

CONCEITO, OBJETO E AUTONOMIA DO DIREITO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Concept, object and autonomy of the personal data protection law
Revista de Direito e as Novas Tecnologias | vol. 18/2023 | Jan - Mar / 2023
DTR\2023\792

Lucas Pacheco Vieira

Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVALI e pela Università degli Studi di Perugia (UniPG). Mestre em Direito da Empresa e dos Negócios pela UNISINOS. Especialista em Direito Tributário pela PUC-RS. Professor de Direito Empresarial, Direito Tributário e Compliance/LGPD da Faculdade Antonio Meneghetti. Advogado. lucas@mmvadv.com

Área do Direito: Civil; Digital

Resumo: O presente artigo versa sobre o conceito, o objeto e a autonomia do Direito da Proteção de Dados Pessoais. Analisam-se o conceito e o objeto do Direito da Proteção de Dados Pessoais, sob a luz do direito positivo e da doutrina especializada. Ato contínuo, investiga-se a possibilidade de se reconhecer a autonomia do Direito da Proteção de Dados Pessoais dentro da Ciência Jurídica, de sorte a se qualificar como um novo ramo do Direito. As temáticas versadas são essenciais para o desenvolvimento de estudos aprofundados sobre questões envolvendo proteção de dados pessoais e privacidade na contemporaneidade, haja vista que a evolução e o aprimoramento de um campo jurídico pressupõem uma compreensão adequada sobre o seu conceito, o seu objeto e a sua autonomia, dado que constituem a referência maior para a formação dos institutos, princípios, regras, meios e fins que lhe são próprios.

Palavras-chave: Conceito – Autonomia – Direito – Proteção de dados – Dados pessoais

Abstract: This article deals with the concept, object and autonomy of the Personal Data Protection Law. The concept and object of the Personal Data Protection Law are analyzed in the light of positive law and specialized doctrine. Subsequently, the possibility of recognizing the autonomy of the Law of Protection of Personal Data within Legal Science is investigated, in order to qualify as a new branch of Law. The topics covered are essential for the development of in-depth studies on issues involving protection of personal data and privacy in contemporary times, given that the evolution and improvement of a legal field presuppose an adequate understanding of its concept, its object and its autonomy, given that they constitute the main reference for the formation of the institutes, principles, rules, means and ends that are proper to it.

Keywords: Concept – Autonomy – Law – Data protection – Personal data

Para citar este artigo: VIEIRA, Lucas. Conceito, objeto e autonomia do direito da proteção de dados pessoais. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, São Paulo, v. 18, ano 6, jan./mar. 2023.
Disponível em: inserir link consultado. **Acesso em:** DD.MM.AAAA.

Sumário:

1 Introdução - 2 Conceito e objeto do Direito da Proteção de Dados Pessoais - 3 Autonomia do Direito da Proteção de Dados Pessoais - 4 Conclusão/Considerações finais - 5 Bibliografia

1 Introdução

A temática da proteção de dados pessoais vem recebendo contribuições legislativas importantes nos últimos anos. Na União Europeia, o principal marco normativo que disciplina o assunto é o Regulamento EU 2016/679, conhecido como Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (“RGPD”), ou *General Data Protection Regulation* (“GDPR”), que veio a lume em 27 de abril de 2016, revogando a Diretiva 95/46/CE. No Brasil, o diploma que rege a matéria é a Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018 (LGL\2018\7222), batizada como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (“LGPD”).

Tendo em vista o impacto que a coleta em larga escala, o compartilhamento indiscriminado e o uso pouco transparente dos dados pessoais de cidadãos em todo o planeta vêm provocando, em especial quando se fala de dados sensíveis, tema que aqui importa, processados por grandes corporações do ramo tecnológico (*Google* e *Facebook*, principalmente), o diploma legislativo

brasileiro almeja proteger e/ou aperfeiçoar a proteção dos direitos fundamentais afetados por esse fenômeno, no intuito de garantir, de um lado, a soberania do cidadão sobre o que é feito com os seus dados e, de outro, as suas liberdades, dignidade e autonomia em face das ameaças representadas pelas formas de vigilância estatal e corporativa trazidas pela distopia digital em que se vive atualmente.

No plano constitucional, o Congresso Nacional brasileiro promulgou em 2022 a Emenda Constitucional 115, introduzindo o “direito à proteção dos dados pessoais” (art. 5º, LXXIX); a competência da União para “organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais” (art. 21, XXVI); e a competência legislativa da União sobre “proteção e tratamento de dados pessoais”. Antes disso, em 2020, o Supremo Tribunal Federal já havia reconhecido o *status* constitucional/fundamental do direito à proteção de dados pessoais quando julgou a ADI 6.387, extraíndo-o implicitamente de uma confluência normativa constitucional envolvendo o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a cláusula geral de liberdade (art. 5º, *caput*) e os direitos à privacidade e ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII) e a garantia processual do *habeas data* (art. 5º, LXXII).

Tendo em vista a evolução do cenário do direito positivo brasileiro, da jurisprudência e da doutrina no campo da proteção de dados pessoais, surge indispensável o empreendimento de investigação a respeito do conceito, do objeto e da eventual autonomia de um novo ramo da ciência jurídica: o Direito da Proteção de Dados Pessoais.

Uma abordagem detida dessas temáticas é fundamental para o desenvolvimento de estudos com maior robustez científica sobre questões envolvendo proteção de dados pessoais e privacidade na contemporaneidade, porquanto a evolução e o aperfeiçoamento de um ramo jurídico pressupõem o entendimento adequado sobre o seu conceito, o seu objeto e a sua autonomia, dado que constituem a bússola para a construção dos institutos, princípios, regras, meios e fins que lhe são próprios.

2 Conceito e objeto do Direito da Proteção de Dados Pessoais

A expressão “proteção de dados” foi usada de forma pioneira, com significado próximo ao contemporâneo, nos trabalhos preparatórios da Lei de Proteção de Dados de Hesse, *Hessisches Datenschutzgesetz* (HDSG), de 1970.¹ Passados dois anos da entrada em vigor do HSDG, o jurista alemão Ulrich Seidel expôs pela primeira vez, em sua tese doutoral, a proposição de que o direito da proteção de dados seria o “direito que regula o tratamento de dados”.²

Naquela época, o termo “proteção de dados” alcançou sua consolidação nacional na Alemanha, com alicerce no relatório *Grundfragen des Datenschutzes*, de 1971, por uma comissão de *experts* presidida por Wilhelm Steinmüller.³ O relatório foi elaborado a partir de solicitação do Ministério do Interior germânico para servir como ponto de partida para uma futura lei nacional de proteção de dados. No histórico parecer do começo dos anos 1970, os riscos decorrentes do processamento automatizado de dados e o direito à autodeterminação do cidadão – que poderia decidir quais informações individuais forneceria, a quem e sob quais circunstâncias – já constavam como tópicos prioritários⁴.

Não obstante a existência de críticas doutrinárias, prevaleceu na Alemanha e nos demais ordenamentos europeus a alcunha “Direito da Proteção de Dados”. O Professor Menezes Cordeiro, por exemplo, alega que a ideia transmitida é equivocada, pois leva a crer que se trata de um ramo jurídico criado para proteger os direitos dos titulares dos dados. Ocorre que o objeto regulado, segundo o jurista luso, na verdade, é o tratamento de dados pessoais, motivo pelo qual as nomenclaturas “Direito dos Dados Pessoais” ou “Direito do Tratamento de Dados Pessoais” seriam mais adequadas.⁵ Por questão de estabilidade linguística, no entanto, posiciona-se por prosseguir com o uso da expressão consolidada desde os primórdios da disciplina.⁶

Em relação à definição desse ramo jurídico, Menezes Cordeiro sustenta que se cuida, numa acepção ampla, do “conjunto sistematizado de princípios, normas e institutos que regula os dados pessoais e o seu tratamento”.⁷ Numa ótica estrita, que leva em consideração os aportes do RGPD e da realidade vigente, defende que se trata do “conjunto sistematizado de princípios, normas e institutos que regula os dados pessoais das pessoas singulares e o seu tratamento”.⁸

O Direito da Proteção de Dados Pessoais, em nossa compreensão, constitui ramo do direito que pode ser assim definido: conjunto normas jurídicas que regem a atividade de tratamento de dados

pessoais das pessoas naturais, estabelecendo direitos e obrigações para agentes de tratamento de dados pessoais, titulares de dados pessoais e outros sujeitos envolvidos direta ou indiretamente na relação jurídica decorrente da atividade de tratamento de dados pessoais.

A primeira parte da definição versa sobre o aspecto objetivo do Direito da Proteção de Dados Pessoais, ou seja, sobre a atividade que caracteriza esse ramo jurídico e se busca regulamentar através das suas normas. Cuida-se da atividade de tratamento de dados pessoais de pessoas naturais, que pode ser definida como o plexo de atos e procedimentos que veiculam operações realizadas com dados pessoais, tais como a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração de dados de pessoas naturais – excluindo-se, portanto, os dados das pessoas jurídicas.

A segunda parte da definição concerne ao aspecto subjetivo do Direito da Proteção de Dados Pessoais, abordando a relação jurídica desenvolvida por agentes de tratamento de dados pessoais (controladores e operadores), titulares de dados pessoais e outros sujeitos (encarregado, autoridades regulatórias nacionais/comunitárias, suboperadores etc.) em decorrência do exercício da atividade de tratamento de dados pessoais.

Trata-se, portanto, de uma definição mista, uma vez que abrange as dimensões subjetiva e objetiva dessa área do direito. A abrangência desses dois aspectos permite que se apreenda, revele e construa os elementos fundamentais e institutos que compõem a regulação do fenômeno do tratamento de dados pessoais e as relações jurídicas que nascem entre os sujeitos envolvidos, direta ou indiretamente, com a atividade de tratamento de dados pessoais.

À luz do conceito formulado e de seus componentes, pode surgir, também no Brasil, o questionamento sobre a nomenclatura atribuída a esse ramo do direito. Nenhuma área da ciência jurídica nacional possui em sua designação o vocábulo “proteção”. O ramo laboral não se chama “direito da proteção do trabalho”; o ramo consumerista não se denomina “direito da proteção do consumo”; o ramo financeiro não se denomina “direito da proteção das finanças públicas”; nem o ramo ambiental se chama “direito da proteção do meio ambiente”.

Tipicamente, a ciência jurídica estuda e o direito positivo estabelece normas que asseguram direitos e regulamentam certo fenômeno da realidade e relação jurídica, como se pode ver, por exemplo, com o caso dos direitos trabalhistas, do fenômeno do trabalho e da relação jurídica de trabalho; ou mesmo com os direitos do consumidor, o fenômeno do consumo e a relação jurídica de consumo.

Em vista disso, o elemento central da nomenclatura, no direito brasileiro, costuma ser o objeto regulado (trabalho, meio ambiente, comércio, tributo etc.) ou, excepcionalmente, o sujeito ao qual se atribuem direitos (consumidor).

Adotando a primeira vertente, a nomenclatura do ramo jurídico ora abordado seria “direito do tratamento de dados pessoais” (objeto). Utilizando-se da segunda vertente, a designação seria “direito do titular de dados pessoais” (sujeito).

Na ordem jurídica brasileira, consideramos que a primeira poderia perfeitamente ser adotada, na linha do que ocorre com a maior parte dos outros ramos da ciência jurídica, inclusive com amparo constitucional no novel inc. XXX do art. 22 da Carta da República, introduzido pela Emenda Constitucional 115/2022 (LGL\2022\1328), que outorga competência para a União legislar sobre “proteção e tratamento de dados pessoais. Já a segunda vertente é limitativa do escopo dessa área jurídica, não refletindo com precisão o seu escopo, porquanto restringe indevidamente todo um ramo ao resguardo dos direitos de uma das partes, podendo influenciar negativamente no desenvolvimento desse campo pelo desincentivo à observância dos direitos dos outros sujeitos da relação jurídica de tratamento de dados pessoais”.

Consideramos que prevalecerá o título “Direito da Proteção de Dados Pessoais” por quatro motivos. Em primeiro lugar, por ser essa a nomenclatura que prevalece no direito positivo e na doutrina estrangeiros – referências para a legislação brasileira -, consoante demonstrado acima quanto ao direito alemão e o direito português, a partir das lições de Menezes Cordeiro.

Em segundo lugar, pelo fato de que a alcunha citada designa as principais normativas e normas constitucionais e legais sobre o assunto no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido,

ressalta-se que a Emenda Constitucional 115/2022 (LGL\2022\1328) introduziu o “direito à proteção dos dados pessoais” (art. 5º, LXXIX); a competência da União para “organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais” (art. 21, XXVI); e a competência legislativa da União sobre “proteção e tratamento de dados pessoais”.

Em nível legal, a Lei 13.709/2018 (LGL\2018\7222) foi batizada pelo legislador com o epíteto “Lei Geral de *Proteção de Dados Pessoais*”. O regulamento comunitário europeu recebeu o rótulo “Regulamento Geral sobre a *Proteção de Dados*” (RGPD)

A característica central refletida na alcunha escolhida para as leis brasileira e comunitária europeia consiste na teleologia, na finalidade, que dirige esses marcos normativos. O *telos* dessas leis, como se depreende do rótulo escolhido pelos legisladores, reside no objetivo de proteger os direitos fundamentais afetados pela atividade de tratamento de dados pessoais, nomeadamente os direitos de liberdade e de privacidade e direito ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, todos inspiradores da criação do *novel* direito fundamental à proteção de dados pessoais (art. 1º, *caput*, da LGPD).

Em terceiro lugar, a consagração do rótulo “Direito da Proteção de Dados Pessoais” tende a ocorrer pelo fato de já ter sido assim reconhecido pela doutrina⁹ e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADI 6.387)¹⁰. Ademais, a doutrina vem sedimentando o objeto, a dimensão subjetiva, a dimensão objetiva, o âmbito de incidência e os limites desse novo direito fundamental.¹¹

Em quarto lugar, a positivação constitucional da competência da União para legislar sobre a matéria (art. 22, XXX), com a promulgação da Emenda Constitucional 115/2022 (LGL\2022\1328), torna imperativo o reconhecimento de que se está diante de um ramo autônomo da ciência jurídica.

Abordados o conceito e a nomenclatura, impende estabelecer o objeto do Direito da Proteção de Dados Pessoais. De forma geral, essa área do direito positivo tem a atividade de tratamento de dados pessoais e a relação jurídica travada entre os sujeitos dessa atividade como objeto das suas normas jurídicas. Alargando a visão sobre a questão do objeto do Direito da Proteção de Dados Pessoais, podem ser mencionados os seguintes temas:

- a) os sujeitos da relação jurídica de dados pessoais, tais como os agentes de tratamento de dados pessoais, os titulares de dados pessoais, suboperadores, entre outros.
- b) os órgãos administrativos com atuação exclusiva na área de proteção de dados pessoais, notadamente a ANPD e o CNPD;
- c) o regime jurídico de proteção de dados pessoais, com seus institutos, princípios, regras, características, finalidades, limitações, instituições e sujeitos, que são dotados de especificidade e originalidade;
- d) o tratamento de dados pessoais, com suas diversas operações e consequências;
- e) as bases legais para o tratamento de dados pessoais;
- f) a transferência internacional de dados pessoais;
- g) a proteção de dados pessoais nas searas criminal e trabalhista, que justificam, no cenário brasileiro, a edição de leis específicas para que se tenha maior segurança jurídica para todos os sujeitos envolvidos nas relações jurídicas de tratamento de dados pessoais;
- h) a fiscalização de incidentes e violações de dados pessoais pela ANPD;
- i) o direito administrativo sancionador de proteção de dados pessoais;
- j) a responsabilidade civil envolvendo o campo da proteção de dados pessoais;
- k) a segurança, as boas práticas e os sistemas de *compliance* definidos e conformados pelo conjunto de normas jurídicas de proteção de dados pessoais;

Os temas da disciplina podem ser divididos em duas grandes áreas, consoante a proposição do jurista Menezes Cordeiro, alicerçada na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia: (i) a

proteção dos dados pessoais; e (ii) a segurança dos dados pessoais.¹² A primeira área contempla o tratamento de dados pessoais e a proteção dos direitos dos titulares, enquanto a segunda está concentrada em garantir a integridade e a regular o acesso aos dados pessoais.¹³

Com a edição de novas leis, a atuação da ANPD, a consolidação da jurisprudência pelos Tribunais e a o avanço das discussões doutrinárias, vários outros temas certamente surgirão e merecerão detida análise e enfrentamento pelos operadores do Direito, com o apontamento de caminhos e soluções para os novos problemas.

3 Autonomia do Direito da Proteção de Dados Pessoais

A autonomia de um campo da ciência jurídica pressupõe a existência de um conjunto de normas que veiculem um regime jurídico específico, com institutos, conceitos, sujeitos, princípios, fundamentos, características, finalidades e órgãos típicos que disciplinam ou compõem determinada relação jurídica, formando um sistema ordenado dotado de unidade e homogeneidade e capaz de oferecer preceitos aplicáveis de forma coordenada.

Embora o vocábulo “autonomia” evoque as ideias de independência e isolamento, o direito é uno, configura um todo orgânico, sendo meramente didática a sua divisão em ramos especializados, tendo em vista a interdependência, coexistência e as ligações entre todos eles.

O regime jurídico de proteção de dados, dotado de princípios, regras e direitos específicos, é reconhecido pela doutrina especializada, consoante se depreende das lições de Laura Mendes:

“Conforme visto acima, os governos de diversos países passaram a regulamentar o tratamento de dados, em reação ao intenso processamento de informações pessoais possibilitado pela tecnologia. Não obstante a diferença dos ordenamentos jurídicos e das opções legislativas, é possível falar em um regime jurídico de proteção de dados pessoais, com princípios e direitos comuns.

Uma evidência de um consenso em torno de um regime mínimo de proteção de dados pessoais foi a aprovação dos Standards Internacionais sobre Proteção de Dados Pessoais, no ano de 2009, em Madri, na 31ª Conferência Internacional de Autoridades de Proteção de Dados. Os Standards foram aprovados, de forma impressionante, por 80 autoridades de proteção de dados pessoais com direito a voto na Conferência e contêm disposições gerais, princípios básicos, legitimação para o processamento, direitos do interessado, segurança e supervisão.”¹⁴

Os princípios, institutos, conceitos e sujeitos desse ramo da ciência jurídica estão delineados de forma expressa ou implícita na LGPD, tais como “tratamento de dados pessoais”, “agente de tratamento”, “titular de dados pessoais”, “transferência internacional de dados”, “controlador”, “operador”, “encarregado pelo tratamento de dados pessoais”, “dado pessoal”, “dado pessoal sensível”, “dado anonimizado”, “relatório de impacto à proteção de dados pessoais”, “requisitos para o tratamento de dados pessoais”, “governança de dados pessoais”, “bloqueio de dados pessoais”, “violação de dados pessoais”, “incidente de segurança com dados pessoais”, “processo de avaliação sistemática de impactos e riscos à privacidade”, “legítimo interesse do controlador”, “autoridade nacional de proteção de dados”, “conselho nacional de proteção de dados pessoais e da privacidade”, entre outros.

A quase totalidade desses institutos, conceitos e sujeitos não existia na ordem jurídica brasileira até a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, o que indica a especificidade e peculiaridade dos institutos, conceitos e sujeitos desse ramo do direito.

Os princípios do Direito da Proteção de Dados Pessoais dividem-se em explícitos, assim entendidos aqueles positivados na LGPD, e implícitos, assim compreendidos aqueles extraídos do Texto Constitucional, de outras leis e do regime jurídico de proteção de dados pessoais.

Os princípios explícitos estão elencados, na sua maior parte, no art. 6º, I a X, da LGPD, consistindo no princípio da finalidade, no princípio da adequação, no princípio da necessidade, no princípio do livre acesso, no princípio da qualidade dos dados, no princípio da transparência, no princípio da segurança, no princípio da prevenção, no princípio da não discriminação e no princípio da responsabilização e prestação de contas. Também podem ser extraídos os princípios da boa-fé, da ampla defesa, do contraditório e da eficiência de outras disposições da LGPD.

Como princípios implícitos, podem ser mencionados, exemplificativamente, o princípio da proporcionalidade, o princípio da razoabilidade, o princípio da segurança jurídica, todos alicerçados solidamente em normas constitucionais que irradiam efeitos e fornecem elementos para se estabelecer os contornos da interpretação e da aplicação dos marcos normativos de proteção de dados pessoais.

Os fundamentos do Direito da Proteção de Dados Pessoais estão positivados no art. 2º, I a VII, da LGPD, estando consubstanciados no respeito à privacidade; na autodeterminação informativa; na liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; na inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; no desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; na livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e nos direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

A finalidade dessa área jurídica está expressamente prevista no art. 1º, *caput*, da LGPD, conforme descrito anteriormente, com enfoque na concretização e resguardo do direito fundamental à proteção de dados pessoais, já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal e pela doutrina especializada.

A criação de órgãos com atribuições exclusivamente voltadas para a proteção de dados pessoais também é um indicativo substancial da autonomia deste ramo da ciência jurídica. Assim como ocorreu com o direito do consumidor, cujos zelo, fiscalização e outras providências e metas são desempenhadas por órgãos típicos dessa área (e.g. SENACON e PROCONS), o direito da proteção de dados é resguardado, fiscalizado, regulamentado e articulado administrativamente pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), além de ser objeto de atuação propositiva por parte do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade (CNPD).

Cabe, igualmente, tratar do enquadramento do Direito da Proteção de Dados Pessoais como ramo do direito público ou do direito privado. Em seus primórdios com o HDSG, as normas desse campo jurídico tinham entidades públicas como destinatários, de sorte que se alocavam na órbita do direito público. Por outro lado, a primeira lei norte-americana, também de 1970, o *Fair Credit Reporting Act* regulava somente relações travadas por entidades privadas.¹⁵

O primeiro diploma que colocou entidades públicas e privadas no campo de aplicação das normas do Direito da Proteção de Dados Pessoais foi o sueco *Datalag*, de 1973. Na sequência, a lei federal alemã – o *Bundesdatenschutzgesetz* (BDSG) –, de 1977, estendeu igualmente a aplicação das normas desta disciplina para entidades públicas e privadas.¹⁶ No ordenamento brasileiro, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, de 2018, tem aplicação transversal a todas as entidades, na mesma linha das suas precursoras do Velho Continente.

Em vista disso, concordamos com o posicionamento do Professor Menezes Cordeiro, no sentido de que o Direito da Proteção de Dados Pessoais constitui um “ramo jurídico eclético”, com aplicação transversal a sujeitos de direito público e sujeitos de direito privado.¹⁷ Logo, trata-se de ramo com natureza mista, não havendo como inseri-lo exclusivamente no campo do Direito Privado, ou apenas no âmbito do Direito Público.

Além disso, a existência de perspectivas históricas, políticas e econômicas peculiares, bem como de questionamentos específicos, igualmente fundamentam e justificam o reconhecimento da autonomia de determinado ramo do Direito.

O Direito da Proteção de Dados Pessoais, formado pelos institutos, princípios, conceitos, sujeitos, finalidades e órgãos descritos acima tem seu nascimento vinculado com o desenvolvimento da economia de livre mercado e com as características sociais decorrentes do avanço do sistema capitalista através do processo da globalização. Inexistem registros diretos e específicos que possam ser qualificados como precedentes do Direito da Proteção de Dados Pessoais - como entendido nos dias de hoje – na Antiguidade ou na Idade Moderna.

Os antecedentes figuram nas preocupações e formulações relativas ao direito à privacidade, atrelado, de início, ao direito de estar só (*right to be let alone*), concebido a partir das investigações de Louis Brandeis e Samuel Warren contidas no artigo “*The right to privacy*”, publicado na *Harvard Law Review* em 1890.¹⁸

Daniel J. Solove, um dos grandes doutrinadores da área de *privacy law* e Professor da Escola de Direito da George Washington University, afirma que a literatura acadêmica produziu seis diferentes

concepções sobre a privacidade, cada qual focada em um eixo central: (1) o direito de estar só, defendido por Brandeis e Warren; (2) a ideia de acesso limitado ao eu (*limited access to the self*), entendida como a capacidade de se proteger do acesso indesejado de outros, sustentada por Ernest Van Den Haag, David O'Brien e Ruth Gavison; (3) a ideia de segredo/sigilo (*secrecy*), considerado como a ocultação de certos assuntos de outros, extraída dos escritos do Juiz Richard Posner e do psicólogo Sidney Jourard; (4) a ideia de controle sobre informações pessoais (*control over personal information*), definida como a capacidade de exercer controle sobre informações sobre si mesmo, amparada em autores como Alan Westin, Arthur Miller, Charles Fried e Ferdinand Schoeman; (5) a ideia de personalidade (*personhood*), no sentido da proteção da personalidade, individualidade e dignidade de uma pessoa, conforme argumentam os juristas Paul Freund e Edward Bloustein e os filósofos Jeffrey Reiman e Stanley Benn; e (6) a ideia de controle da intimidade (*intimacy*), ou acesso limitado aos mais íntimos relacionamentos ou aspectos da vida, defendida pelo cientista político Robert Gerstein, pela filósofa Julie C. Inness e pelo jurista Tom Gerety.¹⁹

No histórico do direito positivo, o pioneirismo, conforme anotado supra, coube aos alemães, com a Lei de Proteção de Dados do Estado de Hesse, de 1970. Nas décadas seguintes, sobrevieram leis gerais nacionais e comunitárias no continente europeu; leis setoriais nacionais e gerais estaduais nos Estados Unidos; leis gerais nacionais/federais na maior parte dos países da América Latina e no Canadá; e leis gerais nacionais em países asiáticos. Os Tribunais e as Autoridades Reguladoras também vêm contribuindo significativamente para a evolução histórica da disciplina.

Desde os anos 1990, com a consolidação global do fenômeno da internet, os gigantescos e desregrados fluxos, as diversas e opacas formas de armazenamento e os múltiplos e também pouco conhecidos usos de dados pessoais pelas corporações e pelos governos em ambientes digitais, característicos da *Black Box Society*, consubstanciam os principais fatores que levaram à demanda social, política e até econômica de regulação jurídica das atividades de tratamento de dados pessoais, seja para atender aos direitos dos titulares, seja para exigir padrões superiores de segurança da informação, principalmente no mundo virtual.

A concepção da sociedade contemporânea como uma *Black Box Society* foi elaborada pelo Professor Frank Pasquale em livro homônimo.²⁰ Segundo essa compreensão, vive-se, na quadra atual, numa sociedade em que, de um lado, instituições financeiras, governos e grandes empresas em geral rastreiam tudo o que cada indivíduo faz *online* e no mundo físico, mediante câmeras de vigilância, redes de sensores, variadas modalidades de *cookies*, entre outros instrumentos, transformando a vida de todos em livros abertos; porém, de outro lado, essas entidades têm prerrogativas amplamente abrangentes no campo do segredo comercial reforçadas por acordos de confidencialidade, e, no setor público, de níveis importantes de sigilo e confidencialidade ancorados em leis de segurança nacional.²¹

Práticas invisíveis de rotulagem e perfilamento dos cidadãos, inclusive por sistemas instalados progressivamente em carros, aviões e trens, são exercidas sem que a sociedade tenha uma ideia clara e precisa sobre quais dados pessoais são coletados, para quais finalidades são usados, por quanto tempo armazenados, com quais entidades compartilhados ou com quais consequências virtuais.²²

O jurista Wolfgang Hoffmann-Riem realiza diagnóstico semelhante a respeito do contemporâneo processo de transformação digital:

"A transformação digital, de fato, criou novos espaços e métodos para a geração, coleta e exploração de informações. No entanto, os procedimentos utilizados e os resultados obtidos só são acessíveis às pessoas afetadas ou ao público em geral de forma limitada. Muitas empresas, como os influentes intermediários de informação, evitam, na medida do possível, a transparência, em grande parte excluem a rastreabilidade dos procedimentos para terceiros, e assim impedem oportunidades para um controle externo efetivo – por exemplo, para descobrir seletividade unilateral ou para assegurar a responsabilidade e a prestação de contas. Entretanto, pode ser importante, tanto para os usuários e órgãos de supervisão, quanto para o público em geral como portadores de corresponsabilidade democrática, que o tratamento dos dados, incluindo sua utilização no contexto de grandes análises de dados, seja compreensível e controlável, na medida em que os interesses legais individuais ou coletivos podem ser adversamente afetados por eles."²³

Nesse cenário, a quadra histórica atual exige respostas legislativas e jurisdicionais aptas ao enfrentamento adequado destes fenômenos da *Black Box Society*, cabendo ao Direito da Proteção

de Dados Pessoais exercer papel de grande importância histórica, a fim de resguardar direitos da personalidade dos cidadãos contra usos abusivos e regular apropriadamente o tratamento de dados.

Na sequência da perspectiva histórica, podem ser visualizadas abordagens políticas sobre a proteção de dados pessoais, a depender da corrente política e ideológica examinada. No campo da direita, os liberais tendem a ser críticos da imposição de normas que tragam maiores ônus para as atividades das empresas e empreendedores em geral, o que é uma consequência inegável da legislação de proteção de dados pessoais. Costumam defender que basta a autorregulação por parte das empresas para que se tenha um ambiente jurídico adequado, inclusive no que tange às operações de tratamento de dados pessoais, mediante uma tutela construída em torno de um braço da *lex mercatoria*, no que vem sendo chamado *lex electronica* dentro do contexto da sociedade da informação.²⁴

Já os conservadores usualmente aderem às considerações de ordem econômica trazidas pelos liberais, porquanto críticos à intervenção do estado sobre o indivíduo, a família e as empresas. No entanto, a intromissão das corporações na vida privada dos indivíduos e das famílias – mediante coleta indiscriminada de dados, perfilamento e busca de manipulação de escolhas – viabiliza críticas sob a ótica conservadora.

Na órbita do centro político, os social-democratas tendem a apoiar a criação das regras e instituições que venham com o intuito de civilizar as relações econômicas, buscando “humanizar” o sistema capitalista. A partir desse substrato, justificam-se restrições à coleta, uso, compartilhamento e outras formas de tratamento de dados que consubstanciem exploração exacerbada dos mais fracos pelos mais fortes. As modernas correntes social-democratas não se alinham com a autorregulação pura defendida pelos liberais. Sustentam a autorregulação regulada ou a regulação como mecanismos indispensáveis para civilizar o livre mercado, mas sem a imposição de medidas ou normas excessivamente intervencionistas ou mesmo de estatização.

Já no campo da esquerda, os socialistas e comunistas defendem, em geral, que o direito é mero produto do sistema econômico em que está inserido, servindo, no capitalismo, como instrumento para apoiar e legitimar a exploração perpetrada pelos mais fortes, representados pela classe detentora dos meios de produção (burgueses), contra os mais fracos, representados pela classe desprovida dos meios de produção (trabalhadores). Nessa linha, o direito da proteção de dados teria como função garantir que a classe dominante continue coletando, usando, compartilhando e tratando os dados pessoais da classe dominada para atender e legitimar o projeto de dominação econômica, política, social, psicológica e biopolítica que caracteriza o sistema capitalista. Em termos específicos, os filiados a essa corrente política podem apontar que as chamadas bases legais para o tratamento de dados pessoais acabam chancelando a maior parte das operações de tratamento de dados pessoais realizadas pelas corporações e pelos governos, promovendo limitações superficiais e ilusórias para os controladores e operadores.

Shoshana Zuboff, por exemplo, defende a imposição de proibições à “lógica de acumulação” do “capitalismo da vigilância.” A estudiosa assim define o fenômeno:

“O capitalismo de vigilância reivindica de maneira unilateral a experiência humana como matéria-prima gratuita para a tradução em dados comportamentais. Embora alguns desses dados sejam aplicados para o aprimoramento de produtos e serviços, o restante é declarado como superávit comportamental do proprietário, alimentando avançados processos de fabricação conhecidos como “inteligência de máquina” e manufaturado em produtos de predição que antecipam o que um determinado indivíduo faria agora, daqui a pouco e mais tarde. Por fim, esses produtos de predições são comercializados num novo tipo de mercado para predições comportamentais que chamo de mercados de comportamentos futuros. Os capitalistas de vigilância têm acumulado uma riqueza enorme a partir dessas operações comerciais, uma vez que muitas companhias estão ávidas para apostar no nosso comportamento futuro.”²⁵

Em face dessa realidade, que oferece, na visão de Zuboff, uma ameaça à natureza humana, é imprescindível uma “resposta decisiva por parte da sociedade que constanja ou torne ilegal essa lógica de acumulação”, sob pena de o capitalismo de vigilância se tornar a forma de capitalismo dominante no nosso tempo.²⁶

Podem ser concebidas visões diferentes do Direito da Proteção de Dados Pessoais também no âmbito da economia, com destaque para liberais clássicos, neoinstitucionalistas, estruturalistas e

marxistas.

Os liberais clássicos sustentam que o Estado não deve intervir no domínio da economia, porquanto sua intromissão gera ineficiência e atrapalha o processo de destruição criativa, atribuído exclusivamente aos agentes econômicos privados. Nessa linha, uma regulação das operações de tratamento de dados pessoais implicará em perturbação dos fluxos econômicos, produzindo ineficiência e retardando a inovação e o desenvolvimento de novos produtos e serviços pelos empreendedores. A *lex electronica*, mencionada acima, seria suficiente.

Os neoinstitucionalistas reconhecem que as normas jurídicas fazem parte das instituições formais e que a sua adequação, formulação e *enforcement* são fatores essenciais para o desenvolvimento econômico das nações. As soluções de problemas envolvendo fluxos de dados pessoais tendem a ser endereçadas, sob a ótica neoinstitucionalista, a partir do direito de propriedade, mediante, *e.g.*, o pagamento de remuneração aos titulares de dados pessoais pelo uso feito pelas empresas com finalidade lucrativa. O objetivo de fundo consiste na redução dos custos de transação (busca, negociação e monitoramento) que se identificam nas relações que envolvem dados pessoais.

Os estruturalistas focam suas análises nas causas da pobreza das nações do terceiro mundo, defendendo que o subdesenvolvimento decorre de fatores econômicos, políticos, sociológicos e institucionais que consagram uma relação pautada pela dependência dos países em desenvolvimento com os países ricos. Na esfera da proteção de dados, a legislação pode ser vista como um elemento de prosseguimento da situação de dependência econômica, em especial tecnológica, dos países pobres com as potências centrais, haja vista que a exigência dos países ricos de que os subdesenvolvidos promovam uma aplicação muito rigorosa das regras de proteção de dados pessoais pode ser empregada para impedir ou retardar inovações tecnológicas e o desenvolvimento de novas estruturas industriais nas nações pobres. Em suma, as regras de proteção de dados podem servir como mais um meio para os ricos “chutarem a escada” do desenvolvimento e preservarem a relação de dependência dos países do terceiro mundo. As ferramentas de gestão de consentimento, os sistemas de implantação e gerenciamento virtual de *compliance* de dados e as tecnologias de aprimoramento da observância da privacidade e da proteção de dados (*privacy enhancing technologies* – PETs) estão sendo desenvolvidos majoritariamente pelos países ricos e tendem a dominar o mercado em poucos anos, em especial pela economia de escala que favorece empresas norte-americanas e europeias, podem ser interpretados como exemplos da manutenção da dependência das nações pobres também na órbita da chamada “economia da privacidade”.

Os economistas marxistas, por sua vez, podem identificar como novo elemento de mais-valia a apropriação de dados pessoais dos trabalhadores por parte dos seus empregadores, que passam a majorar seus lucros mediante o conhecimento detalhado da capacidade produtiva de cada obreiro e a conseqüente ampliação da exploração da força de trabalho, resultando crescimento da mais-valia. Um novo campo de mercantilização da vida privada, colocando aspectos fundamentais da vida como bens comercializáveis no sistema econômico, e obscurecendo as relações sociais de opressão subjacentes (fetichismo da mercadoria), também tende a ser apontado e criticado pelos marxistas sob a ótica econômica.

O paradigma provavelmente defendido pelos marxistas para a economia da privacidade tende a ser de proibição da maior parte das formas de tratamento de dados pessoais pelas empresas e fechamento de negócios baseados exclusiva ou predominantemente na coleta, análise e manipulação de dados pessoais – e, com isso, do comportamento dos titulares.

Falamos em probabilidade, em cada uma das linhas teóricas citadas, em razão de não se ter ainda uma sistematização ampla e aprofundada das ideias de qualquer dessas correntes por algum economista, jurista ou sociólogo no que atine especificamente à temática da proteção de dados pessoais.

Diante de todas as observações e dos argumentos lançados, percebe-se que existe todo um sistema jurídico e institucional de proteção de dados pessoais com especificidades e peculiaridades conceituais, de regime jurídico, de finalidades e outros elementos que lhe conferem unidade e homogeneidade, diferenciando-o dos demais ramos jurídicos. Soluções e controvérsias próprias dessa área já apareceram e continuarão desafiando os operadores do Direito para que se possa aplicar de forma coordenada as normas jurídicas de proteção de dados. Outrossim, apresenta, tal

como ocorre com as outras áreas da ciência jurídica, histórico próprio e dimensões de análise variadas sob a ótica dos campos da política e da economia.

4 Conclusão/Considerações finais

O presente artigo enfrentou temática fundamental para o desenvolvimento de estudos aprofundados sobre questões envolvendo proteção de dados pessoais e privacidade na contemporaneidade. A evolução e a lapidação de um campo jurídico dependem em larga medida da compreensão adequada sobre o seu conceito, o seu objeto e a sua autonomia, porquanto constituem a referência maior para a formação dos institutos, princípios, regras, meios e fins que lhe são próprios.

A investigação empreendida articulou, de início, o conceito e o objeto do Direito da Proteção de Dados Pessoais. Formulou-se um conceito a partir dos elementos e características centrais que são peculiares a essa área do direito, elencando igualmente as principais matérias examinadas no âmbito das normas regentes da proteção de dados pessoais em um ordenamento jurídico. Ato contínuo, apresentou-se proposição delimitativa do objeto do Direito da Proteção de Dados Pessoais, em linha com o conceito sustentado.

O estudo prosseguiu com uma análise sobre a autonomia do Direito da Proteção de Dados Pessoais. Sustentou-se, com base na doutrina jurídica especializada, que deve ser atribuída autonomia para o Direito da Proteção de Dados Pessoais dentro da ciência jurídica.

Neste contexto de autonomia do Direito da Proteção de Dados Pessoais, com conceito, objeto, institutos, princípios, regras, história, características, meios e fins próprios, conclui-se que não se trata apenas de um novo direito fundamental reconhecido constitucionalmente ou de um conjunto de direitos insculpidos na legislação ordinária através da LGPD, mas sim de um novo ramo da ciência jurídica.

5 Bibliografia

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

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MENDES, Laura. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, v. 25, n. 4, p. 1-18, out.-dez. 2020. Disponível em: [<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10828>]. Acesso em: 26.03.2022.

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

MENEZES CORDEIRO, A. Barreto. *Direito da proteção de dados: à luz do RGPD e da Lei 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2020.

PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

SARLET, Ingo. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: DONEDA, Danilo [et al] (Coord.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890.

ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

Jurisprudência

BRASIL, STF, ADI 6.387-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Rosa Weber, j. 07.05.2020, *DJe* 12.11.2020.

1 MENEZES CORDEIRO, A. Barreto. *Direito da proteção de dados: à luz do RGPD e da Lei 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 31.

2 *Ibidem*, p. 31.

3 *Ibidem*, p. 32.

4 MENDES, Laura. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, v. 25, n. 4, p. 1-18, out.-dez. 2020, p. 10. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10828>. Acesso em: 26.03.2022.

5 MENEZES CORDEIRO, A. Barreto. Op. cit., p. 32.

6 *Ibidem*, p. 32-33.

7 *Ibidem*, p. 35.

8 *Ibidem*, p. 35.

9 Por todos, pode ser referenciada a lição de Bruno Bioni: “O direito à proteção de dados pessoais angaria autonomia própria. É um novo direito da personalidade que não pode ser amarrado a uma categoria específica, em particular ao direito à privacidade. Pelo contrário, demanda-se uma correspondente ampliação normativa que clareie e não empole a sua tutela. A dinâmica da proteção dos dados pessoais foge à dicotomia do público e do privado, diferenciando-se substancialmente do direito à privacidade. (...) É um direito que opera fora da lógica binária do público e do privado, bastando que a informação esteja atrelada a uma pessoa – conceito de dado pessoal – para deflagrá-lo. (...) Há, portanto, uma série de liberdades individuais atreladas ao direito à proteção dos dados pessoais, que não são abraçadas pelo direito à privacidade. Além disso, o centro gravitacional da proteção dos dados pessoais é diferente do direito à privacidade – i. e., a percepção de que a sua tutela jurídica opera fora da dicotomia do público e do privado.

O direito à proteção dos dados pessoais deve ser alocado como uma nova espécie no 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, Bruno. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 94-96).

10 O Supremo Tribunal Federal reconheceu o caráter fundamental do direito à proteção dos dados pessoais, no julgamento da ADI 6.387, de relatoria da Min. Rosa Weber, que dizia respeito à validade de normas da MP 954/2020, a qual determinava às empresas de telefonia o fornecimento ao IBGE dos nomes, endereços e telefones de mais de 100 milhões de brasileiros. O novo direito teve sua extração alicerçada, segundo o voto do Ministro Luiz Fux, na interpretação integrada da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da garantia processual do habeas data (art. 5º, LXXII). (BRASIL, STF, ADI 6.387-MC, Tribunal Pleno, rel. Min. Rosa Weber, j. 07.05.2020, *DJe* 12.11.2020).

11 SARLET, Ingo. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: DONEDA, Danilo [et al] (Coord.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

12 MENEZES CORDEIRO, A. Barreto. Op. cit., p. 35. Na jurisprudência do TJUE, Menezes Cordeiro menciona TJUE 8-abr.-2014, proc. C-293/12 e C-594/12 (*Digital Rights Ireland*), parágrafo 40.

13 Ibidem, p. 35.

14 MENDES, Laura. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. Posição 789.

15 MENEZES CORDEIRO, A. Barreto. Op. cit., p. 39.

16 Ibidem, p. 39.

17 Ibidem, p. 39.

18 WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890.

19 SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy*. Cambridge: Harvard University Press, 2008. Posições 159-474.

20 PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015. p. 2-3.

21 Ibidem, p. 2-3.

22 Ibidem, p. 2-3.

23 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 106-107.

24 DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020. Posição 7569.

25 ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021. p. 21-22.

26 Ibidem, p. 85.