram os mais vendidos, extrai-se, então, uma informação útil (BIONI, 2019, p. 35).

Por isso é importante trabalhar a ideia de banco de dados, que envolve a obtenção, tratamento e propagação de uma informação. Neste sentido, um banco de dados deve necessariamente ser atrelado a ideia de um sistema de informação⁹ em que se exige, sequencialmente a coleta e estruturação dos dados, a extração da informação e, por fim se atinge o conhecimento (BIONI, 2019). Portanto, através de bancos de dados é possível identificar e traçar perfis do indivíduo, seus hábitos e “outras informações necessárias para à tomada de decisões táticas e estratégicas” (MANNINO, 2008, p.9), isso é chamado de mineração de dados ou *data mining* (MANNINO, 2008; STAIR; REYNOLDS, 2009). E é exatamente neste ponto que a evolução na obtenção, tratamento e propagação dos dados pessoais se torna excessivamente preocupante, exigindo especialmente do direito uma forma efetiva de tutela dos dados pessoais.

3.2. A sociedade da informação e evolução na obtenção, processamento e propagação dos dados pessoais

Ao longo da história a sociedade passou por diversas formas de organização social, e “em cada época, existiu um elemento central para o seu desenvolvimento, sendo o modo pelo qual ele se estruturou o fator determinante para se estabelecer seus respectivos marcos históricos” (BIONI, 2019, p. 2). Atualmente, a sociedade está organizada por meio da informação, que é o elemento central do desenvolvimento econômico. Segundo Bioni:

⁸ Banco de dados é a reunião de informações de maneira organizada, consistentes e protegida. (ALECRIM, 2018). A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, define banco de dados no Art. 5º, IV como: “conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico”.

⁹ Segundo STAIR, Ralph; REYNOLDS, George W. (2009, p. 12) “um sistema de informação é um conjunto de elementos ou componentes inter-relacionados que coletam (entrada), manipulam (processo) e disseminam (saída) dados e informações (...)”.

Essa nova forma de organização social foi sedimentada em razão da evolução tecnológica recente, que criou mecanismos capazes de processar e transmitir informações em uma quantidade e velocidade jamais imaginável. Os relacionamentos sociais foram energizados por um fluxo informacional que não encontram mais obstáculos físicos distanciais. Há uma nova compreensão (mais abreviada) da relação entre tempo-espço, o que outrora acarretava maior cadência às interações sociais (BIONI, 2019, p. 04).

Sendo assim, “a informação avoca um papel central e adjetivante da sociedade: sociedade da informação” (BIONI, 2019, p. 04). E, ainda que a atual organização social não possa ser resumida apenas ao meio ambiente virtual, a tecnologia é a ferramenta de destaque da atualidade.

A tecnologia tem uma velocidade de desenvolvimento avançada passando a condicionar diretamente a sociedade com a sua forma de trabalho, meios de produção, distribuição de tempo e espaço (DONEDA, 2006), “além de se identificar diretamente com a substância dos instrumentos e mecanismos de controle que podem causar a erosão da privacidade” (DONEDA, 2006, p. 35). Dessa forma, a altivez apresentada pela tecnologia passou a ser motivo de estudo para as ciências sociais, como o direito.

Uma das fortes e preocupantes características da tecnologia é a sua imprevisibilidade, seus efeitos podem ir além do que o ser humano se quer pode imaginar e “ao mesmo tempo, por mais exógena e estranha que seja, esta tecnologia é um produto do homem e de sua cultura, destinada a relacionar-se com ele” (DONEDA, 2006, p. 37 - 38).

Foi-se o tempo em que a lesão à privacidade afetava somente as pessoas famosas. “Trata-se, muito ao contrário, de ameaça que paira sobre todos nós” (SCHREIBER, 2014, p. 158).

No caixa do supermercado, no balcão da loja de roupas, na agência bancária e em tantos outros locais que fazem parte do cotidiano das pessoas comuns, somos confrontados com a exigência de fornecimento de informações pessoais. Solicitadas muitas vezes como etapa imprescindível a uma compra ou serviço, tais informações passam a integrar um banco de dados, que é gerenciado e operado sem qualquer controle do titular das informações (SCHREIBER, 2014, p. 158).

Tanto a esfera pública como a privada valem-se cada vez mais de padronizações para avaliar uma infinidade de casos individuais e, com isso dados pessoais fornecidos de uma forma espontânea ou obtidos involuntariamente são utilizados na construção de “perfis”, em que cada indivíduo é ajustado de acordo com características que o organizador da informação

considera relevante. “Dessa prospecção resulta risco significativo à dignidade humana, na medida em que a complexidade do ser humano acaba reduzida a certo perfil comportamental, construído, no mais das vezes, sem qualquer participação ativa do próprio indivíduo” (SCHREIBER, 2014, p. 158).

Um dos exemplos que tem sido mais citados para elucidar a propagação de dados é o da ação por parte da varejista americana para identificar consumidoras grávidas, conforme exemplifica Bioni:

A equipe de análise da Target conseguiu verificar que tal perfil de consumidoras adquiria uma determinada lista de produtos. Isso permitiu não só prever o estado de gravidez, mas, também, o período de gestação para, daí, lhes direcionar produtos de acordo com a respectiva fase da gravidez. Dessa forma, os algoritmos dos bancos de dados foram programados para estabelecer tal correlação, segmentando, dentre os milhares de consumidoras, aquelas com tal perfil para fins de ação publicitária. A eficiência da tecnologia em questão foi comprovada quando um pai furioso entrou no estabelecimento comercial de tal empresa, acusando-a de incentivar a sua filha adolescente a engravidar. Passados alguns dias, o gerente da loja, preocupado em perder o cliente, ligou para o furioso pai. Este último, acanhado do outro lado da linha, informou que tinha tomado conhecimento de fatos até então ignorados: a sua filha estava grávida, desculpando-se pelo ocorrido. (BIONI, 2019, p. 41).

Neste sentido, bases de dados são geradas com o intuito de identificar padrões de comportamento e influenciar os indivíduos. Além disso, uma mesma base de dados pode ser utilizada para as mais diversas finalidades, podendo até mesmo ser reutilizada. (BIONI, 2019).

Os bancos de dados estão cada vez mais evoluídos, sendo possível prever-se uma crise financeira e até mesmo o rompimento de um “relacionamento sério” tomando como base *posts* de seus usuários.¹⁰

Há atualmente uma maior desenvoltura na manipulação das informações, desde a coleta e tratamento até sua propagação crescendo a variedade de formas em que se pode organizar estas informações e, “ao passo que maior é a sua utilidade, mais ela se torna elemento fundamental para um crescente número de relações e igualmente aumentam suas possibilidades de influir em nosso cotidiano” (DONEDA, 2006, p. 153).

Dessa forma, o direito se concretiza quando é efetivo na proteção da sociedade, e, sendo está atualmente movida pela tecnologia, neste sentido deve caminhar o direito.

10 Reportagem intitulada “Algoritmo prevê, no Facebook, quando um namoro vai acabar”. Disponível em <<https://exame.abril.com.br/ciencia/algoritmo-preve-no-facebook-quando-um-namoro-vai-acabar/>>.

3.3. O papel do consentimento

O consentimento do titular dos dados é um dos aspectos mais delicados da disciplina de proteção de dados, pois, com a evolução tecnológica se cria uma vasta gama de possibilidades de escolhas, das quais podem ter reflexo direto na personalidade do indivíduo (DONEDA, 2006). Neste sentido Danilo Doneda explica:

O consentimento, ao sintetizar esta atuação da autonomia privada em um determinado momento, há de ser interpretado como o instrumento por excelência da manifestação da escolha individual, ao mesmo tempo que faz referência direta aos valores fundamentais em questão (DONEDA, 2006, p. 371).

Neste cenário, o consentimento garante à pessoa o poder de modificar sua própria condição jurídica por meio da sua manifestação de vontade (DONEDA, 2006). Sobre a importância desta manifestação da vontade, explica Schreiber:

Nenhum dos direitos de personalidade representa valor superior à pessoa humana. São atributos que o ordenamento jurídico tutela unicamente em função do seu titular. Nesse contexto, a vontade individual do titular da privacidade não pode ser desconsiderada, sob pena de se impor uma proteção artificial, contrária aos próprios desígnios do indivíduo (SCHREIBER, 2014, p. 185).

Dois principais aspectos do consentimento devem ser considerados. O primeiro deles é o aspecto que apresenta o consentimento como um elemento acessório. Isto é, sempre o conecta a uma situação específica que o fundamenta. Por exemplo a realização de um contrato, a inscrição em um processo seletivo, entre outros. Neste sentido, as situações concretas demonstram que o titular do dado que decide por exercer seu poder de autodeterminação e não fornecer seus dados pessoais, muitas vezes se vê impedido do acesso a bens ou serviços, pois, o fornecimento dos dados seria uma exigência (DONEDA, 2006). Explica Doneda (2006, p. 373): “A disparidade de meios entre a pessoa, de quem são exigidos os dados pessoais, e aquele que os solicita faz com que a verdadeira “opção” seja tantas vezes a de “tudo ou nada”, “pegar ou largar”.

O segundo aspecto a ser abordado “é que o consentimento para o tratamento de dados pessoais aparenta ser um procedimento inócuo, dado que os seus efeitos não demonstram contornos muito nítidos ao interessado” (DONEDA, 2006, p. 373). Com isso se quer dizer

que não é difícil dissimular os verdadeiros efeitos deste tratamento, o que é difícil é identificar estes efeitos.

Diante desse cenário de difícil identificação dos reais efeitos do consentimento, ou até mesmo da falta de conhecimento do que a autorização para uso dos dados pessoais possa trazer, Schreiber (2014) explica a preocupação:

A limitação voluntária do exercício da privacidade, embora aceita pela sociedade contemporânea, deve ocorrer com as necessárias cautelas, empreendendo-se o máximo esforço para proteger a dignidade daquele que, embora consentindo com a interferência na sua vida privada, o faz muitas vezes sem a exata noção dos reflexos que a atitude pode gerar na sua vida privada, o faz muitas vezes sem a exata noção dos reflexos que a atitude pode gerar sobre a sua personalidade no presente e no futuro. Aos que pendem sobre a esfera pessoal dos envolvidos e protege-los, na máxima medida do possível. O futuro da privacidade, depende, em larga medida, da consciência de que o debate sobre a exposição excessiva deve anteceder o incremento das inovações. Não se pode fazer para depois pensar. E pensa é imprescindível para evitar a redução da pessoa humana a simples objeto da curiosidade alheia (SCHREIBER, 2014, p. 187).

Com isso também, se quer dizer que apesar da importância e do protagonismo do consentimento, a legislação, e os aplicadores desta exercem um papel importante para “controlar tais práticas, assegurando que os direitos da pessoa humana permanecerão protegidos em todas as etapas da atividade e que o consentimento da pessoa representa sua escolha consciente e informada, fruto de uma verdadeira autonomia” (SCHREIBER, 2014, p. 186).

3.3.1. As gerações de leis de proteção de dados e a evolução do protagonismo do consentimento

Depois da Segunda Guerra Mundial o governo notou que as informações pessoais dos cidadãos são úteis para projetar e dispor suas atitudes para uma desenvoltura específica. A tecnologia tornou possível esse novo viés estatal. Neste contexto alguns países começaram a pensar na criação dos bancos de dados unificados, como instrumento para a expansão orgânica da população (BIONI, 2019). Diante deste cenário, a primeira geração de leis de proteção de dados pessoais surgiu com a inquietação da forma como seria realizado o processamento dos dados dos cidadãos na conjuntura da formação do Estado Moderno. Portanto, a regulamentação foi focada na tecnologia, que deveria ser moldada por valores

democráticos. A opção, neste primeiro momento foi focar no controle dos bancos de dados. Neste sentido, leciona Danilo Doneda:

Estas leis propunham-se a regular um cenário no qual centros elaboradores de dados, de grande porte, concentrariam a coleta e gestão dos dados pessoais. O núcleo destas leis era a concessão de autorizações para a criação destes bancos de dados e o controle a *posteriori* para órgãos públicos. Estas leis também enfatizavam o controle do uso de informações pessoais pelo Estado e suas estruturas administrativas, que eram os destinatários principais (se não os únicos) destas normas (DONEDA, 2006, p. 208).

No geral, o que sinaliza a primeira lei geral de proteção dos dados pessoais é a esfera governamental, e a premissa de regulamentação dura para conter o uso exacerbado da tecnologia. Ocorre que a obtenção, tratamento e propagação de dados pessoais foi além do setor público, exigindo uma regulamentação mais efetiva, momento em que surgem as leis de proteção de dados pessoais de segunda geração.

Passa-se, então as legislações da segunda geração a preocupar-se com o tratamento de dados da esfera privada. Neste ponto, notou-se a inviabilidade de incumbir ao Estado para licenciar a criação e o funcionamento de bancos de dados, esta segunda geração de leis transfere para o titular dos dados a responsabilidade de protegê-los (DONEDA, 2006). Neste sentido, explica: “Se antes o fluxo das informações pessoais deveria ser autorizado pelo Estado, agora cabe ao próprio cidadão tal ingerência que, por meio do consentimento, estabelece as suas escolhas no tocante à coleta, uso e compartilhamento dos seus dados pessoais” (BIONI, 2019, p. 113). Para esta geração, o indivíduo é o maior responsável no controle dos seus dados pessoais.

A importância dada ao papel do titular no controle dos seus próprios dados, fez com que surgisse a terceira geração de leis, onde as regulamentações de proteção de dados pessoais passaram a garantir participação efetiva dos indivíduos sobre todos os movimentos dos dados pessoais, desde a coleta até a sua propagação, possibilitando um controle expansivo sobre as informações pessoais. (BIONI, 2019, apud MAYER-SCHONEBERGER, 2013).

A ascensão do consentimento como aspecto principal para a proteção dos dados pessoais começou. Contudo, a gerar complicações, sendo que desde a segunda geração das leis já era passível de questionamento a efetividade de normas que desse aos indivíduos o poder de escolha dos indivíduos. Como explica Bioni:

Já naquela época, diversas relações sociais tinham como condição a entrega dos dados pessoais para o seu aperfeiçoamento. Entre as burocracias

governamentais, o exercício da cidadania pelo voto e o acesso a bens de consumo (*e.g.*, os bancários) exigiam o fornecimento dos dados pessoais como a chave para a porta de entrada dessas relações sociais. Na feliz expressão de Mayer-Schoneberger, somente os eremitas alcançariam a proteção plena de seus dados, já que, como decorrência da sua recusa em fornecê-los, amargariam o custo social decorrente da exclusão de tais atividades (BIONI, 2019, p. 114).

Assim surgiram as leis de quarta geração buscando aperfeiçoar os problemas apresentados nas anteriores, trazendo autoridades independentes para a aplicação das leis e normas que não deixaram à cargo do indivíduo toda a decisão sobre os seus dados, relativizando a centralidade do consentimento (DONEDA, 2006).

Neste sentido explica Bioni:

Ao mesmo tempo, contudo, esse progresso geracional não eliminou o protagonismo do consentimento. A sua centralidade permaneceu sendo o traço marcante da abordagem regulatória. Tanto é verdade que, em meio a esse processo evolutivo, o consentimento passou a ser adjetivado, como devendo ser livre, informado, inequívoco, explícito e/ou específico (BIONI, 2019, p. 115).

Desta forma, o consentimento permanece sendo um aspecto primordial nas leis de proteção de dados pessoais.

3.3.2. O consentimento sob a perspectiva da legislação brasileira

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) regulamentou, em seu art. 43¹¹, os bancos de dados e cadastros dos consumidores. Analisando o dispositivo, é possível compreender que sua amplitude alcançou todo e qualquer dado do consumidor, não somente informações negativas para concessão de crédito. Assim, a intenção do legislador foi regular qualquer banco de dados que atinja o livre desenvolvimento da personalidade do consumidor. Neste sentido, explica Benjamin (2011, p. 421): “de modo direto, o mau funcionamento dos arquivos de consumo ameaça, primeiramente, o direito à privacidade, por que cada indivíduo pode clamar, na esteira da elaboração mais ampla dos direitos da personalidade.”.

Assim, o CDC confiou ao consumidor o direito de controlar suas informações pessoais, sendo capaz de autodeterminar o seu fluxo informacional. Exemplo disso é o dever

¹¹ Art. 43 do CDC: “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 suas respectivas fontes.”.

de notificar ao consumidor sobre a abertura de um banco de dados que não foi solicitado por ele¹². Essa obrigação de comunicado antecedente garante ao consumidor a possibilidade de acompanhar o tratamento dos seus dados pessoais. Antônio Herman Benjamin (2011), propõe que este dispositivo seja interpretado de forma extensiva para que o termo “abertura” do qual a lei se refere deva indicar não somente o momento de início de um banco de dados, mas também toda movimentação dos dados pessoais, o que possibilita ao consumidor acompanhamento dinâmico da propagação de suas informações.

O CDC garante transparência dos dados à medida que impõe determinados deveres ao operante do banco de dados:

D) garantir o seu *acesso* pelo consumidor (art. 43, *caput*, do CDC); II) *exatidão* de tais informações; III) que o banco de dados se restrinja para *finalidades claras e verdadeiras* e, por fim; IV) que seja observado o *limite temporal* de cinco anos para o armazenamento de informações negativas (art. 43, § 1º, do CDC). Por esse arranjo, o consumidor poderá demandar a imediata *correção-cancelamento* de uma informação errônea ou que tenha superado tal limite temporal (art. 43, § 3º, do CDC) (BIONI, p. 125).

Os direitos ao acesso, retificação e cancelamento de dados e os princípios da transparência, qualidade e limitação temporal são dirigidos para o consumidor, para que este exercendo o papel de titular dos dados possa exercer o controle sobre os seus dados pessoais. Dessa forma, o CDC buscou conferir ao titular o poderio do seu fluxo informacional, sendo seu interesse e consentimento respeitados na esfera consumerista que é embasamento de várias outras relações.

Há também a Lei do Cadastro Positivo (Lei 12.414 de 2011) que disciplina a formação de banco de dados sob dados de operações financeiras e de adimplemento com finalidade de concessão de crédito. Essa lei traz a ideia de uma análise geral do pretendente ao crédito, não mais se analisa só os dados relativos a inadimplementos, mas, também se analisa outras informações que possam influenciar dados benéficos da capacidade financeira do postulante e seu histórico de adimplemento.

Esta lei, trouxe de forma original a acepção de que o titular dos dados deve ter o direito de gerenciá-los, requerendo mais do que a comunicação de abertura de banco dados como o CDC, exige-se o consentimento do titular que deve ser expresso, assinando em

¹² § 2º do Art. 43 do CDC: “§ 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. ”.

documento específico ou em cláusula apartada¹³. E essa forma de controle é utilizada para o compartilhamento de base de dados com terceiros, devendo haver consentimento específico para este ato¹⁴. Ainda, o operador da base de dados não pode coletar dados excessivos¹⁵ e sensíveis¹⁶ com a finalidade de análise de crédito, assim como não pode usar para outro fim que não seja creditício¹⁷.

Assim, esta legislação limita a coleta e também o processamento dos dados pessoais com a finalidade de habilitar o titular dos dados ao controle de suas informações, técnica legislativa que engrandece o poder do consentimento.

Outra legislação importante é a Lei 12.965 de 2014 conhecida como Marco Civil da Internet (MCI), norma criada com a finalidade específica de proteção aos direitos e garantias dos cidadãos nas relações da Internet. Prevê diversos direitos dentre os quais, cabe destacar a proteção da privacidade e dos dados pessoais¹⁸, sendo considerados aspectos primordiais da lei. Nesta regulamentação, três dispositivos mencionam expressamente a necessidade do consentimento do usuário para coleta, uso, processamento, armazenamento dos dados pessoais e para concessão a terceiros¹⁹. Neste ponto, o MCI caracteriza o consentimento como livre, expresso e informado. Ainda, determina que o operador dos dados deve apresentar informações claras e completas utilizando-se de cláusulas destacadas e dando a devida

¹³ Art. 4º da Lei 12.414: “A abertura de cadastro requer autorização prévia do potencial cadastrado mediante consentimento informado por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada.”

¹⁴ Art. 9º da lei 12.414: “O compartilhamento de informação de adimplemento só é permitido se autorizado expressamente pelo cadastrado, por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada”.

¹⁵ Art. 3º, § 3º, I da Lei 12.414: “Ficam proibidas as anotações de: informações excessivas, assim consideradas aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor;

¹⁶ Art. 3º, § 3º, II da Lei 12.414: “Ficam proibidas as anotações de: sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas”.

¹⁷ Art. 5º, VII da Lei 12.414: “ter os seus dados pessoais utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados”.

¹⁸ Art. 3º, II e III, do MCI: “A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: (...) II – proteção da privacidade; III – proteção dos dados pessoais, na forma da lei”.

¹⁹ Art. 7º, VII, e IX da Lei 12.965/2014: “O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: (...) VII - 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; (...)X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei”, e Art. 16, II da referida lei: “Art. 16. Na provisão de aplicações de internet, onerosa ou gratuita, é vedada a guarda: (...) II - de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular. ”.

publicidade as suas políticas de uso²⁰. Ainda, o MCI dispõe de um dispositivo que foi acrescido pela Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) que possibilita ao usuário requerer a exclusão definitiva dos seus dados quando for encerrada a relação para a qual foram fornecidos.²¹

A junção desses artigos ora apresentados demonstra, novamente, o protagonismo do consentimento, assim “todas as normas desembocam na figura do cidadão-usuário para que ele, uma vez cientificado a respeito do fluxo de seus dados pessoais, possa controlá-lo por meio do consentimento” (BIONI, 2019, p. 130).

Por fim e não menos importante, traz-se uma análise do consentimento diante da atual Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709 de 2018). Esta importante lei coloca o consentimento como uma das hipóteses legais, isso significa que:

Em termos de técnica legislativa, o consentimento não só deixou de ser a única base legal para o tratamento de dados, como também foi alocado topograficamente sem ser hierarquicamente superior às demais bases legais por estarem todas elas horizontalmente elencadas em incisos do art. 7º da LGPD. (BIONI, 2019, p. 131).

Porém, o consentimento não deixou de ser um aspecto primordial. Em análise conjunta de todos os dispositivos apresentados pela lei é possível notar a preocupação sobre a participação do indivíduo no fluxo de suas informações pessoais. Exemplo disso é forma como caracteriza o consentimento, devendo ser livre, informado, inequívoco e ser sobre uma finalidade²², devendo, ainda, em determinados casos ser específico²³.

Além disso, os princípios trazidos pela lei (vide item 4.2), apresentam o indivíduo como aspecto primordial da lei, conforme demonstra-se:

²⁰ Art. 7º, VI, VIII, IX e XI da Lei 12.965/2014: “(...)VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade; (...) VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet; IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; (...) XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet.”

²¹ Art. 7º, X da Lei 12.965: “exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei e na que dispõe sobre a proteção de dados pessoais”.

²² Art. 5º, XII, da LGPD: “consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”.

²³ Art. 7º, § 5º, 14, § 1º, e 33, VIII, da LGPD.

a) de um lado, princípios clássicos, como a transparência, a especificação de propósitos, de acesso e qualidade de dados por meio do quais o titular do dado deve ser munido com informações claras e completas sobre o tratamento de seus dados e, ainda, ter acesso a eles para, eventualmente, corrigi-los; **b)** de outro lado, princípios mais “modernos”, como adequação e necessidade, em que o tratamento dos dados deve corresponder às legítimas expectativas do seu titular. Isso deve ser perquirido de acordo com a finalidade especificada para o tratamento dos dados, assegurando-se que os dados sejam pertinentes, proporcionais e não excessivos (*minimização dos dados*) (BIONI, 2019, p. 132).

Assim, fica evidente que a lei busca afirmar a ideia de que o indivíduo deve ter o controle de seus dados. Ademais, existem várias disposições no texto legal que têm a finalidade de materializar, nortear e reafirmar o controle dos dados através do consentimento, por exemplo quando estipula que o consentimento deverá ser extraído por meio de “cláusulas contratuais” destacadas²⁴ e, quando determina que autorizações devem ter finalidade determinada sob pena de nulidade²⁵, e quando dispõe que não havendo consentimento deve-se observar os direitos e princípios da LGPD para que seja possível o titular se opor ao tratamento de seus dados²⁶.

Para Bioni, é possível que haja divergências interpretativas em alguns pontos da LGPD, conforme exemplifica:

Uma das possíveis disputas interpretativas da LGPD será verificar se: **a)** as demais hipóteses que legitimam o tratamento dos dados pessoais – os outros nove incisos do art. 7º – são situações taxativas nas quais o tratamento dos dados pessoais ocorre sem o consentimento do seu titular; e, **b)** havendo a aplicação dessas hipóteses de “dispensa do consentimento”, verificar como será assegurada *transparência* ao cidadão para fazer valer a sua vontade por meio do consentimento, mesmo que *a posteriori* (BIONI, 2019, p. 133).

Desta forma, considerando que a LGPD ainda está no período de *vacatio legis*, não é possível afirmar exatamente qual será o papel do consentimento na aplicação prática da norma até o seu início efetivo.

24 Art. 8º, § 1º, da LGPD: “Caso o consentimento seja fornecido por escrito, esse deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais”.

25 Art. 8º, § 4º, da LGPD: “O consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas”.

26 Art. 7º, § 6º, da LGPD: “A eventual dispensa da exigência do consentimento não desobriga os agentes de tratamento das demais obrigações previstas nesta Lei, especialmente da observância dos princípios gerais e da garantia dos direitos do titular”. Art. 18, § 2º, da LGPD: “O titular pode opor-se a tratamento realizado com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento, em caso de descumprimento ao disposto nesta Lei”.

Por fim, em conclusão a este capítulo cabe dizer que apesar de sempre existir dúvidas quanto a racionalidade e o poder de decisão das pessoas, é válido “apostar no indivíduo como um ser capaz, racional e hábil para controlar as suas informações pessoais” (BIONI, 2019, p. 135) por este motivo, o consentimento tem sido ao longo da história muito valorizado, sendo o elemento principal das regulamentações de proteção de dados.

4. A BUSCA PELA EFETIVA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

Restou demonstrada a importância da proteção dos dados pessoais, bem como a vulnerabilidade dos direitos da personalidade diante das novas tecnologias de obtenção, tratamento e propagação dos dados pessoais. Dessa forma, considerando ser o direito produto da realidade, cabe a ele buscar formas efetivas de proteção dos indivíduos.

Neste sentido, demonstrar-se-á se os dados pessoais podem ser considerados uma categoria autônoma dos direitos da personalidade com o intuito de abranger a proteção dos dados pessoais, e não somente restringi-lo ao direito já posto do direito à privacidade.

Em resposta à preocupação com os dados pessoais, recentemente foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709 de 2018), que é um importante marco regulatório, trazendo conceitos e diretrizes a serem seguidas, conforme será demonstrado.

Ademais, atendendo a extrema importância de uma tutela efetiva, propõe-se a tutela inibitória, por ser um meio jurisdicional que tem em vista evitar a prática, a continuação, ou a repetição de um ato ilícito, possibilitando de forma determinante, por meio de cognição exauriente, a fruição *in natura* do direito pelo autor da ação (ARENHART, 2003).

A tutela inibitória tem previsão constitucional, apontada no Art. 5º, XXXV da Constituição Federal da República (CFR), ao descrever que o Poder Judiciário apreciará a ameaça de direito. Ou seja, permitirá uma atuação preventiva na tutela dos direitos. A legislação infraconstitucional, prevê a tutela inibitória no Art. 497 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC), conforme será apresentado. O principal objetivo da tutela inibitória é proteger os direitos de forma preventiva, evitando que esses direitos tão íntimos sejam transformados em mera pecúnia em um procedimento comum.

Desta forma, passa-se a demonstrar a busca pela efetiva proteção dos direitos da personalidade, especialmente dos dados pessoais.

4.1. Dados pessoais como categoria autônoma dos direitos da personalidade (?)

Neste ponto, cabe retomar os conceitos trabalhados no item 2.1 do presente trabalho, em geral, abarcando a ideia de tipicidade aberta dos tipos augurados na legislação infraconstitucional e constitucional, ou seja, trata-se de rol meramente exemplificativo²⁷, pois,

²⁷ As tipificações dos direitos da personalidade dividem-se basicamente em duas: Monista e Pluralista.

não há possibilidade de se esgotar todas as situações fáticas merecedoras de tutela jurídica da personalidade.

Assim, alguns doutrinadores entendem que o direito à proteção de dados pessoais merece ser considerado direito de personalidade, no entanto, têm o adaptado como direito à privacidade, já existente no ordenamento pátrio, pois, entendem os dados pessoais como extensão da privacidade.

Para Schreiber (2014), atualmente o direito à privacidade não pode somente proteger a vida íntima, mas também proteger os dados, pois, deve transcender a esfera doméstica para “alcançar qualquer ambiente onde circulem dados pessoais do seu titular, aí incluídos suas características físicas, código genético, estado de saúde, crença religiosa e qualquer outra informação pertinente à pessoa” (SCHREIBER, 2014, p. 139).

Dessa forma, Schreiber (2014, p. 139) acredita que “a privacidade pode ser definida sinteticamente como o direito ao controle da coleta e da utilização dos próprios dados pessoais”. A violação do direito à privacidade deixa de ser só no aspecto de vida íntima, assim ensina:

Viola a privacidade, portanto, não apenas o voyeur que se vale de uma luneta para captar a intimidade de sua vizinha, mas também a companhia que, ao ter acesso ao endereço e número de telefone fornecidos por um cliente, aliena esses dados pessoais para outra empresa, de ramo diverso, sem qualquer consulta ou autorização do seu titular, que passa a receber mensagens publicitárias enviadas em série pela adquirente. Do mesmo modo, sofre violação em seu direito à privacidade quem é incluído em certo cadastro, sem autorização, ou quem tem seu pedido de financiamento recusado por força da consulta a sistema de dados cujo acesso é negado ao próprio interessado (SCHEIREIBER, 2014, p. 139).

Existem, além dos deveres de abstenção os deveres de caráter positivo, como por exemplo o dever de solicitar autorização para incluir o nome em determinado cadastrado, o dever de dar a possibilidade de correção de dados do mesmo cadastro pelo seu titular, a qualquer tempo (SCHREIBER, 2014).

Ainda, para Anderson Schreiber (2014), o Código Civil (CC) tratou apenas de “privacidade” e o fez de forma inadequada, primeiramente porque deu um único artigo ao

Para os monistas os direitos da personalidade constituem um só corpo. Assim, quando se fala em direito a vida, a honra, não se refere a vários direitos diferentes, mas sim a divisões de um só direito, o direito da personalidade. Segundo os pluralistas os direitos de personalidade são vários. A necessidade de viver não é a mesma da necessidade de viver com honra. Dessa forma cada direito, por ser distinto, recebe proteção diferente. O legislador brasileiro adotou a primeira tese, ou seja, a teoria monista; optando por não especificar os direitos de personalidade de maneira taxativa. (TEPEDINO, 2008).

assunto, e, porque “empregou a expressão ‘vida privada’, “revelando certa indiferença à recente evolução do conceito de privacidade, que abandonou uma concepção mais restrita, limitada ao círculo da intimidade da pessoa humana, para abarcar a proteção aos dados e informações pessoais” (SCHREIBER, 2014, p. 136).

No entanto, há outros doutrinadores que sustentam ser o direito à proteção de dados pessoais uma categoria autônoma do direito de personalidade, e, não que o direito à privacidade abrange os dados pessoais, pois, este possui características próprias, das quais se perderiam, conforme se explica Danilo Doneda:

Neste quadro percebemos que o direito que nasceu sob a égide da privacidade hoje se sofisticou e assumiu características próprias. Na proteção de dados pessoais não é somente a privacidade que se pretende tutelada, porém também a pessoa que deve ser tutelada contra o controle indevido e contra a discriminação, isto é, em aspectos fundamentais de sua própria liberdade pessoal. E não é mais a pessoa humana, considerada individualmente, a ser a única atingida – um antigo paradigma do direito à privacidade – porém inteiras classes e grupos sociais (DONEDA, 2006, p.3).

Assim, considera-se que os direitos da personalidade não se limitam às situações previstas no Código Civil. Pois, conforme já demonstrado trata-se de um rol aberto, ou seja, as situações não se esgotam nas espécies enumeradas nos artigos 11 ao 21 do CC/02, o que “abre caminho para o reconhecimento da proteção dos dados pessoais como um *novo direito da personalidade*” (BIONI, 2019, p. 59).

Para justificar essa ideia, é necessário trabalhar aspectos que deem aos dados pessoais especificidades divergentes da privacidade, e que ao mesmo tempo os enquadre como direito da personalidade, neste sentido Bioni explica:

Dada a *ipseidade* que difere o ser humano dos outros entes e entre seus próprios pares (*distinctum subsistens*), a ciência jurídica o protege das agressões que afetem a sua individualidade. Trata-se de conferir tutela jurídica aos elementos que emprestam conteúdo ao valor-fonte do ordenamento jurídico, aos bens (da personalidade) que individualizam o sujeito perante a sociedade (BIONI, 2019, p. 62).

Dessa forma, se um dado é ligado à esfera de uma pessoa, pode se inserir dentre os direitos da personalidade, para isso ele deve ser caracterizado como pessoal, qualificando-se como uma projeção, extensão ou dimensão do seu titular. Assim, cada vez mais o exercício de tratamento de dados tem influência na vida das pessoas (BIONI, 2019) “Hoje vivemos um

uma sociedade e uma economia que se orientam e movimentam a partir desses *signos identificadores* do cidadão” (BIONI, 2019, p. 63).

Trata-se de um novo tipo de identidade e, por isso mesmo, tais *dossiês digitais* devem externar informações corretas para que seja fidedignamente *projetada* a identidade do titular daquelas informações. Isso acaba por justificar *dogmaticamente* a inserção dos dados pessoais na categoria dos direitos da personalidade, assegurando, por exemplo, que uma pessoa exija a retificação de seus dados pessoais para que a sua projeção seja precisa (BIONI, 2019, p. 63).

Por este motivo, Bioni (2019) leciona que os dados pessoais não se relacionam apenas com a privacidade, também tem relação com as demais espécies dos direitos da personalidade. Neste sentido, explica:

Seria contraproducente e até mesmo incoerente pensar a proteção de dados pessoais somente sob as lentes do direito à privacidade. O eixo da privacidade está ligado ao controle de informações pessoais do que seja algo íntimo ou privado do sujeito. A proteção dos dados pessoais não se satisfaz com tal técnica normativa, uma vez que a informação pode estar sob a esfera pública, discutindo-se, apenas, a sua exatidão, por exemplo (BIONI, 2019, p. 65).

Baseado nos princípios que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais traz, conforme será delineado em item próprio, o princípio da qualidade de dados bem como o direito de correção é uma construção que provém da identidade do sujeito e não do direito à privacidade. (BIONI, 2019). Conforme explica Bioni:

Por isso, os dados que influem na projeção de uma pessoa e na sua esfera relacional adéquam-se conceitualmente como um novo direito da personalidade. Alocar a proteção dos dados pessoais nessa categoria jurídica é uma construção dogmática necessária (BIONI, 2019, p.65).

Essa categorização da proteção dos dados pessoais como categoria autônoma dos direitos da personalidade “além de dar coerência normativa a uma série de faculdades jurídicas próprias desse direito, trata-se de um norte que facilita a sua interpretação e aplicação para não empolar a compreensão de seus conceitos basilares” (BIONI, 2019, p. 65).

Tomemos como exemplo o caso hipotético de uma empresa que ao realizar um processo seletivo deseja fazer a seleção de forma anônima dos candidatos, mas o critério adotado é delineado pela mineração dos dados pessoais das particularidades preponderantes dos já empregados da empresa. Dessa forma, há enorme possibilidade de o algoritmo de

seleção replicar as características já enraizadas na empresa, como gênero e etnia. Assim, mulheres afrodescendentes ou asiáticas, por exemplo, ainda que tivessem um histórico profissional e habilidades idênticas aos de homens brancos se poderia ter resultados totalmente distintos no decorrer do processo seletivo, mesmo que uma análise individual dos candidatos sugerisse o oposto (BIONI, 2019).

Neste ínterim, explica Bioni (2019, p. 78) que “o desafio está em arquitetar processos de governança que impeçam a ocorrência de efeitos indesejados ao se introjetar tais tecnologias nos circuitos decisórios do nosso cotidiano”. Neste sentido, as leis de proteção de dados pessoais refletem essa disposição de governança, no ponto em que suas regras envolvem todo e qualquer tratamento de dados que sujeite um indivíduo ou a coletividade a uma decisão automatizada, ainda que o processamento desses dados não concentre um informação isolada ou agregada e que não revele direta ou indiretamente uma pessoa, como os dados anonimizados, se isto influencia na vida, e no livre desenvolvimento da personalidade, então merece atenção e proteção (BIONI, 2019).

Daí a importância da alocação da proteção dos dados pessoais como um novo direito da personalidade. Com isso, permite-se um alcance normativo maior, que é capaz de abraçar toda e qualquer atividade de processamento de dados (ainda que não pessoal), mas que impacta a vida de um indivíduo (BIONI, 2019, p. 78).

Essa é a inteligência da LGPD, que prevê que os dados anonimizados podem ser considerados dados pessoais se utilizados para formação de perfis comportamentais²⁸. A vista disso, a atenção está nas consequências que o exercício de processamento de dados pode ter sobre o sujeito.

Com isso, facilita-se, dentre outras coisas, a percepção de que o tratamento de dados – sejam eles anônimos ou pessoais – que submeta uma coletividade ou uma pessoa a processos de decisões automatizadas deve estar dentro do escopo normativo da proteção dos dados pessoais. Essa é uma chave de leitura essencial para a compreensão da matéria na cultura jurídico-legal brasileira e dos desafios regulatórios de uma sociedade e uma economia cada vez mais movidas por dados (BIONI, 2019, p. 81).

A tutela jurídica dos dados pessoais é imprescindível para uma nova fronteira dos direitos da personalidade, com a finalidade de que o fluxo informacional não prejudique a

²⁸ Art. 12, §2º, LGPD: “Poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada”.

esfera social do indivíduo e conseqüentemente o livre desenvolvimento de sua personalidade. Por este motivo, o direito à proteção dos 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” (BIONI, 2019, p. 91).

Ainda como forma de explicar a proposição de que a proteção dos dados pessoais deve ser uma espécie autônoma de direito da personalidade, Bioni (2019) estabelece um diálogo entre o direito à privacidade (liberdade negativa) e à proteção dos dados pessoais (liberdade positiva).

O direito à privacidade desde seus primórdios tem sido pensado com base na dicotomia entre o público e o privado, sempre delineando-se as atividades que deveriam ser realizadas em público ou privativamente. “Isso é simbolizado a partir da metáfora de que o indivíduo tem a faculdade de se afastar da multidão (espaço público) para se recolher ao seu castelo (espaço privado)” (BIONI, 2019, p. 92 apud COSTA JUNIOR, 2007). Apenas com o poder de fugir da “pressão social” as pessoas conseguiriam desenvolver sua própria subjetividade para, depois, refleti-la na comunidade, sendo, portanto, o direito à privacidade básico da própria democracia e também condição essencial ao livre desenvolvimento da personalidade.

O segredo, a intimidade ou vida privada são aspectos que com maior ou menor intensidade buscam delimitar os espaços da vida pública e privada, quanto a acepção dessas expressões Silmara Juny Chinellato ensina que:

Vida privada e intimidade são sinônimos. Aquela tem âmbito maior, que contém a intimidade, ou seja, vida privada e intimidade podem ser consideradas círculos concêntricos. O Código também foi omissivo quanto ao segredo, círculo menor dentro do relativo à intimidade (CHINELLATO, 2012, p. 51).

Trata-se, portanto, a vida privada como inviolável. A casa, a correspondência e as comunicações das pessoas são hipóteses evidentes de esfera privada que é protegida constitucionalmente.²⁹ Dessa forma:

29 Art. 5º, XI, da CF: “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”; inciso 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”.

O que é público e privado é o que normatiza o conteúdo do direito à privacidade, sendo a sua lógica centrada na *liberdade negativa* de o indivíduo não sofrer interferência alheia. A definição do que venha a ser privado é difícil de ser estabelecida afora os casos supracitados (domicílio, correspondência e comunicação). Por isso, privacidade tem sido considerada uma palavra-camaleão ou um termo guarda-chuva cuja conceituação é obscura, de definição improvável ou impossível (BIONI, 2019, p. 95).

De outra feita, a evolução do direito à privacidade que abarcaria a proteção de dados pessoais deveria ser uma proteção dinâmica e uma liberdade positiva do controle sobre as informações pessoais (RODOTÁ, 2008). Neste sentido, Bioni aclara que:

A esfera privada não seria algo já posto à espera de uma violação, mas um espaço a ser construído *a posteriori* e dinamicamente mediante o controle das informações pessoais. Haveria, por isso, uma mudança qualitativa representada pela transposição do eixo antes focado no trinômio “pessoa-informação-sigilo” ao eixo agora composto por quatro elementos – “pessoa-informação-circulação-controle” (BIONI, 2019, p. 96).

Assim, Bioni (2019) entende que deveria haver uma permuta entre as tutelas estáticas e dinâmicas do direito à privacidade, o que não significa que o direito à proteção de dados pessoais deveria ser minimizado a uma simples evolução do direito à privacidade. “O direito à proteção de dados pessoais angaria autonomia própria” (BIONI, 2019, p. 96).

Deve ser considerado um novo direito da personalidade que não pode ser enlaçado a uma categoria específica. Pelo contrário requer um alargamento normativo que facilite sua tutela. (RODOTÁ, 2008).

A proteção dos dados pessoais foge da dicotomia de público e privado, pois, sua análise é baseada no conceito de dado pessoal, o que pode ser uma informação pública ou privada, portanto “propugnar que o direito à proteção dos dados pessoais seria uma mera evolução do direito à privacidade é uma construção dogmática falha que dificulta a sua compreensão” (BIONI, 2019, p. 97).

Ademais, o tratamento de dados tem influenciado cada vez mais na vida das pessoas, especialmente quando elas são submetidas a processos de decisões automatizadas, nesse sentido, o direito à proteção de dados pessoais busca defender as relações humanas, para que, em particular, as decisões não gerem ações discriminatórias, o que vai além do âmbito da tutela do direito à privacidade. Assim sendo, existem várias liberdades individuais envoltas pelo direito à proteção de dados pessoais que não o são pelo direito à privacidade (BIONI, 2019).

O direito à proteção dos dados pessoais deve ser alocado como uma nova espécie do rol aberto dos direitos da personalidade, dando elasticidade à cláusula geral da tutela da pessoa humana. Caso contrário, corre-se o risco de ele não se desprender das amarras conceituais e da dinâmica do direito à privacidade e, em última análise, inviabilizar uma normatização própria para regular o fluxo informacional como fator promocional da pessoa humana (BIONI, 2019, p. 98).

Os dados pessoais imputam ao direito uma nova dinâmica e novos desafios para proteção da pessoa humana, pois, esses dados além de significarem uma extensão da pessoa, interferem também da sua esfera relacional, conforme já demonstrado, o que demanda uma normatização específica, tal qual a LGPD, o que justifica que dogmaticamente a autonomia do direito à proteção dos dados pessoais e os desdobramentos da sua tutela jurídica.

4.2. Um breve delinear da Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais

Apesar das considerações já abordadas sobre a Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais (LGPD), cabe aqui, traçar seus principais aspectos com a finalidade de trazer uma visão geral desta normativa que entrará em vigor no próximo ano.

A Lei nº 13.709 de 2018 é um novo marco legal brasileiro de alto impacto na esfera pública e privada, visa a proteção de dados pessoais dos indivíduos em qualquer relação que abarque o tratamento de informações classificadas como dados pessoais por qualquer meio, por pessoa natural ou jurídica. “É uma regulamentação que traz princípios, direitos e obrigações relacionados ao uso de um dos ativos mais valiosos da sociedade digital, que são as bases de dados relacionados às pessoas” (PINHEIRO, 2018, p. 15).

Neste sentido, conforme já explanado, Ana Frazão (2018b) esclarece que os dados pessoais vêm sendo coletados muitas vezes de forma ilícita, sem a devida ciência e autorização informada dos titulares, o que pode comprometer além da privacidade do titular dos dados, também, a identidade pessoal, autodeterminação informacional, liberdade, oportunidades, e até mesmo a democracia. É nesse contexto que foi criada a lei geral de proteção de dados, conforme explica Pinheiro:

O espírito da lei foi proteger os direitos fundamental de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, trazendo a premissa da boa-fé para todo o tipo de tratamento de dados pessoais, e de itens de controles técnicos para a governança da segurança das informações, de outro lado, dentro do ciclo de vida do uso da informação que identifique ou possa identificar uma pessoa e esteja relacionada a ela, incluindo categoria de dados sensíveis (PINHEIRO, 2018, p. 16).

A LGPD tem como finalidade a “facilitação de trocas econômicas que não sejam lesivas às liberdades dos cidadãos” (BIONI, 2019, p. 109). Existe uma analogia que diz que “os dados pessoais são o petróleo, insumo, ou uma *commodity*, estando para a economia da informação como a destruição do meio ambiente estava para a economia industrial” (BIONI, 2019, p. 106). Isto porque a economia cada vez mais depende do livre fluxo informativo, sendo assim, as leis de proteção de dados pessoais necessitam de uma dupla função, quais sejam, garantir a privacidade e outros direitos fundamentais e fomentar o desenvolvimento econômico.

Até a aprovação da LGPD, o Brasil contava somente com leis setoriais de proteção de dados. Era uma verdadeira “colcha de retalhos” que não cobria setores importantes da economia e, dentre aqueles cobertos, não havia uniformidade em seu regramento. Essa assimetria gerava insegurança para: a) que os mais diversos setores produtivos trocassem dados entre si com o objetivo de desenvolver novos modelos de negócios; b) a formulação de políticas públicas e parcerias público-privadas igualmente dependentes desse intercâmbio de dados; e c) o cidadão que não detinha uma proteção integral e universal com relação a todas as atividades do cotidiano em que fornece seus dados, seja para o setor privado ou público (BIONI, 2019, p. 107).

A proteção do consumidor e a dignidade da pessoa humana previstas no art. 170, caput e inciso V da Constituição Federal da República são edificadas como princípios de ordem econômica, o que dá sentido a dupla função de leis de proteção de dados, particularmente para cumprir a determinação de ordem econômica constitucional. Neste sentido, a LGPD assume esse compromisso ao enunciar logo nas disposições preliminares no art. 1º³⁰ que, a proteção de dados pessoais tem como finalidade proteger os direitos fundamentais e o livre desenvolvimento da personalidade, e posteriormente no art. 2º³¹ agrega aos fundamentos da lei o desenvolvimento econômico tecnológico e da inovação.

³⁰ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

³¹ 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.

A principal forma de atingir o objeto duplo é transpor ao titular o controle sobre seus dados pessoais, e essa estratégia vai além do consentimento pelo qual se autorizaria o uso dos dados. Pois, para além da importância do consentimento é importante que o fluxo informacional não seja corrosivo ao livre desenvolvimento da sua personalidade. (BIONI, 2019).

Ressalta-se que nas palavras de Patrícia Peck Pinheiro (2018, p. 33) “a linha mestra para o tratamento de dados pessoais é o consentimento pelo titular, que deve ser aplicado aos tratamentos de dados informados e estar vinculado às finalidades apresentadas”. Todavia, existem algumas situações de exceção³² em que o tratamento de dados pode ocorrer sem a obrigação do consentimento expresso, com finalidade específica afirmada pelo titular, quais sejam:

Para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; quando necessário à execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral; para a proteção da vida do titular ou de terceiro; quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro; para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente (PINHEIRO, 2018, p. 33-34).

A abrangência da aplicação da Lei é prevista no Art. 3º:

Art. 3º Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que:

- I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional;
- II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou
- III - os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.

Os princípios estão inseridos no art. 6º da lei e devem ser interpretados conjuntamente com a boa-fé objetiva para as atividades de tratamento dos dados pessoais, são eles:

a) princípio da finalidade é descrito pelo inciso I como a “realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades”;

³² A LGPD traz exceções nos artigos 4º e 14, §3º.

b) princípio da adequação, é apresentado no inciso II como “compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento”;

c) princípio da necessidade previsto no inciso III, descrito como “limitação do tratamento ao mínimo necessário com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento”;

d) princípio do livre acesso, exposto como “garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais”;

e) princípio da qualidade de dados delineado no inciso V como a “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”;

f) princípio da transparência, exposto no inciso VI como “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”;

g) princípio da segurança que no inciso VII traz a exigência de “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”;

h) princípio da prevenção explicado no inciso VIII como “adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais”;

i) princípio da não discriminação adotado pelo inciso IX, consiste na “impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos”;

j) princípio da responsabilização e prestação de contas que previsto no inciso X exige “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. ”.

A União Europeia foi a pioneira na regulamentação dos dados pessoais, promulgando o Regulamento Geral de Proteção dos Dados Pessoais Europeu nº 679 em 27 de abril de 2016 (GDPR), com o intuito de proteger os dados pessoais das pessoas físicas no que diz respeito ao seu tratamento e a livre circulação. Este regulamento europeu gerou um “efeito dominó”, pois demandou que outros países e empresas que desejassem manter relações comerciais com a União Europeia também necessitassem ter uma legislação do mesmo nível. Pois, outro Estado que não tivesse regulamentação poderia sofrer de barreira econômica ou dificuldade de realizar negociações com países da União Europeia (PASSARELLI, 2019).

Os objetivos traçados no Regulamento Geral de Proteção dos Dados Pessoais Europeu são:

[...] a) contribuir para a realização de um espaço de liberdade, segurança e justiça e de uma união econômica, para o progresso econômico e social, a consolidação e a convergência das economias no nível do mercado interno e para o bem-estar das pessoas físicas; b) assegurar um nível coerente de proteção das pessoas físicas no âmbito da União e evitar que as divergências constituam um obstáculo à livre circulação de dados pessoais no mercado interno; c) garantir a segurança jurídica e a transparência aos envolvidos no tratamento de dados pessoais, aos órgãos públicos e à sociedade como um todo; d) impor obrigações e responsabilidades iguais aos controladores e processadores, que assegurem um controle coerente do tratamento dos dados pessoais; e) possibilitar uma cooperação efetiva entre as autoridades de controle dos diferentes Estados-Membros (PINHEIRO, 2018, p. 18-19).

A legislação europeia buscou padronizar os atributos qualitativos da proteção dos dados, sendo que a não presença desses atributos ocasionaria em penalidades. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, no Brasil é mais geral, “trazendo alguns pontos de insegurança jurídica por permitir espaço para subjetividade onde deveria ter sido mais assertiva” (PINHEIRO, 2018, p. 22). Neste mesmo sentido, Passarelli (2019, n.p.) cita Quintiliano “a nossa lei cobre todos os aspectos que GDPR cobre, mas de uma forma menos detalhada. Talvez algumas questões terão que ser disciplinadas posteriormente”.

Por fim, a lei será fiscalizada pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), responsável por cuidar e fiscalizar o fiel cumprimento da LGPD, criar diretrizes para a lei e sancionar as empresas que descumprirem as determinações (PASSARELLI, 2019). A ANPD ficará subordinada diretamente à presidência da República, não tendo estrutura independente durante os dois primeiros anos, após, será feita uma revisão da sua natureza institucional, a fim da sua melhor eficácia (AGÊNCIA BRASIL, 2019).

Assim, apesar das inúmeras incertezas e inseguranças que a Lei Geral de Proteção de Dados carrega, ela é um importante marco legislativo no caminho da efetiva proteção dos dados pessoais que só será desvendado com a sua entrada em vigor em agosto de 2020.

4.3. Tutela Inibitória na busca pela efetividade da proteção dos dados pessoais como direitos da personalidade

Conforme já foi abordado, o direito é produto da sociedade, sendo o processo a forma utilizada como instrumento que garante ao cidadão a tutela dos seus direitos. Nesse contexto,

o cenário atual da sociedade é a evolução tecnológica, portanto, é imposto ao Judiciário formas de tutela que garantam efetivamente a proteção dos cidadãos. Tratando-se dos dados pessoais, independentemente de sua classificação como uma categoria autônoma dos direitos da personalidade ou que se enquadre nos direitos à privacidade, é indiscutível que é um direito da personalidade e faz jus a devida tutela.

Sendo assim, propõe-se a tutela inibitória como meio de efetivação da proteção dos direitos de caráter essencial para a realização da personalidade, pois, as tutelas comuns reduzem os direitos à mera pecúnia através de sentenças condenatórias que posteriormente são executadas forçadamente, o que acaba por não tutelar efetivamente o direito lesado, somente determina um valor monetário de compensação para ele (PINTO; FARIA, 2016).

Portanto, necessita-se de uma tutela preventiva que proteja os direitos que não suportam sua transformação em simples compensação monetária, sob pena de perder a sua essência no mundo fático e também de tornar ineficaz as normas materiais e constitucionais que os protegem. Neste sentido, Marinoni ensina:

Para a efetiva proteção desses direitos, ou melhor, para a realização das normas que objetivam lhes dar proteção, é indispensável a tutela contra o ato contrário ao direito, ou seja, a tutela da norma, vista como tutela jurisdicional destinada a inibir a violação da norma ou a remover os efeitos concretos derivados da sua violação. Ora, se o ordenamento jurídico dos dias de hoje deve proteger determinados bens mediante a imposição de certas condutas, e por esta razão são editadas normas de direito material, é necessário que o processo civil seja estruturado de modo a atuá-las (MARINONI, 2015).

Neste sentido o art. 5º, XXXV da CFR/88 dispõe que o Poder Judiciário deverá apreciar a ameaça de direito, isto significa uma atuação preventiva na tutela dos direitos, com a finalidade de atingir a fruição *in natura* do direito (SANTIAGO, 2007).

Assim, entende-se que para a atual conjuntura processual a prevenção é um aspecto essencial à efetividade da tutela jurisdicional que, passa operar de dois modos distintos: preventiva e repressivamente (PINTO; FARIA, 2016).

O dano não é o único requisito que permite a demanda jurisdicional, pois, existem direitos que não admitem que se anteceda um prejuízo para que seja devidamente tutelado. Desse modo, o ilícito deve ser considerado independentemente de um episódio danoso, demandando de uma atuação jurídica que lhe proporcione o devido tratamento, evitando que ocorra o dano (MARINONI, 2015). Assim a tutela inibitória é o instrumento jurídico adequado para proteger o indivíduo preventivamente contra atos ilícitos que afetam os direitos

não extrapatrimoniais, ou seja, os direitos da personalidade, que não permitem a sua proteção com um simples valor indenizatório.

A tutela inibitória pode ser explicada como um procedimento jurisdicional que tem o intuito de impedir a prática, continuação, ou a repetição de um ato ilícito, permitindo de forma definitiva, mediante cognição exauriente, a fruição *in natura*³³ do titular do direito (ARENHART, 2003). Em outras palavras, Edson Antônio Sousa Pinto e Daniela Lopes de Faria, explicam a tutela inibitória como:

Tutela adquirida pelo titular do direito por meio de processo de conhecimento voltado para o futuro, requerendo ao réu o cumprimento de uma obrigação de fazer (inibitória positiva) ou não fazer (inibitória negativa), sob pena de imputação de multa ou outras medidas necessárias que garantam o resultado prático equivalente – ou seja a inibição do ato ilícito (e não do dano) (PINTO; FARIA, 2016, p. 3).

Para a Spadoni (2007, p. 73) “a ação inibitória é inequivocadamente satisfativa”, sendo diretamente relacionada ao direito substancial, ou seja, é tutela favorável ao direito material que proporciona a devida tutela ao direito ameaçado do indivíduo contra atos ainda não ocorridos, isto é, que exista o receio de que sejam praticados, o que justifica a ação inibitória (MARINONI, 2006).

O Código de Processo Civil de 2015 trata da tutela inibitória com um duplo conteúdo, em que ela pode ser positiva, quando existe uma obrigação de fazer³⁴, ou negativa, obrigação de não fazer³⁵. Desta forma, a prevenção diz respeito à possibilidade de impedir um ato comissivo, bem como, de determinar que se faça algo que está sendo omitido. Marinoni (2004, p. 261-262) explica que: "a ação inibitória não visa somente impor uma abstenção,

³³ Por fruição *in natura*, entenda que é a possibilidade de o indivíduo gozar de seus direitos sem maiores empecilhos, e o processo judicial, deve ser o instrumento que permite com que isso aconteça.

³⁴ Sobre obrigação de fazer Talamini (2001, p. 132-133) explica que: “O dever de fazer consiste na imposição da prática de um ato, estritamente pessoal ou exequível por outra pessoa. Porém, a rigor, todo dever que envolva uma prestação positiva recai em um fazer, em um sentido lato: entregar uma coisa ou pagar uma quantia também são enquadráveis na concepção ampla de 'praticar um ato'. Assim, define-se por exclusão o âmbito dos deveres de fazer. Estes têm por objeto a adoção de comportamento que não se destina preponderantemente a transferir a posse ou titularidade de coisa ou soma ao titular do direito. Trata-se de prestação de um fato - noção genérica que abarca qualquer serviço, trabalho ou, mais largamente, conduta ativa não destinado à simples entrega de coisa ou pagamento em dinheiro.”

³⁵ Quanto a obrigação de não fazer, Talamini (2001, p. 149) leciona que: "Entre os deveres de não fazer, é usual a distinção entre tolerar e abster-se. Pelo dever de tolerância, o sujeito é obrigado a suportar atos alheios de interferência na sua esfera jurídica, ficando-lhe vedado adotar condutas de reação (ex.: servidão de passagem). Já o dever de abstenção implica a proibição da prática de atos que afetem a esfera jurídica alheia (ex.: dever de não ofender a honra de outrem). Ambos recaem na imposição de um 'não agir' (...)"

contentando-se, assim, com um não fazer. O seu objetivo é evitar o ilícito, seja ele comissivo ou omissivo, razão pela qual pode exigir um não fazer ou um fazer, conforme o caso." Neste sentido, explica Spadoni:

Como o que pretende o autor da ação inibitória é impedir a futura ocorrência da violação do direito, traduzido pelo inadimplemento da obrigação - e não se duvida que este, visto sob o prisma da conduta lesiva, pode ser praticado mediante atos comissivos ou omissivos, dependendo da espécie da obrigação violada - ter-se-á, em princípio, uma inibitória negativa, determinando um não fazer, quando se estiver diante de ameaça de atos comissivos, enquanto na presença da ameaça de um ato omissivo, ter-se-á uma inibitória positiva, determinando-se um fazer (SPADONI, 2007, P. 76).

Entende-se assim, que o legislador deu à tutela inibitória, além do duplo sentido também a característica de cumulatividade, podendo usar as duas formas de tutela inibitória em separado ou conjuntamente, a depender da necessidade, com o objetivo da máxima tutela possível.

Os fundamentos da tutela inibitória são delineados sob dois aspectos, quais sejam os materiais e os processuais. O fundamento material é baseado no argumento de inviolabilidade dos novos direitos, por exemplo, os direitos alavancados pelos avanços tecnológicos, como a facilitação na obtenção, tratamento e propagação de dados pessoais, pois, é notório que estes não admitem uma transformação em pecúnia somente, devido a particularidade de influência na vida dos titulares, necessitando de uma tutela jurídica preventiva diante da possibilidade de ameaça (PINTO; FARIA, 2016).

Dessa forma, a fruição *in natura* do direito é o fundamento material da tutela inibitória objetivando afastar as ameaças, mediante determinação de condutas, negativas ou positivas, ao indivíduo que cometeu ato ilícito, ou que ameaça ferir o direito de outrem.

Neste aspecto, o direito processual deve tomar como base a existência de novas situações não patrimoniais do direito para não perder sua essência, sendo que sua função principal é possibilitar o cumprimento das garantias estipuladas no direito material. Pois, a efetividade processual é uma garantia constitucional primordial, conforme ensina Canotilho:

Como conteúdo constitucional e internacional mínimo, exige-se que a proteção jurisdicional não fique aniquilada em virtude da inexistência de uma determinação legal da via judicial adequada. Além deste conteúdo mínimo, é de questionar se bastará o facto de a lei assegurar, de qualquer forma, mesmo vaga e imprecisa, a abertura da via judiciária. Se a determinação dos caminhos judiciais for de tal modo confusa (ex.: através de reenvios sucessivos de competências) que o particular se sinta tão desprotegido como se não houvesse via judiciária nenhuma, haverá violação

do princípio do Estado de direito e do direito fundamental de acesso ao direito e à via judiciária (CANOTILHO, 2008, p. 497).

Em síntese, Pinto e Faria (2016, p. 4) explicam que o processo “deve adaptar-se ao direito substancial sob pena de se tornar apenas mais uma alegoria jurídica sem utilidade fática”. Resta, portanto, demonstrado o fundamento material da tutela inibitória apresentada no art. 497 do CPC/2015, que demanda do judiciário um mecanismo que iniba positiva ou negativamente uma conduta ilícita contra direito de um indivíduo.

O fundamento processual está embasado na “ameaça do direito”, previsão dada pelo art. 5º, XXXV da CRF/88³⁶, não mais prevalecendo a ideia de um simples ressarcimento, mas sim a possibilidade de ingressar com uma tutela jurisdicional preventivamente quando o direito demandado estiver ameaçado, na iminência de dano.

No Código de Processo Civil, a tutela inibitória está prevista no Art. 497³⁷ que determina em seu parágrafo único que “para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”. Ou seja, não coloca o dano como condição fundamental processual para a tutela jurisdicional, mas tão somente o ilícito.

Portanto, para que uma tutela inibitória seja concedida, basta o descumprimento da norma pelo sujeito passivo, sem necessidade de comprovação de culpa ou dolo, motivo pelo qual será responsável objetivamente pelo ato antijurídico praticado (MARINONI, 2015).

Sendo assim, a tutela inibitória prevista no Código de Processo Civil estabelece as condições para um processo eficiente que garanta a proteção necessária visando resguardar um direito material em ameaça, possibilitando ao magistrado atuar independentemente da ocorrência de dano ou da presença de culpa ou dolo.

Na tentativa de demonstrar a utilização prática da tutela inibitória para proteção dos dados pessoais, apresenta-se uma breve análise de uma decisão mineira, conforme segue:

EMENTA: APELAÇÃO - REPARAÇÃO CIVIL - BANCO DE DADOS - INSERÇÃO E DISPONIBILIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS NÃO AUTORIZADAS PELO CONSUMIDOR - TUTELA INIBITÓRIA – ILÍCITO MORAL - EFEITOS.

³⁶ Art. 5º, XXXV da CF/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito”.

³⁷ Art. 497, *caput*, CPC/15: “Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. ”.

Não se considera demanda nova, portanto, inovação recursal a impedir o exame da insurgência, pedido de aplicação, pela parte apelante, de normas outras, diferentes daquelas por ele declinadas no curso do feito em momento anterior. Armazenamento e divulgação de informações pessoais por banco de dados, sem prévia autorização do consumidor, autoriza a tutela de exclusão por ele requerida, e constitui ocorrência vulneradora de seu patrimônio ideal, portanto, ilícito causador de danos morais indenizáveis. O valor da indenização moral deve ser fixado com razoabilidade e proporcionalidade à luz das circunstâncias do caso (TJMG – 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Acórdão nº 1.0693.13.003818-7/001. Relator Desembargador Saldanha da Fonseca. Publicação: 08/05/2015).

Trata-se de uma ação indenizatória com tutela inibitória por uma pessoa natural em face de Procob S/A³⁸. O autor alegou que a ré estava divulgando seus dados pessoais em um site por esta operado sem autorização prévia, dessa forma, buscou com a ação a remoção dos dados e requereu também dano moral.

A sentença de primeira instância quanto ao pedido de remoção dos dados do site reconheceu ausência de interesse processual e o feito foi extinto sem resolução do mérito, pois, o autor ingressou na justiça comum sem ter realizado o pedido administrativamente, quanto a indenização por danos morais, esta foi julgada improcedente. Assim, o autor recorreu defendendo a ideia de que a ré ao propagar seus dados sem prévia autorização, comete uma conduta ilícita o que justifica a tutela pretendida, inclusive diante do Código de Defesa do Consumidor. Em contrarrazões ao recurso a parte ré requereu preliminarmente o não conhecimento do recurso e que se conhecido fosse desprovido, alegou que a parte recorrente indicou na apelação norma consumerista que não foi suscitada na exordial do processo de conhecimento, e que, portanto, comprometia a regularidade da apelação. O voto do relator não considerou que a demanda apresentava um novo pedido de aplicação de normas diferentes das apresentadas na primeira instância, nem apresentou nova qualificação jurídica dos fatos controvertidos, rejeitando a preliminar arguida pela recorrida. Os demais desembargadores (Des. Domingos Coelho – revisor; Des. José Flávio de Almeida) foram de acordo com o relator.

No mérito, o relator iniciou pronunciando não vislumbrar ausência de agir do autor por ter requerido a exclusão de seus dados dos cadastrados da ré judicialmente sem que antes

³⁸ Segundo o site da empresa PROCOB, está: “é uma empresa brasileira criada em 2004 com o propósito de oferecer o melhor sistema de informações de pessoas físicas e jurídicas para todos os segmentos de atividades empresariais do Brasil. Com unidade de TI própria, desenvolvemos um sistema totalmente online, acessado por usuário e senha, API e com tratamento de lotes de forma automática. É hoje o mais completo sistema para subsidiar as decisões empresariais sobre operações comerciais, bancárias e do e-commerce, transformando dados em soluções para nossos clientes. ”.

tenha realizado o pedido administrativamente, assim afastou a extinção e passou a análise dos demais aspectos da causa.

O autor alegou que a ré disponibiliza e comercializa seus dados pessoais, íntimos e invioláveis, em endereço eletrônico de sua responsabilidade, mediante a quantia de R\$ 1,37 (um real e trinta e sete centavos), dessa forma, buscou impedir a prática, além de requerer danos morais por causa do ilícito, que ao ver da autora, é de responsabilidade objetiva. A requerente anexou ao processo documentos para comprovar suas alegações, juntou um espelho com seus dados que foram colocados à disposição no site da ré, contendo nome, CPF, data de nascimento, telefones fixo e celular, endereço e nome de uma mulher que foi apontada como possivelmente sua mãe.

Em defesa, conforme consta no voto do relator:

Defendendo-se, a requerida não resistiu à veracidade do espelho epigrafado, tampouco negou que atua no "... ramo do comércio de desenvolvimento de soluções de informática para áreas de consultas cadastrais, proteção contra fraudes online/presencial, sendo empresa Distribuidora Autorizada dos serviços da SERASA EXPERIAN, com atuação em todo o território nacional.". Que, no âmbito de sua atuação, "... presta serviços somente para pessoas jurídicas ou profissionais liberais devidamente registrados junto aos conselhos de classe." (f. 25). E, "Dentre os serviços ofertados pela REQUERIDA, o único disponível para pessoas físicas é o "SERASA Meproteja", o qual consiste no monitoramento do CPF, a fim de verificar a existência de restrições, se uma dívida foi quitada, quais telefones estão disponíveis em lista de telefone pública, bem como eventual participação societária em empresa." (f. 25). Que, de toda sorte, qualquer indivíduo que tem seus dados armazenados pode solicitar, no próprio sítio, a correspondente remoção (TJMG – 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Acórdão nº 1.0693.13.003818-7/001. Relator Desembargador Saldanha da Fonseca. Publicação: 08/05/2015).

O relator, considerou que a prática exercida pela ré, de fornecimento de dados pessoais dos consumidores, má conduta, atraindo as consequências do que foi reivindicado pela autora, sendo que a ré não conseguiu demonstrar regularidade das suas atividades no caso em tela.

Fundamentou-se a decisão, dizendo que a divulgação das informações do autor, sem prévia notificação e autorização incorre no art. 43 do CDC, e art. 4º da Lei. 12.414 de 2011, o que abrange os dados pessoais do autor, e, portanto, estão sob seu controle exclusivo, conforme Art. 5º, X, da Constituição Federal.

O relator ainda argumentou:

A meu ver, tratando-se de dados pessoais, portanto, de informações individuais do autor, compete apenas a ele, na qualidade de seu titular

exclusivo, decidir sobre sua veiculação, vale dizer, a quem, quando e como torná-los conhecidos, não sendo permitido o manejo indiscriminado por terceiro não autorizado, neste caso a ré. O exercício do direito de informação pela ré deve harmonizar-se com o direito à privacidade que assiste ao autor. (TJMG – 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Acórdão nº 1.0693.13.003818-7/001. Relator Desembargador Saldanha da Fonseca. Publicação: 08/05/2015).

Dessa forma, acolheu o pedido inibitório para que a recorrida retirasse da sua página eletrônica e de seu banco de dados todos os dados pessoais do autor. Quanto aos danos morais, o relator julgou procedente, alegando que este foi caracterizado na disponibilização não autorizada de dados pessoais do autor, e deste fato não há necessidade de qualquer outra prova.

Por fim, o relator deu provimento à apelação para afastar a extinção sem resolução de mérito (da 1ª instância) e julgar procedentes os pedidos iniciais, determinando que a ré retire de seu site e banco de dados todos os dados pessoais do autor, tendo dado o prazo de 48 horas sob pena de multa diária, e condenou a ré ao pagamento de danos morais. Os demais desembargadores seguiram o voto do relator.

Desta decisão é possível notar alguns dos aspectos apresentados neste trabalho. No que tange os dados pessoais, notou-se que foram tratados como direitos da personalidade inseridos dentro do contexto dos direitos à privacidade, todavia, é clara a preocupação do ordenamento e do judiciário em proteger as informações pessoais dos indivíduos. Cabe suscitar que a decisão é anterior a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, portanto, conforme já explicitado não se sabe exatamente quais serão as aplicabilidades práticas que essa vai assumir. Quanto a tutela inibitória, restou demonstrada sua aplicação prática, bem como sua importância e eficácia.

Por fim, ainda que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais seja uma importante regulamentação, não se pode negar que a tutela inibitória demonstra ser um instrumento processual eficaz para proteção de direitos que extrapolam a simples necessidade de um ressarcimento monetário, pois, necessitam de uma tutela que garanta o impedimento da ocorrência de um ato indesejado que seja ilícito. Dessa forma, os dados pessoais, por esbanjarem essa característica de direito extrapatrimonial, em que a sua violação ensejaria em forte prejuízo ao desenvolvimento da personalidade, cabe dizer que a tutela inibitória aparenta ser um mecanismo eficiente de proteção.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, restou evidente que os direitos da personalidade ante seu caráter de essencialidade para o desenvolvimento da pessoa, merecem a devida proteção, particularmente quando se trata dos dados pessoais.

A proteção dos dados pessoais tem se demonstrado cada vez mais importante, pois, a evolução da tecnologia e da informática permite uma obtenção, tratamento e propagação dos dados pessoais de forma facilitada. Assim, desenvolveu-se também os bancos de dados informáticos, principais responsáveis pela estruturação organizada dos dados, o que gera a categorização dos indivíduos em “perfis”. Ocorre que a coleta dos dados muitas vezes é adquirida de forma ilícita, sem o devido consentimento do titular, porém, ainda que consentido, demanda séria preocupação, tendo em vista, a obscuridade do processamento e divulgação desses dados.

A vulnerabilidade dos direitos da personalidade, é claramente visualizada à medida que se perde de vista o controle de seus próprios dados, pois, essa categorização das pessoas em estereótipos predeterminados acaba por influenciar diretamente no rumo da vida dos cidadãos, violando a intimidade, vida privada, a autonomia da pessoa de tomar suas próprias decisões, dentre muitos outros direitos passíveis de serem violados.

Assim, o direito tem buscado formas de garantir a devida proteção desses direitos tão particulares. Nesta tentativa, alguns doutrinadores, tem buscado enquadrar o direito à proteção dos dados pessoais como uma espécie autônoma dentro dos direitos da personalidade, pois, entendem que enquadrar como uma extensão do direito à privacidade, é reduzir a proteção, porque acreditam que os dados pessoais emanam características próprias, e que, portanto, merecem uma proteção mais específica, sob pena de se incorrer na generalização e deixar de proteger aspectos importantes.

Todavia, independente de alocar o direito à proteção dos dados pessoais como autônomo ou como entrelaçado ao direito à privacidade, ele já é considerado um direito da personalidade, demandando a devida atenção jurisdicional.

Promulgou-se recentemente, a Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais, que tem o escopo de traçar linhas gerais sobre a proteção dos dados pessoais, trazendo conceitos e princípios relevantes para a atual realidade, todavia, a lei tem sido atingida por inúmeras críticas, especialmente, por ser genérica em alguns aspectos, trazendo uma certa insegurança jurídica por abrir espaço para a subjetividade onde poderia ter sido mais objetiva. Porém, não

se sabe exatamente qual será a aplicabilidade prática da norma, pois, só entrará em vigor em 2020, sendo assim, não é possível, ainda, tecer uma crítica consolidada sobre esta.

Ainda na tentativa de buscar uma efetiva proteção dos direitos da personalidade, incluindo a proteção dos dados pessoais, foi delineado os aspectos da tutela inibitória, que garantem uma proteção antes da ocorrência do fato danoso, ou seja, uma tutela preventiva, que busca impedir a prática, a continuação ou a repetição de um ato ilícito, pois, são direitos tão íntimos que exigem que exista um mecanismo capaz de protegê-los antes que sejam prejudicados, pois, se for permitido que primeiro ocorra a lesão para que depois aja a proteção, então, já teria sido violado direitos muito particulares, que caracterizam o próprio desenvolvimento da personalidade, pois, trata-se de direitos que não possuem valor estimável, então, a sua transformação em um valor monetário não é capaz de satisfazer totalmente a lesão sofrida.

Dessa forma, a tutela inibitória, prevista no art. 497 do novo código de processo civil, traz aspectos muito relevantes para que haja uma tutela efetiva na busca pela proteção dos dados pessoais, pois, não exigem a ocorrência do dano, e, também, responsabilizam o infrator objetivamente, isto é, sem a presença de culpa ou dolo.

Com a intenção de demonstrar a efetividade prática da tutela inibitória para proteção dos dados pessoais, foi feita a análise de uma decisão mineira, da qual resultou em procedente os pedidos, para que uma empresa retirasse de circulação do seu site e banco de dados, os dados pessoais do autor da ação.

Conclui-se, portanto, que os direitos da personalidade, contendo o direito à proteção dos dados pessoais, demonstram-se muito vulneráveis no cenário atual, dessa forma, o direito tem buscado formas de proteger os indivíduos, tendo ficado em aberto se a LGPD será efetiva na proteção, todavia, quanto a tutela inibitória, restou-se demonstrado ser um mecanismo capaz de proteger os cidadãos, antes mesmo da ocorrência da lesão. No entanto, o tema aqui abordado é extremamente complexo e recente, o que leva a crer que muito ainda se desenvolverá no ramo do direito em prol da efetiva proteção dos dados pessoais, especialmente porque a tecnologia está em constante evolução, devendo o direito, na medida do possível, acompanhá-la.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASIL. **Lei de Proteção de dados traz desafios a empresas, cidadãos e governo.** Coluna de 25 de agosto de 2019. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-08/lei-de-protecao-de-dados-traz-desafios-empresas-cidadaos-e-governo>>. Acesso em 05 nov 2019.

ALECRIM, Emerson. **Banco de dados são mais importantes nas nossas vidas do que a gente imagina.** Disponível em < <https://tecnoblog.net/245120/banco-de-dados-importancia/>>. Acesso em 28 out. 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva.** São Paulo: Ed. RT, 2003.

AZEVEDO, Filadelfo de. **Direito moral dos escritores.** Rio de Janeiro: Alba, 1930.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. Direito material (arts. 1º a 80º e 105 a 108). Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1.

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

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** 8ª ed., rev., aum. e mod. Por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal da República de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 jul 2019.

_____. **Código de Defesa do Consumidor de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 12 out 2019.

_____. **Código Civil de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 12 jul 2019

_____. **Lei do Cadastro Positivo: Lei n 12.414 de 2011.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em 01 nov 2019.

_____. **Marco Civil da Internet: Lei 12.965 de 2014.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em 12 out 2019.

_____. **Código de Processo Civil de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 12 jul 2019.

_____. **Lei Geral de Proteção de Dados. Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em 12 nov 2018.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 12ª Câmara Cível do TJMG. **Acórdão nº 1.0693.13.003818-7/001**. Relatora Desembargador Saldanha da Fonseca. Publicação: 08/05/2015. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=2&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=tutela%20inibit%F3ria%20e%20dados%20pessoais&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em 01 nov. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. **Reality shows e liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **Comentários à Parte Geral – artigos 1º a 21 do Código Civil**. In: MACHADO, Antonio Cláudio da Costa (Org.); CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). **Código Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 5. ed. Barueri: Manole, 2012. p. 30-54.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. v. 1. 13 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. 5. ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRAZÃO, Ana. **Data-driven economy e seus impactos sobre os direitos de personalidade**. Coluna, julho.2018a. Disponível em: <<https://www.ab2l.org.br/data-driven-economy-e-seus-impactos-sobre-os-direitos-de-personalidade/>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

_____. **Nova LGPD: principais repercussões para a atividade empresarial**. Coluna, agosto/2018b. Disponível em: <<https://www.ab2l.org.br/nova-lgpd-principais-repercussoes-para-a-atividade-empresarial/>>. Acesso em: 05 out 2019.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Danos morais e a pessoa jurídica**. São Paulo: Método, 2008.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica**. Coimbra: Almedina, 2008.

GREGO, Maurício. **Algoritmo prevê, no Facebook, quando um namoro vai acabar**. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/ciencia/algoritmo-preve-no-facebook-quando-um-namoro-vai-acabar/>>. Acesso em 30 out. 2019.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. [Edição eletrônica]. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MANNINO, Michael V. **Projeto, desenvolvimento de aplicações e administração de banco de dados**. Trad. Beth Honorato. São Paulo: McGraw-Hill, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Ed. RT, 2004.

_____. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

_____. **Tutela contra o ilícito** (art. 497, parágrafo único, do CPC/2015). Revista de Processo. vol.245. São Paulo: Ed. RT, jul. 2015.

PARISER, Eli. **O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. Kindle Edition.

PASSARELLI, Vinícius. **LGPD: entenda o que é a Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais**. Coluna de 31 de maio de 2019. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lgpd-entenda-o-que-e-a-lei-geral-de-protacao-de-dados-pessoais/>>. Acesso em 10 nov 2019.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei n. 13709/2018 (LGPD)**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PINTO, Edson Antônio Sousa; FARIA, Daniela Lopes de. **A Tutela Inibitória e seus Fundamentos no Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3276906/mod_resource/content/1/A%20TUTELA%20INIBIT%C3%93RIA%20E%20OS%20SEUS%20FUNDAMENTOS%20NO%20NOVO%20C%C3%93DIGO%20DE%20PROCESSO%20CIVIL.pdf>. Acesso em 12 out. 2019.

PROCOB. **Sobre a PROCOB: quem somos**. Disponível em: <<https://www.procob.com/sobre-a-procob/>>. Acesso em 01 nov. 2019.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias**. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODATÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTIAGO, Marcus Firmino. Uma abordagem diferenciada acerca da tutela jurisdicional. Revista de **A tutela inibitória e os seus fundamentos no novo Código de Processo Civil** Processo. vol. 146. São Paulo: Ed. RT, abr. 2007.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC**. São Paulo: ed. RT, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3 ed. São Paulo: 2014.

STAIR, Ralph; REYNOLDS, George W. **Princípios de sistema de informação: uma abordagem gerencial**. Trad. Flávio Soares Correa. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos direitos de fazer e de não fazer**. São Paulo: Ed. RT, 2001.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **Aspectos Gerais dos Direitos de Personalidade**. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Manual de Teoria Geral do Direito Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

TOBEÑAS, José Castan. **Los derechos de la personalidad**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.