



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E O TRATAMENTO BRASILEIRO DADO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE INFORMATACIONAL¹

**THE CONSTITUTIONALIZATION OF THE LAW AND THE BRAZILIAN
TREATMENT TO PRIVACY IN THE INFORMATIONAL SOCIETY**

Lucas Silva de Souza²
Jânia Maria Lopes Saldanha³

RESUMO

O presente artigo abrangerá o fenômeno da constitucionalização do direito no Brasil. Para tanto, expon-se-á, inicialmente, uma breve análise histórica das transformações ocorridas no direito mundial e no brasileiro pós Constituição Federal de 1988. O tema será delimitado na análise do tratamento jurídico brasileiro dado ao direito personalíssimo à privacidade no contexto da sociedade informacional. A pesquisa visa responder ao seguinte questionamento: o direito à privacidade na era informacional é tratado a partir da principiologia constitucional brasileira e é adequado a esse novo paradigma? Visando respondê-la, optou-se pelo método de abordagem dialógico, para que a análise seja realizada a partir das contradições internas que o tratamento jurídico brasileiro dado ao direito personalíssimo apresenta.

Palavras-chave: constitucionalismo, Direito Civil; Direitos Personalíssimos; privacidade.

ABSTRACT

This article will cover the phenomenon of the constitutionalisation of law in Brazil. In order to do so, a brief historical analysis of the transformations occurring in the law worldwide and in Brazil, after the Federal Constitution of 1988 will be presented. It will be delimited in the analysis of the legal treatment given to the personal right to privacy in the context of the information society. The research aims to answer the following question: the right to privacy in the information age is treated from the Brazilian constitutional principiology and appropriate to this new paradigm? In order to answer it, the dialectical approach method was chosen, so that the analysis is performed from the internal contradictions that the Brazilian legal treatment given to the right to privacy presents.

Keywords: constitutionalism, Civil Law; Personal Rights; privacy.

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001"

² Mestrando do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) e bolsista CAPES. adv.lucasdesouza@gmail.com

³ Realizou estágio Sênior no IHEJ - *Institut des Hautes Études sur la Justice*, em Paris (2014-2015), onde é pesquisadora associada. Doutora em Direito público. É professora do PPG em Direito e do Curso de Direito da Escola de Direito da UNISINOS. janiasaldanha@gmail.com janiasaldanha@gmail.com



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

INTRODUÇÃO

O presente artigo abrangerá o fenômeno da constitucionalização do direito no Brasil. Para tanto, expor-se-á, inicialmente, uma breve análise histórica das transformações ocorridas no direito mundial e no brasileiro pós Constituição Federal de 1988, as quais promoveram uma visão dos direitos personalíssimos mais humana e menos patrimonialista.

O tema será delimitado na análise do tratamento jurídico brasileiro dado ao direito personalíssimo à privacidade no contexto da sociedade informacional. Por uma questão organizacional e metodológica, o estudo se encontra dividido em duas partes: na primeira, são expostas as transformações perpassadas pelo Direito e pelo constitucionalismo; na segunda, a pesquisa se delimitará ao tratamento jurídico brasileiro dado ao direito personalíssimo à privacidade no contexto da era informacional.

Com isso, a pesquisa visa responder ao seguinte questionamento: o direito à privacidade na era informacional é tratado a partir da principiologia constitucional brasileira e é adequado ao paradigma informacional? Visando respondê-la, optou-se pelo método de abordagem dialético, para que a análise seja realizada a partir das contradições internas que o tratamento jurídico brasileiro dado ao direito personalíssimo apresenta.

1 DA CONSTITUIÇÃO DOS MODERNOS À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Nessa primeira parte do trabalho, de início, será exposta brevemente a concepção do direito e do constitucionalismo da Idade Moderna, momento em que, o Direito e, em especial, as constituições buscavam romper com a cultura vigente, a qual possuía, ainda, raízes teocêntricas e um poder soberano autoritário e central que se consubstanciava na figura do monarca. Posteriormente, será explanada a permeabilidade dessa concepção liberal no ordenamento jurídico brasileiro e o rompimento, ainda que parcial, com esse paradigma, oriundo da constitucionalização do direito, cujo início ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1988.

1.1 O constitucionalismo liberal e racionalista dos modernos:



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

Visando transpor o paradigma sócio-cultural do antigo regime, os teóricos políticos se focaram na elaboração de um sistema que colocasse o homem como centro universal com o apoio das teses individualistas e racionalistas existentes na época. Para tanto, o respeito aos direitos individuais de cada pessoa - como, por exemplo, a liberdade de agir, de celebrar contratos e de usufruir seu patrimônio sem a interferência do Estado - passa a ser visto como imprescindível para a harmonização da vida em sociedade.

Elucida Tepedino⁴ que, nesse contexto, o direito privado tratava, assim, de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, principalmente o contratante e o contratado, os quais, por sua vez, nada aspiravam além da aniquilação de todos os privilégios feudais, de modo a poder contratar, fazer circular riquezas, adquirir bens e expandir a própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves jurídicos.

Para tanto, valeu-se das teses racionalistas, as quais traziam em suas entranhas a ideia de que a sociedade era imutável e previsível, sendo possível sua total regulamentação por meio das normas jurídicas. Com a incidência dessas ideias no Direito, o mesmo acabava por refletir em sua positivação o materialismo (patrimonialismo) e o egoísmo que estavam contidos nas referidas teses. Esse conhecimento teórico serviu de arrimo ao liberalismo, filosofia política que passou a se desenvolver a partir do século XVI e que teve como período de auge da busca de seus ideais as Revoluções Americana e Francesa na segunda metade do século XVIII. Diante disso, percebe-se que “a propriedade era concebida como essencial ao desenvolvimento da própria pessoa e a realização do indivíduo; como consequência, o direito à propriedade era condição inafastável para se chegar à privacidade.⁵”

Após a Segunda Guerra Mundial, houve o ápice da crítica ao modelo liberal, haja vista que se tornou imprescindível uma reavaliação sobre todo o processo histórico percorrido pelo Direito. Isso ocorreu, devido às grandes violações de direitos humanos cometidos por países - como a Alemanha nazista e a Itália fascista - que justificavam seus

⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 2.

⁵ NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: transversalidade da tutela à privacidade. *Revista de informação legislativa*: RIL, v. 54, n. 213, p. 265-288, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p265> Acesso em 19 jun. 2019, p. 276.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

atos sob o prisma da legalidade proporcionada pelo positivismo. Surge, assim, o pós-modernismo, contexto no qual fazer parte de um Estado Democrático e ter respeitada sua dignidade como pessoa humana se tornaram objetivos primordiais a serem alcançados por todos. Para tanto, foi necessário dar atenção especial aos direitos fundamentais da personalidade, razão pela qual “a infalibilidade” dos códigos civis típicos do século anterior começou a ser resinificada à luz do constitucionalismo social e democrático.

Com isso, fundamentar a teoria jurídica somente em verdades universais e mascarar a exclusão social por meio da igualdade formal se tornaram incoerentes com esses objetivos, os quais somente poderiam ser alcançados se houvesse a valorização de direitos intrinsecamente ligados à pessoa humana. Devido a isso, passou-se a construir o Estado Social; para a concretização desse movimento oposto ao modelo antigo, há o desenvolvimento de outro modelo de constituição - o de constituição dirigente. Este modelo é seguido pela Constituição Federal de 1988 e apresenta como eixo principal uma grande carga axiológica de normas programáticas servindo como filtro de toda legislação infraconstitucional, bem como moldura as abstrações dos preceitos legais.

Visando melhor elucidar o que fora dito, traz-se o magistério do ilustre professor Ingo von Münch o qual apregoa que: “uma vez desmoronado o dique que, segundo a doutrina precedente, separava o direito constitucional do direito privado, os direitos fundamentais se precipitaram como uma cascata no mar do Direito Privado⁶”. As formas como os direitos fundamentais se precipitaram no direito brasileiro serão melhor trabalhadas no próximo subcapítulo.

1.2 A constitucionalização do direito privado e a valorização da pessoa humana no contexto brasileiro

A Lei Maior Brasileira, por meio de seu legislador constituinte, cujo olhar se voltou para a pessoa humana, fez com que fosse promovida uma volta aos valores sociais. Ou seja, permitiu uma reaproximação entre a ética e o direito. Isso foi feito através da positivação de princípios consagrados na Constituição, mas extraídos da cultura, da

⁶ MÜNCH, Ingo von *apud* PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. "Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares." In: BARROSO, Luís Roberto (org); *A nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 121.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

consciência social, do ideário ético e da noção de justiça presente na sociedade. Em outras palavras, os valores compartilhados por toda a comunidade se materializaram em princípios que passaram a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente, os quais são a síntese dos valores contidos no ordenamento jurídico e espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos e seus fins⁷.

Torna-se claro, com isso, que a constituição cidadã, além de ter sido essencial ao processo de redemocratização, contribuindo decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política da história do país, trata-se do ponto conformador de todo ordenamento jurídico através de seu conteúdo principiológico e da supremacia da dignidade da pessoa humana exposta nas garantias fundamentais. Com isso, o legislador constituinte, de maneira categórica, visou coibir que a iniciativa econômica privada pudesse se desenvolver de maneira prejudicial à promoção da dignidade da pessoa humana e à justiça social.

Nesse sentido, constitucionalizar o Direito Civil significa aplicá-lo sob a ótica dos princípios referentes à dignidade da pessoa humana presentes na CF/88, os quais, conforme elucida Barroso⁸, informam o sistema como um todo, dando-lhe unidade e harmonia de modo a integrar suas diferentes partes e atenuar tensões normativas. Aí reside a sua maior relevância: os princípios constitucionais não estão só vigentes, mas também são eficazes, portanto, têm sua normatividade reconhecida ante a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico aos casos concretos.

Com a inclusão dos princípios constitucionais, se promoveu uma alteração valorativa do próprio conceito de ordem pública, tendo na dignidade da pessoa humana o valor maior, posto ao ápice do ordenamento. É neste sentido que a escolha da dignidade da pessoa humana foiposta como fundamento da República. Ela, quando associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização e de redução das desigualdades sociais, configura uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana que deve ser respeitada e seguida por todos.

⁷ BARROSO, Luis Roberto, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: Barcellos, BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação do Direito Constitucional*. 3^a ed. São Paulo: Renovar, 2010, p. 29.

⁸ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: Barcellos, BARROSO, Luis Roberto, (org.). *A nova interpretação do Direito Constitucional*. 3^a ed. São Paulo: Renovar, 2010, p. 45.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

Essa é a lógica que fundamenta os direitos de personalidade: a tutela da dignidade da pessoa humana. Por isso - visando à dita tutela e à realização da personalidade - que na esteira do Texto Constitucional o legislador, cada vez mais, condiciona a proteção de situações contratuais ou situações jurídicas tradicionalmente disciplinadas sob uma ótica exclusivamente patrimonial ao cumprimento de deveres não patrimoniais. Conclui-se, ante essas informações, que não há negócio jurídico ou espaço de liberdade privada que não tenha seu conteúdo redesenhado pelo texto constitucional.

Destarte, o princípio acima citado identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas simplesmente pela sua existência no mundo, independentemente da crença que professem ou quanto à sua origem. A dignidade se relaciona tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Partindo-se dessa premissa, pode-se afirmar que a interpretação legislativa, sob a égide constitucional, passou pelas seguintes transformações; quanto ao “papel da norma”, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo, haja vista que, muitas vezes, só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente”. No que se refere ao “papel do juiz, já não lhe cabe apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de “criação do Direito”⁹.

Com isso, as normas constitucionais se tornaram efetivamente normas jurídicas, transcendendo ao papel de mera carta política. Ao legislador, ao administrador e ao intérprete se impôs deveres negativos e positivos de atuação, para que observem os limites e promovam os fins ditados pela Constituição. Encargos, cuja concretização é ainda mais obstaculizada na atual sociedade informacional. Para elucidar esse fato a pesquisa se delimitará, em sua segunda parte, ao direito à privacidade, o qual se encontra em constante transformação em um contexto de devassidão das informações pessoais em prol de interesses econômicos.

⁹ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 17 Jun. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>., p. 9.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

2. O TRATAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO AO DIREITO PERSONALÍSSIMO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE EM REDE

Para que seja efetivamente tutelado o direito à privacidade na era informacional, exige-se que se transcendia a tendência a produzir leis com níveis de detalhamento que esgotam o tema aos moldes de outrora e que se trabalhe com novos princípios de governança na internet, almejando a promoção do princípio mor: a dignidade da pessoa humana. Isto posto, visando verificar se os legisladores tutelam a privacidade e os juízes analisam os casos concretos se pautando nessa premissa ou em um ideário individualista e excludente de cunho modernista, a segunda parte do trabalho analisará as legislações que tutelam o direito à privacidade ante ao fenômeno informático, assim como alguns casos de grande repercussão nacional.

2.1. Direito à privacidade na era da internet: do direito a ser deixado em paz de Brandeis à autodeterminação informativa

Para se entender o direito à privacidade na era da informática, deve-se, inicialmente, resgatar as bases do conceito moderno desse direito que surgiu com o Artigo *"The Right to Privacy"* publicado pelo senador dos EUA Samuel Warren e pelo Juiz Louis Brandeis, em 1890, que partem dos clássicos direitos de liberdade e propriedade para então defender o direito a ser deixado em paz.

Visando tal intento, a despeito de inexistir previsão expressa na Constituição Americana, afirmou-se que o direito à privacidade seria o mais abrangente e valioso de todos os direitos para o homem civilizado. Com esse proclamo, Samuel Warren e Louis Brandeis foram duas das maiores personalidades na construção desse direito ao cunharem, num artigo escrito em 1890, a expressão *the right to be let alone*¹⁰, que propugnava, o “direito a ser deixado em paz” com o fito de impedir que determinadas informações

¹⁰ Um dos motivos que levaram a redação do artigo foi o casamento da filha de Samuel Warren, cuja comemoração foi objeto de intensa divulgação da imprensa local, levando a exposição toda sua família.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

referentes à vida privada dos indivíduos fossem recolhidas, independentemente de sua veracidade¹¹.

No caso brasileiro, foi apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 que a proteção da vida privada e da intimidade, além da honra e imagem, foram reconhecidos expressamente. A jurisprudência e doutrina apresentam um entendimento que se coaduna com grande proximidade da doutrina alemã, que utiliza um esquema de esferas concêntricas para representar os diferentes graus de manifestação da privacidade. Trata-se da teoria das esferas concêntricas de proteção de Heinrich Hubmann. Por meio dela, foram criados distintos níveis de proteção para diferentes esferas de privacidade, organizadas conforme critérios pessoais e sociais de manifestação do indivíduo. Desse modo, em “um primeiro momento, visualiza-se a esfera da intimidade (ou do segredo), depois a esfera privada e, em torno delas, a esfera social, que abrange a vida pública, incluindo os direitos à imagem e à palavra, mais abrangente do que a intimidade e a privacidade”¹².

No contexto atual, todavia, o grande desafio passa a ser o de garantir a efetividade dos direitos fundamentais e da privacidade/intimidade diante do fenômeno informático considerando as invasões que se costumam fazer nos bancos de dados dos indivíduos. Com isso, exige-se, novas configurações para o direito à privacidade, pensadas em face do rápido desenvolvimento das tecnologias de comunicação e informação. Para que esse dever seja cumprido, alguns autores sugerem que a privacidade seja vislumbrada a partir dos novos sentidos oriundos de sua mutação. Nessa senda, Perez Luño¹³ cunha o termo metamorfose da intimidade, pois, para o estudioso, a pluralidade de manifestações da intimidade não implica uma dissolução conceitual, mas a construção de um conceito unitário de textura aberta, plural, dinâmica e globalizadora. Para tanto, defende as

¹¹ NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: transversalidade da tutela à privacidade. *Revista de informação legislativa*: RIL, Brasília, v. 54, n. 213, p. 265-288, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p265>. Acesso em: 19 jun. 2019, p. 274.

¹² NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: transversalidade da tutela à privacidade. *Revista de informação legislativa*: RIL, Brasília, v. 54, n. 213, p. 265-288, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p265>. Acesso em: 19 jun. 2018, p. 274.

¹³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Editorial S.A., 2012, p. 115.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

faculdades de autodeterminação do sujeito, porém não de um sujeito isolado, irreal ou abstrato, produto do individualismo.

Ante esse panorama, o jurista ibérico¹⁴ erige a existência de uma nova geração de direitos da sociedade tecnológica- a terceira - posterior às duas anteriores, que ocorreram, respectivamente, no seio do Estado liberal e no Estado social. Esses direitos fundam as suas bases, não na liberdade e igualdade, como nas duas primeiras gerações, mas na solidariedade que passa a ser o valor de referência. Com isso, ele afirma que se exige da Ciência, do Direito, da Ética, da Economia e da Política, uma "Responsabilidade tecnológica". Isto é, uma atitude reflexiva, crítica e consciente dos novos problemas que a tecnologia ocasiona nas várias esferas da sociedade.

Dentre os direitos da era tecnológica, tem-se o direito à proteção de dados pessoais, cuja derrogação só deverá, segundo Raimundo¹⁵, ser admitida mediante exceções imperiosas que deverão estar previstas em lei e concedidas apenas mediante um rigoroso controle balizado pelo princípio da necessidade tendo em vista: a segurança estatal, o combate a ilícitos criminais ou mesmo a própria proteção do titular dos dados quando relacionados à sua saúde. Para o autor, uma das formas de proteger o usuário do uso abusivo das informações a seu respeito seria a consolidação do direito à autodeterminação informativa com o intuito de lhe permitir controlar as informações que circulam a seu respeito, impedindo que elas se tornem meras mercadorias nas mãos daqueles que por meios informáticos captam, controlam e vendem esses dados.

O direito à autodeterminação informativa tem em seu cerne o princípio da finalidade que exige o controle dos fins para que são recolhidas as suas informações pessoais. Visa-se, assim, evitar que o seu tratamento seja processado objetivando finalidades não legítimas ou não especificadas, excessivas, ou que incluam dados desatualizados ou incorretos, assim como mantidos por tempo superior ao necessário ou autorizado. Além disso, ele é corolário do direito ao esquecimento cujo principal objetivo é a criação de um ambiente virtual seguro para os utilizadores onde são fornecidos mecanismos que lhes permitam remover as informações a seu respeito, quando inexistentes

¹⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Editorial S.A., 2012, p. 42.

¹⁵ RAIMUNDO, João Pedro Sargaço Dias. *Uma nova frente da proteção de dados pessoais: a (im)possibilidade de assegurar um eventual direito ao esquecimento*. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito. Universidade do Porto. Disponível em: <<https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/75966>>. Acesso em: 12 junho 2018, p. 8-10



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

razões legítimas para a sua manutenção na *web*, expiradas as razões que justificaram sua coleta, ou retirado o consentimento do usuário. A fórmula mais primitiva desse direito, assiste aos ex-condenados que, após o cumprimento da sentença e durante o processo de reabilitação, precisam que os fatos que os condenaram não sejam expostos publicamente visando a sua reinserção na sociedade¹⁶.

O direito ao esquecimento, portanto, consiste em um direito que objetiva promover a autonomia do titular dos dados pessoais de modo a viabilizar que ele possa decidir quais destinos eles terão. Almeja-se, com isso, que os cidadãos possam contar com mecanismos acobertados pela autoridade coativa da lei para eliminar informações a seu respeito que poderiam ser utilizadas de forma abusiva quando nas mãos de terceiros.

O cenário acima exposto, ilustra a incapacidade que os indivíduos têm, na era informacional, para controlar os dados que são coletados sobre eles. Isso ocorre, pois pouco se sabe acerca do funcionamento das empresas que coletam dados e a forma como elas os utilizam, ainda que disso resultem consequências drásticas nas suas vidas¹⁷. Tendo em vista que a coleta de dados retira do indivíduo o seu controle sobre as próprias informações, indubitavelmente, a proteção da privacidade, na Sociedade Informacional, tornou-se umbilicalmente ligada ao controle de dados. Razão pela qual, será verificado a seguir se tratamento dado condiz com essa realidade.

2.2. O tratamento brasileiro à privacidade na era informacional

A tutela da privacidade e dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro tem como norte o art. 1º, III - da constituição federal que tutela o princípio da dignidade da pessoa humana e o art. 5º, inciso X - que afirma serem “invioláveis a intimidade, a vida

¹⁶ RAIMUNDO, João Pedro Sargaço Dias. *Uma nova frente da proteção de dados pessoais: a (im)possibilidade de assegurar um eventual direito ao esquecimento*. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito. Universidade do Porto. Disponível em: <<https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/75966>>. Acesso em: 12 junho 2018, p. 18.

¹⁷ MENEZES NETO, Elias Jacob de; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BEZERRA, Tiago José de Souza Lima. O projeto de lei de proteção de dados pessoais (PL 5276/2016) no mundo do big data: o fenômeno da dataveillance em relação à utilização de metadados e seu impacto nos direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas: Direito e Mundo digital*, Brasília, v. 3, n. 7, p.185-199, 31 dez. 2017. Quadrimestral. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4840>>. Acesso em: 22 jun. 2018, p. 190-191.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Entretanto, foi com o advento do Marco Civil da Internet Lei nº 12.965/2014¹⁸ que se almejou tutelar esses direitos no contexto da sociedade informacional. Para tanto, em seu art. 7º, assegurou-se: a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial e o direito ao 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.

Ademais, o referido marco consagrou novos princípios. Dentre eles, o princípio da transparência ao afirmar, no inciso VIII do referido artigo que devem a coleta deve ser de “informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades, as quais, a justifique”. Assim como o princípio da proporcionalidade e necessidade, ao apregoar que a coleta de dados: não pode ser coibida pela legislação; deve estar especificada nos contratos de prestação de serviços ou nos termos de uso o qual deve estipular claramente o uso e tratamento que será dado os dados armazenados mediante autorização expressa do usuário.

O art. 3º, em seu inciso VII, resguarda o Direito ao Esquecimento¹⁹ ao afirmar o dever da exclusão definitiva dos dados pessoais fornecidos, caso haja seu requerimento,

¹⁸ BRASIL. Lei nº 12965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil... Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 19 jun. 2019.

¹⁹ O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 1990, em sua seção IV intitulada, seu parágrafo 5º, também reconhece o Direito ao esquecimento ao afirmar que “consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores”¹⁹. BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 19 jun. 2019.

No mesmo sentido, a Lei 12.414/2011¹⁹ que disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito, em seu art. 14 tutela o Direito ao esquecimento ao afirmar que “as informações de adimplemento não poderão constar de bancos de dados por período superior a 15 (quinze) anos”. BRASIL. Lei nº 12414, de 09 de junho de 2011. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas,



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

após o término da relação entre as partes. As exceções a esse direito são as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas na lei. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. Contudo, o provedor responsável poderá ser obrigado a disponibilizar os registros para contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial. Por fim, o art. 16 da lei erige os princípios da finalidade, proporcionalidade e da finalidade ao vedar a guarda dos registros de acesso a outras aplicações de internet, sem que o titular dos dados tenha consentido previamente, assim como a coleta excessiva de dados em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular²⁰.

Necessário gizar, contudo, que, como resultado da incorporação cada vez maior, da tecnologia à vida humana, a coleta de dados torna-se ubíqua, especialmente quando for considerado o constante fluxo de metadados. Realidade oriunda do fato de que, com a multiplicação de pontos de contato entre a tecnologia e o mundo, quase tudo o que se faz gera um fluxo de dados sem que sequer se tenha conhecimento. Quanto mais transparente for a criação desses fluxos de dados, mais fácil é ignorá-los e considerá-los parte normal do cotidiano. Logo, como resultado da incorporação, cada vez maior, da tecnologia à vida humana, a coleta de dados se torna “transparente” ao cotidiano dos indivíduos, ou seja, não é invasiva; ocorre de forma automática e é ubíqua²¹.

para formação de histórico de crédito... . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm>. Acesso em: 19 jun. 2019.

²⁰ BRASIL. Lei nº 12965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil... . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 19 jun. 2019.

²¹ MENEZES NETO, Elias Jacob de; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BEZERRA, Tiago José de Souza Lima. O projeto de lei de proteção de dados pessoais (PL 5276/2016) no mundo do big data: o fenômeno da dataveillance em relação à utilização de metadados e seu impacto nos direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas: Direito e Mundo digital*, Brasília, v. 3, n. 7, p.185-199, 31 dez. 2017. Quadrimestral. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4840>>. Acesso em: 22 jun. 2018, p. 188.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

Menezes Neto, Morais e Bezerra²² elucidam que “O processo” de Kafka, serve perfeitamente para ilustrar de forma metafórica esse contexto, pois, assim como na burocracia, a coleta de dados retira do indivíduo o direito de controlar informações a seu respeito e saber quem as controla e como. Assim, aos moldes do que ocorre na obra kafkiana, as consequências são sempre atribuídas a um sistema cujo funcionamento é desconhecido, abstrato e inacessível, ainda que gere consequências diretas para as vidas das pessoas.

Visando coibir esse panorama, tem-se no contexto pátrio, o Projeto de Lei 5276/2016 que divide os dados pessoais em três categorias: pessoais, sensíveis²³ e anônimos. Contudo, esse tipo classificação, segundo Menezes Neto, Morais e Bezerra²⁴ (2017, p. 186), na era do *Big Data*²⁵, é fantasiosa, na medida em que avançados algoritmos de extração são utilizados para a análise massiva de dados em especial de metadados, ou seja, aqueles que se referem a outros dados. Desse modo, inclusive dados classificados como anônimos pelo PL 5276/2016 ao serem analisados em conjunto podem expor informações que afetam diretamente a vida das pessoas e violam diversos direitos humanos. Isto posto, torna-se

²² MENEZES NETO, Elias Jacob de; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BEZERRA, Tiago José de Souza Lima. O projeto de lei de proteção de dados pessoais (PL 5276/2016) no mundo do big data: o fenômeno da dataveillance em relação à utilização de metadados e seu impacto nos direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas: Direito e Mundo digital*, Brasília, v. 3, n. 7, p.185-199, 31 dez. 2017. Quadrimestral. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4840>>. Acesso em: 22 jun. 2018, p. 190.

²³ Nesse sentido, a Lei 12.414/2011, que disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito categoriza como “informações 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”. BRASIL. Lei nº 12414, de 09 de junho de 2011. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito.. . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm>. Acesso em: 19 jun. 2019.

²⁴ MENEZES NETO, Elias Jacob de; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BEZERRA, Tiago José de Souza Lima. O projeto de lei de proteção de dados pessoais (PL 5276/2016) no mundo do big data: o fenômeno da dataveillance em relação à utilização de metadados e seu impacto nos direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas: Direito e Mundo digital*, Brasília, v. 3, n. 7, p.185-199, 31 dez. 2017. Quadrimestral. Disponível em:

<<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4840>>. Acesso em: 22 jun. 2018, p. 186.

²⁵ A expressão “Big Data” refere-se ao tratamento algorítmico das informações que permite a coleta massificada e generalizada de dados e de meta-dados oriundos das práticas comunicacionais virtuais cotidianas, coleta essa que nutre a “nova economia informática”. (SALDANHA, 2015).



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

claro, que é preciso cautela na hora de utilizar mecanismos rígidos para tentar controlar eventos extremamente fluidos.

Quanto às inovações em sede jurisprudencial, a expressão “direito ao esquecimento”, ganhou notoriedade, principalmente depois da edição dos Enunciados nos 531 e 576²⁶ do Conselho de Justiça Federal²⁷. O primeiro afirma que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. O segundo, por seu turno, apregoa que “o direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela inibitória”.

Interessante destacar que o primeiro reconhecimento do direito ao esquecimento pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) envolveu o caso Chacina da Candelária²⁸ retratado pelo programa Linha Direta, da TV Globo, momento em que se citou um homem anteriormente absolvido de todas as acusações referentes à chacina. Nesse julgado, o STJ entendeu que era perfeitamente possível a exibição do programa fazer um resgate histórico, sem identificar outrora acusado e reconheceu que foi violado seu direito de ser deixado em paz e a sua privacidade.

Outro caso é o da apresentadora Xuxa que atuou em “Amor estranho amor”. Filme no qual sua personagem tem relações sexuais com um garoto de 12 anos. Contudo, no processo em que a atriz pleiteava indenização contra a Google, o STJ decidiu que os sites de pesquisa não podem ser obrigados a limitar os resultados e que eles têm liberdade de manter o conteúdo que encontram. A relatora, ministra Nancy Andrighi, argumentou que restringir o acesso à cena do filme ceifaria o direito das pessoas à informação. A decisão se estendeu às demais companhias do setor e garantiu o mesmo direito para outros sites de pesquisa²⁹.

²⁶ BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado 576**. Disponível em:<<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/821>> Acesso em: 19 jun. 2019.

²⁷ BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado 531**. Disponível em:<<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>> Acesso em: 19 jun. 2019.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1334097. Relator: Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 25 de maio de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 10 set. 2013. Disponível em:<<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22LUIS+FELIPE+SALOM%C3O%22%29.MIN.&processo=1334097&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agint no Resp nº 1593873 / SP. Relator: Nancy Andrighi. Brasília, DF, 10 de novembro de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 17 nov. 2016. Disponível em:



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

Também é necessário trazer à baila a suspensão, em sede de liminar, de decisão exarada em processo criminal na comarca de Duque de Caxias, no estado do Rio de Janeiro, a qual determinou o bloqueio do WhatsApp após negociação da empresa a ordem de enviar a transcrição de conversas relacionadas ao processo. O ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Ricardo Lewandowski, então presidente do tribunal, considerou que a decisão violava o preceito fundamental à liberdade de expressão, bem como a legislação de regência sobre o tema. Ademais, ele considerou desproporcional o bloqueio a todo o território nacional. Assim como que “Não se mostra razoável permitir que o ato impugnado prospere, quando mais não seja por gerar insegurança jurídica entre os usuários do serviço, ao deixar milhões de brasileiros sem comunicação entre si”³⁰.

CONCLUSÃO

A constitucionalização de todo ordenamento jurídico não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional. A constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si - com sua ordem, unidade e harmonia - mas também uma moldura às abstrações normativas dos demais ramos do direito, dentro da qual o intérprete e o legislador exercerão sua criatividade e o senso de justiça e ordem, sem conceder-lhes, todavia, um mandato para atitudes discricionárias.

Ao longo do presente estudo se verificou que, a despeito de se verificar avanços, visando a adequação da legislação nacional protetiva do direito à privacidade ao novo panorama oriundo da sociedade da informação sob o prisma constitucional, o tratamento pátrio está engessado na falaciosa ideia de completude da lei, a qual não consegue abranger os casos em que a privacidade é violada sem sequer ter ciência disso. Assim como num ideal patrimonialista por meio do qual promovem a prevalência dos interesses das grandes

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.MIN.&processo=1593873&t=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 403, Se. Relator: EDSON FACHIN. Brssília, DF, 20 de abril de 2017. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 01 ago. 2016. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28ADPF+403%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/yc7yfgv9>>. Acesso em: 19 jun. 2019.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

empresas detentoras de serviços de busca e trocas de mensagem. Tanto no caso do WhatsApp como no do Google, prevaleceu a ideia de uma liberdade de expressão irrestrita, no primeiro caso negando a privacidade e no segundo protegendo um direito à privacidade absoluto que contraria até mesmo o Marco Civil, visando, claramente, resguardar o domínio dessas grandes corporações.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: Barcellos, BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação do Direito Constitucional*. 3^a ed. São Paulo: Renovar, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 17 Jun. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado 531**. Disponível em:<<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>> Acesso em: 19 jun. 2019.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado 576**. Disponível em:<<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/821>> Acesso em: 19 jun. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 19 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 12414, de 09 de junho de 2011. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito... Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm>. Acesso em: 19 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 12965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil... Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 19 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1334097. Relator: Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 25 de maio de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 10 set. 2013. Disponível em:<<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22LUIS+FELIPE+SALOM%C3O%22%29.MIN.&processo=1334097&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agint no Resp nº 1593873 / SP. Relator: Nancy Andrichi. Brasília, DF, 10 de novembro de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 17 nov. 2016.



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

Disponível em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.MIN.&pocesso=1593873&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 403, Se. Relator: EDSON FACHIN. Brssília, DF, 20 de abril de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 01 ago. 2016. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28ADPF+403%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/yc7yfgv9>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

MENEZES NETO, Elias Jacob de; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BEZERRA, Tiago José de Souza Lima. O projeto de lei de proteção de dados pessoais (PL 5276/2016) no mundo do big data: o fenômeno da dataveillance em relação à utilização de metadados e seu impacto nos direitos humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**: Direito e Mundo digital, Brasília, v. 3, n. 7, p.185-199, 31 dez. 2017. Quadrimestral. Disponível em:

<<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4840>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

MÜNCH, Ingo von apud PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. "Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares." In: BARROSO, Luís Roberto (org); **A nova Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: transversalidade da tutela à privacidade. **Revista de informação legislativa**: RIL, v. 54, n. 213, p. 265-288, jan./mar. 2017. Disponível em:

<http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p265> Acesso em: 19 jun. 2019.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica**. Madrid: Editorial S.A., 2012.

RAIMUNDO, João Pedro Sargaço Dias. **Uma nova frente da proteção de dados pessoais: a (im)possibilidade de assegurar um eventual direito ao esquecimento**. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito. Universidade do Porto. Disponível em: <<https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/75966>>. Acesso em: 12 junho 2018, p. 8-10

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.