

A IMPORTÂNCIA DA IMPLEMENTAÇÃO DA AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS.

THE IMPORTANCE OF IMPLEMENTING THE NATIONAL DATA PROTECTION.

Isabella Macedo Torres¹



RESUMO: A proteção de dados constitui direito autônomo na Europa desde os anos 2000, e a implementação de uma autoridade com vistas a fiscalizar e unificar a legislação se desenvolve desde a década de 70 no Velho Continente. No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados já enfrenta polêmicas, como a concernente à Autoridade Nacional de Proteção de Dados, que, até o momento, possui natureza jurídica transitória. O presente trabalho tem por escopo discorrer sobre o conceito de privacidade, e por fim, sobre a importância do caráter independente que deve ser conferido à Autoridade Nacional de Proteção de Dados brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Autoridade Nacional de Proteção de Dados; Lei Geral de Proteção de Dados; proteção de dados; natureza jurídica regulatória.

ABSTRACT: Data protection has been an autonomous right in Europe since the 2000s, and the implementation of an authority to enforce the law has been underway since the 1970s on the Old Continent. In Brazil, the General Data Protection Law already faces some controversies, such as the one concerning the National Data Protection Authority, which, until now, has a transitory legal nature. The purpose of this paper is to discuss the concept of privacy, and finally, the importance of the independent character that should be given to the Brazilian National Data Protection Authority.

KEYWORDS: National Data Protection Authority; General Data Protection Law; data protection; regulatory legal nature.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A mudança de perspectiva sobre o conceito de privacidade: *the right to be alone* ao direito de autodeterminação informativa. 2. A perspectiva brasileira sobre proteção de dados: legislações esparsas sobre o tema e precedentes jurisprudenciais. 3. A perspectiva de funcionamento da Autoridade Nacional de Proteção de Dados brasileira. 3.1. A polêmica acerca de sua natureza jurídica transitória. 3.2. A importância da Autoridade Nacional de Proteção de Dados. 4. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. The change of perspective on the concept of privacy: the right to be alone to the right of informative self-determination. 2. The brazilian perspective on data protection: sparse legislation on the subject and jurisprudential precedents. 3. The perspective of functioning of the Brazilian National Data Protection Authority. 3.1. The controversy over

¹Mestranda em Direito Constitucional pelo PPGDC da Universidade Federal Fluminense – UFF. Pós-graduada em Direito e Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ/PGE. Foi assessora de órgão julgador do TJERJ. Advogada.

its transitory legal nature. 3.2. The importance of the National Data Protection Authority. 4. Conclusion. References.

Introdução

Quem controla o passado, controla o futuro; quem controla o presente, controla o passado.
George Orwell, “1984”

O trecho de “1984”, de George Orwell, um dos precursores da chamada literatura distópica, encaminha-nos ao tema central deste artigo, que tem por objetivo discorrer brevemente acerca da importância da implementação de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados, prevista na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, no formato de órgão regulador, a fim de que haja resguardo de direitos fundamentais, dando-se ênfase à importância de sua atuação com independência em relação a três atores: a iniciativa privada, o ente estatal e os cidadãos.

Para tanto, abordar-se-á, sinteticamente, a evolução jurisprudencial e legislativa da proteção de dados, com ênfase no cenário europeu, território onde o tema se desenvolve desde o início do século XX, incluindo-se aí a presença de diversas autoridades de proteção de dados, mesmo antes do advento da atual lei de proteção de dados europeia.

Posteriormente, salientar-se-á a perspectiva brasileira, em que o direito à proteção de dados somente foi previsto de forma reflexa em diferentes legislações, cabendo, muitas vezes, à jurisprudência delinear sua proteção, até o atual momento, em que recentemente saímos do período de *vacatio legis* da Lei Geral de Proteção de Dados, com previsão de uma Autoridade Nacional de natureza jurídica até então de caráter transitório.

Sendo assim, tendo em vista a perspectiva e experiência internacional, o presente trabalho discorrerá sobre a importância da natureza jurídica regulatória para a Autoridade Nacional, tendo em vista o caráter dialético normativo da Lei Geral de Proteção de Dados, cujo escopo se coaduna com o da regulação, ressaltando-se a importância de seu funcionamento independente, de forma a evitar o controle do indivíduo por parte ou da iniciativa privada ou do ente estatal, evitando-se, assim, uma possível realidade distópica, em que qualquer movimento está sujeito a rastreamento.

1. A mudança de perspectiva sobre o conceito de privacidade: *the right to be alone* ao direito de autodeterminação informativa.

Vigilância. Privacidade. Dois conceitos caros para a humanidade – mormente em se tratando dos tempos correntes –, e que foram explorados de distintas maneiras em diferentes contextos.

A privacidade, que, em um primeiro momento, se relacionava ao valor patrimônio, dizia respeito à proteção da propriedade privada dos domínios do Estado, coincidindo, portanto, com os primórdios dos valores liberais.

Ao longo dos anos, nota-se que ao valor privacidade foram dados diferentes enfoques. Os cidadãos, que porventura pudessem representar perigo à hegemonia e poderio estatal, deveriam ser constantemente observados, para que se evitassem, ou, ao menos, se mantivesse o controle, de possíveis levantes populares.

Foucault, em sua obra “Vigiar e Punir”, já nos alertava para o perigo da vigilância dos corpos, pois, desse modo, indivíduos poderiam ser facilmente controlados (e manipulados) pelas forças estatais, que se utilizavam dos “recursos ao bom adestramento”:

O exercício da disciplina supõe um dispositivo que obrigue pelo jogo do olhar: um aparelho onde as técnicas que permitem ver induzam a efeitos de poder, e onde, em troca, os meios de coerção tornem claramente visíveis aqueles sobre quem se aplicam. Lentamente, no decorrer da época clássica, são construídos esses “observatórios” da multiplicidade humana para as quais a história das ciências guardou tão poucos elogios. Ao lado da grande tecnologia dos óculos, das lentes, dos feixes luminosos, unida à fundação da física e da cosmologia novas, houve as pequenas técnicas das vigilâncias múltiplas e entrecruzadas, dos olhares que devem ser vistos; uma arte obscura da luz e do visível preparou em surdina um saber novo sobre o homem, através de técnicas para sujeitá-lo e processos para utilizá-lo².

Porém, apesar das tentativas de subordinação estatal por parte de poderes soberanos e, àquela época, absolutistas, o direito à privacidade, em sua acepção clássica, sendo imanente ao indivíduo, ganhou relevo na Declaração Universal do Homem e do Cidadão:

Artigo 12: Ninguém será sujeito a interferências em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Nota-se, dessa forma, que o direito à privacidade relacionava-se à proteção da vida pessoal do indivíduo, sendo oriunda do direito à intimidade. E, “do mesmo modo que o direito

² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Tradução: Raquel Ramallete. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2006, p. 165.

à propriedade permita repelir o esbulho dos bens materiais, a privacidade permitia afastar a interferência alheia sobre a vida íntima de cada um”³.

No liberalismo clássico, o termo privacidade estava sedimentado na expressão *the right to be alone*, ou direito a não ser perturbado. Tal conceito estava pautado em uma conduta negativa por parte do ente estatal, de não interferência na individualidade e vida privada de um cidadão.

Em 1890, Samuel Warren e Louis Brandeis, em artigo que é considerado marco na mudança de perspectiva do conceito clássico de privacidade, abordaram a mudança de concepção dos valores individuais, tais como vida e propriedade, a partir do reconhecimento da essência do homem, que vai além de sua vertente física. Dentre os valores preconizados, destaca-se o *right to be let alone*, expressão que os autores atribuem ao juiz Cooley, ao referir-se à invasão da privacidade por parte de setores da mídia e dos demais meios de comunicação, que expunham a olhos alheios momentos íntimos dos indivíduos⁴.

Um direito que era visto sob o prisma dos ideais burgueses, passou, por conseguinte, a ressonar, a partir daquele momento, como um direito que se estendia tanto às minorias⁵, quanto às opiniões dominantes, relacionando-se à livre manifestação e ao desenvolvimento da personalidade⁶.

Rodotá, inclusive, discorre sobre o surgimento de um paradoxo, haja vista a proteção da propriedade privada, por meio de uma conduta absenteísta do Estado e de terceiros, não ser suficiente para proteger a plena liberdade do indivíduo⁷.

³ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p. 135.

⁴ “Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right “to be let alone”. Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the predictions that “what is whispered in the closet shall be proclaimed from the housetops”. WARREN, Samuel D., BRANDEIS, Warren. *The right to privacy*. *Harvard Law Review*. Vol. 4, No. 5 (Dec. 15, 1890). Disponível em https://www.jstor.org/stable/1321160?seq=1#metadata_info_tab_contents. Acesso em 20.jan.2020

⁵ Assim assevera Schreiber: “Note-se que, nessa concepção inicial, a proteção à privacidade assumia uma conotação puramente negativa, porque, assim como a propriedade, impunha aos outros tão somente um dever geral de abstenção (não fazer). As semelhanças não param por aí: tal qual a propriedade, a privacidade era vista como uma aspiração excluída do horizonte das classes operárias e dos marginalizados. Albert Bendich chegaria a firmar que “pobreza e privacidade são simplesmente contraditórias. E a privacidade acabaria identificada com um direito da “era de ouro da burguesia”, limitado às pessoas ricas e famosas, preocupadas em manter sua vida íntima a salvo da bisbilhotice alheia”. In: SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, cit., p. 135.

⁶ RODOTÁ, Stephano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodan de Moraes. Tradução: Danilo Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 16.

⁷ RODOTÁ, Stephano. *A vida*, cit., p. 16.

Durante a década de 60, houve pouco progresso no tocante ao tema, e a relação analisada era eminentemente entre o Estado e os cidadãos, sem que houvesse enfoque quanto à iniciativa privada:

A disciplina de proteção dos dados pessoais foi, sem dúvida, incubada pelos impulsos tecnocráticos dentro da administração pública que seguiram o pós-guerra e que, na década de 1960, com a concorrência da informática, inspiraram projetos como os do *National Data Center* ou o SAFARI. O paradigma inicial para uma reflexão doutrinária partiu justamente da reação a esses projetos, para logo depois fundamentar as primeiras iniciativas legislativas na matéria [...]. Os primeiros sistemas de proteção de dados pessoais preocupavam-se basicamente com o Estado, como administrador dos dados de seus cidadãos [...]⁸.

Desde então, constatou-se uma mudança de perspectiva sobre o assunto e, após alguns ensaios quanto a uma legislação que protegesse de fato o indivíduo da interferência em sua intimidade, a partir da década de 70, alguns países do continente europeu enfatizaram uma legislação que compreendesse o direito à privacidade, tanto em relação à ausência de interferência na esfera individual, quanto, também, à autodeterminação do indivíduo.

A Alemanha Ocidental se notabilizou tanto pela inovação legislativa quanto jurisprudencial. Quanto à legislação, em 1970 foi editada a Lei do Land de Hesse e em 1977 o país contava com legislação específica sobre proteção de dados.

Já no tocante à jurisprudência, nos anos 80, a Suprema Corte, no que se denominou de Julgamento do Censo, estabeleceu robustas normas quanto à proteção de dados pessoais, conferindo-lhe *status* de direito fundamental, tendo, ainda, reconhecido o direito dos cidadãos à autodeterminação informativa, sendo-lhe garantido, ao menos em princípio, decidir sobre a coleta e o uso de seus dados pessoais⁹:

Vários foram os motivos que levaram a Corte a reconhecer esta profunda incompatibilidade. Um deles foi a observação que, caso os dados recolhidos fossem utilizados ao mesmo tempo para fins administrativos e estatísticos (como no caso da possibilidade de retificação do registro civil a partir dos dados do censo), estaria caracterizada a diversidade de finalidades, que impediria que o cidadão conhecesse o uso efetivo que seria feito de suas informações. [...] O Tribunal, desta forma, reconheceu a necessidade de se observar o princípio da finalidade na coleta de dados pessoais¹⁰.

⁸ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 205 e 206.

⁹ VAINZOF, Rony. *Dados pessoais, tratamento e princípios*. In: Comentários ao GPDR. Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. 4ª tiragem. Coordenação: MALDONADO, Viviane Nóbrega. ÓPICE BLUM, Renato. São Paulo: Thompson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019, p. 38 e 48.

¹⁰ DONEDA, Danilo. *Da privacidade*, cit., ps. 194 e 195.

Os Estados Unidos, por sua vez, contavam com alguns precedentes sobre o tema, tendo sido editados o *Fair Credit Reporting Act*, em 1970, e quatro anos depois o *Privacy Act*¹¹. Além destes, pode-se citar o *Health Insurance Portability and Accountability Act* (1996), o *Electronic Communications Privacy Act* (1986), o *Video Privacy Protection Act* (1988), o *Children's Privacy Protection Act* (1998)¹². Entretanto, não há previsão constitucional sobre o tema, restando à Suprema Corte aplicar a quarta emenda em casos específicos, diferentemente do que se verifica em solo europeu¹³.

De volta ao Velho Continente, na década de 80, em decorrência da mudança de perspectiva não apenas do conceito de privacidade, mas tendo em vista a efemeridade das trocas comerciais e informacionais ao redor do globo, a OCDE – *Organisation for Economic Co-operation and Development*, editou algumas *guidelines*, visando a que os países componentes da União Europeia pudessem se orientar para que, devido às transações, não houvesse interferência na esfera privada dos indivíduos, haja vista a necessidade de tentar conciliar desenvolvimento econômico e proteção da privacidade.

Foram publicados, portanto, dois documentos considerados de suma importância: *Privacy Guidelines*, em 1980, e *Declaration on Transborder Data Flows*, em 1985, cujos textos estipulavam padrões normativos de proteção de dados, “a fim de assegurar o livre fluxo de informações entre seus países-membros”, devendo estes incorporar os princípios previstos, criando-se, assim, um ambiente regulatório uniforme¹⁴. Dentre as orientações, destaque-se, principalmente, a *Fair Information Practice Principles – FIPPs*, pela qual o indivíduo deve participar de todo o fluxo informacional referente a seus dados.

Posteriormente, durante os anos 90, foi editada a Diretiva 95/46, considerada a primeira legislação europeia sobre proteção de dados. Tais normas foram oriundas não apenas das *guidelines*, mas também de legislações esparsas, e visavam a garantir aos cidadãos mais proteção frente ao poderio estatal, devido às novas nuances de trocas de dados advindas da expansão da tecnologia¹⁵.

¹¹CUEVA, Ricardo Villas Boas. *A proteção de dados pessoais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. In: *Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no direito brasileiro*. 2ª Tiragem. Coordenação: TEPEDINO, Gustavo, FRAZÃO, Ana e OLIVA, Milena Donato. São Paulo: Thompson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019, p. 87.

¹² VAINZOF, Rony. *Dados pessoais*, cit., p. 38.

¹³ GOMES, Rodrigo Dias de Pinho. *Big Data, desafios à tutela da pessoa humana na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Iuris*, 2017, ps. 79 e 81.

¹⁴ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais, a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Editora Forense – Edição do Kindle, 2019, ps. 115 e 116.

¹⁵ Conforme Rodotá: “Esta evolução andou junta com o desenvolvimento – iniciado no começo dos anos 70 – dos

Ressalte-se também a existência do *Article 29 Working Party* (WP 29), que se caracterizava por ser um órgão consultivo independente, cujas funções foram assumidas, a partir de 2002, pelo *European Data Protection Board*¹⁶.

O direito à privacidade de dados foi alçado a direito autônomo na Carta de Direitos Fundamentais da Europa, promulgada nos anos 2000, com previsão expressa em seu artigo 8º, que estipula a proteção de dados pessoais, dando-se prioridade ao consentimento do titular ou em outra base legítima estabelecida por lei:

Artigo 8º: Proteção de dados pessoais

1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.
3. O cumprimento destas regras fica sujeito à fiscalização por parte de uma autoridade independente¹⁷.

A jurisprudência passou a convergir no sentido de que o direito à privacidade, em um contexto de autodeterminação informativa, exige uma dupla faceta: além da negativa, acima exposta, exige-se, também, uma contraprestação positiva, no sentido de o titular decidir sobre qual tratamento quer destinar a seus próprios dados, sendo este, portanto, o conceito de autodeterminação.

Após o Fórum Mundial de Davos, em 2012, em reportagem publicada no *New York Times*, afirmou-se que vivemos na era do *Big Data*, cujo conceito foi sucintamente delineado pelo *Article 29 Working Party*¹⁸, e, recentemente, trazido à tona pelo Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio:

inúmeros instrumentos nacionais e internacionais. Ao lado da primeira geração de leis nacionais sobre privacidade, outras iniciativas devem ser lembradas. A OCDE em 1980 e o Conselho da Europa em 1981 adotaram dois instrumentos nesta área – respectivamente, os Princípios Diretrizes e a Convenção 108. Em 1995, com a Diretiva da Comunidade Europeia 95/46, foi explicitamente afirmado que a aproximação de leis “não deve resultar numa diminuição da proteção que elas proporcionam, mas devem, ao contrário, procurar garantir um alto nível de proteção”. Em 2000, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia reconheceu a proteção de dados como um direito autônomo. Este pode ser considerado o último ponto de uma longa evolução, separando a privacidade da proteção de dados”. RODOTÁ, Stephano. *A vida*, cit., p. 16.

¹⁶ ÓPICE BLUM, Renato e ARANTES, Camila Rioja. *Comentários ao GPDR*, cit., p. 228.

¹⁷ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000/C 364/01). Disponível em https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf Acesso em 31.01.2020.

¹⁸ “*Big data refers to the exponential growth both in the availability and in the automated use of information: it refers to gigantic digital datasets held by corporations, governments and other large organisations, which are then extensively analysed (hence the name: analytics) using computer algorithms. Big data can be used to identify more general trends and correlations but it can also be processed in order to directly affect individuals*”.

O conjunto de dados cuja existência só é possível em consequência da coleta massiva de dados que se tornou possível nos últimos anos, graças à onipresença de aparelhos e sensores na vida cotidiana e do número crescente de pessoas conectadas a tais tecnologias por meio de redes digitais e também de sensores¹⁹.

Tais dados se tornaram mercadorias preciosas, uma vez que, tendo posse de tais informações, seu conteúdo se torna facilmente comercializável. Não à toa, diz-se de forma reiterada que “os dados são o novo petróleo”.

Considerando-se, portanto, que a Diretiva 95/46 tornava-se obsoleta devido ao enorme fluxo de informações trocadas cotidianamente, foi publicada a *General Data Protection Regulation* – GPDR, ou Regulamento Geral sobre Proteção de Dados da União Europeia. A legislação tem fundamental importância, pois o direito à autodeterminação se torna mais proeminente nos dias correntes.

Não apenas isso: em uma era da conexão em rede, indivíduos, que muitas vezes mantêm mais relações via internet do que pessoalmente, sentem a necessidade de compartilhar informações de sua vida pessoal em redes sociais – e, para que tenham acesso a ela, dados também são fornecidos²⁰.

Em termos de leis de proteção de dados, encontramos-nos no que a doutrina denomina de quarta geração legislativa, em que o consentimento do titular é determinante.

A primeira geração de leis despontou após a Segunda Guerra Mundial, a partir do momento em que o ente estatal percebeu que “as informações pessoais dos seus cidadãos são úteis para planejar e coordenar as suas ações para um crescimento ordenado”²¹, momento em que alguns países cogitaram a criação dos *National Data Centers*, que consistiriam em um banco com informações unificadas. O foco, neste período, era o ente governamental, com o estabelecimento de normas que impedissem o desvirtuamento de dados pelo uso da tecnologia.

¹⁹ GOMES, Rodrigo de Pinho. *Big data*, cit., p. 3 e 19.

²⁰ Nota Bauman: “Uma vez que finquem seus pés numa escola ou numa comunidade, seja ela física ou eletrônica, os sites de “rede social” se espalham à velocidade de uma “infecção virulenta ao extremo”. Com muita rapidez, deixaram de ser apenas uma opção entre muitas para se tornarem o endereço default de um número crescente de jovens, homens e mulheres. Obviamente, os inventores e promotores das redes eletrônicas tocaram uma corda sensível – ou num nervo exposto e tenso que há muito esperava o tipo certo de estímulo. Eles podem ter motivos para se vangloriar de terem satisfeito uma necessidade real, generalizada e urgente. E qual seria ela? “No cerne das redes sociais está o intercâmbio de informações pessoais.” Os usuários ficam felizes por “revelarem detalhes íntimos de suas vidas pessoais”, “fornecerem informações precisas” e “compartilharem fotografias”. Estima-se que 61% dos adolescentes britânicos com idades entre 13 e 17 anos “têm um perfil pessoal num site de rede” que possibilite “relacionar-se on-line”. BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo, a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, p. 6.

²¹ Bioni, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais*, cit., p. 111.

Já o que se denominou de segunda geração de leis tem enfoque não apenas no ente estatal, mas na iniciativa privada, que também tem a capacidade de lidar com grandes bancos de dados. Nessa fase, não mais o Estado é responsável por gerir a atividade regulatória de proteção de dados, mas o próprio titular, o que também se destaca como característica da terceira geração legislativa, estágio em que “as normas de proteção de dados pessoais procuram assegurar a participação do indivíduo sobre todos os movimentos dos seus dados pessoais: da coleta ao compartilhamento”²².

Por fim, a quarta geração tem como escopo primordial o estabelecimento de autoridades independentes visando à aplicação das leis, além de proposições normativas, relativizando o consentimento do indivíduo, muito embora não o tenha eliminado:

A sua centralidade permaneceu sendo o traço marcante da abordagem regulatória. Tanto é verdade que, em meio a esse processo evolutivo, o consentimento passou a ser adjetivado, devendo ser livre, informado, inequívoco, explícito e/ou específico, tal como ocorreu no direito comunitário europeu. Essa distribuição de qualificadores acaba, portanto, por desenhar um movimento refratário em torno do papel de destaque do consentimento quase como sendo sinônimo de autodeterminação informacional²³.

As *guidelines* da OCDE situam-se entre a terceira e a quarta geração de leis de proteção de dados pessoais, tratando-se de “normas que elevam o próprio titular dos dados pessoais como o seu grande protagonista. A própria noção do que seja um tratamento de dados pessoais justo e lícito é vinculada ao consentimento do indivíduo”²⁴.

Levando-se em consideração o fato de ser um direito imanente ao indivíduo, o fundamento do direito à privacidade encontra guarida no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana²⁵, sendo este vetor preponderante, sobretudo, quando da análise de casos pelos tribunais europeus:

En relación con el valor de la dignidad como pilar del derecho a la intimidad, la jurisprudencia constitucional se pronuncia sobre el mismo, definiendo la privacy como un derecho “estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana (...), entrañando la intimidad personal constitucionalmente garantizada la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana (SSTC 231/1988,

²² Bioni, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais*, cit., p. 113.

²³ Bioni, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais*, cit., p. 115.

²⁴ Bioni, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais*, cit., p. 117.

²⁵ CARRILLO, Marc. *Los ámbitos del derecho a la intimidad en la sociedad de la comunicación. In: El derecho a la privacidad em un nuevo entorno tecnológico. XX Jornada de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Madrid: Imprensa ROAL, 2016, p. 23 e 24.*

fundamento jurídico 3º; 179/1991, fundamento jurídico 3º; y 20/1992, fundamento jurídico 3º).

Portanto, tendo em vista que o compartilhamento de dados está presente de forma corriqueira em nosso cotidiano, a legislação sobre proteção de dados se torna de maior importância, considerando-se que o compartilhamento e, muitas vezes, venda, de tais informações nem sempre conta com o consentimento do cidadão.

Saliente-se, entretanto, que há perspectivas que analisam a privacidade não apenas como um valor individual, mas como um valor vital à sociedade: Daniel Solove tece interessante observação sobre a análise de Etzioni, que critica teorias que descrevem a liberdade individual como um valor que se sobrepõe os valores sociais. Para este autor, devido à prevalência dos valores utilitaristas, raramente direitos individuais, sobretudo de minorias, prevalecem frente a valores da maioria.

Por outro lado, Solove nos remete a John Dewey, que, ao analisar indivíduo e sociedade, discorre que bens individuais e sociais devem ser correlacionados, e não estar em lados antagônicos, ressaltando que direitos devem ser valorados conforme sua contribuição à sociedade – visão esta com a qual Solove concorda²⁶.

Especificamente no que se refere o Brasil, também aqui há evolução legislativa, mesmo que esta tenha se dado de forma um pouco mais tímida.

2. A perspectiva brasileira sobre proteção de dados: legislações esparsas sobre o tema e precedentes jurisprudenciais.

Recentemente, foi submetido ao Superior Tribunal de Justiça o REsp 1.758.799 – MG, cujo julgamento originou acórdão de relatoria da Ministra Nancy Andrigui.

No caso, a Corte decidiu que comercializar ou disponibilizar dados pessoais de consumidores sem que haja comunicação a seu titular é capaz de gerar dano moral presumido. Conforme a relatora, as informações sobre o consumidor possuem valor econômico, motivo

²⁶ Segundo SOLOVE: “Like Dewey, I contend the value of protecting the individual is a social one. Society involves a great deal of friction, and we are constantly clashing with one another. Part of what makes a society a good place in which to live is the extent to which it allows people freedom from the intrusiveness of others. A society without privacy protection would be oppressive. When protecting individual rights, we as a society swxsw to hold back in order to receive the benefits of creating free zones for individuals to flourish. SOLOVE, Daniel J. *Nothing to hide – the false tradeoff between privacy and security*”. New Haven and London: Yale University Press, 2008, ps. 49 e 50.

pelo qual “o banco de dados constitui serviço de grande utilidade, seja para o fornecedor, seja para o consumidor, mas, ao mesmo tempo, atividade potencialmente ofensiva a direitos da personalidade deste”²⁷:

Mesmo a jurisprudência baseada nas leis hoje vigentes já tem surgido até mesmo propondo a presunção do dano moral em razão do tratamento ilegítimo de dados pessoais, inaugurando a tese do dano moral *in re ipsa* nesses casos (REsp 1.758.799, Rel. Nancy Andrighi, Julg. 12-11-2019). Ou mesmo chancelando a atuação de órgãos do Ministério Público quanto à requisição de informações sobre tratamento de dados pessoais a empresas controladoras dos dados (Processo nº 0722935-57.2019.8.07.0001, DJe 20-11-2019), a despeito da *vacatio legis* da LGPD.

Não obstante predomine na doutrina moderna o direito à autodeterminação informativa do titular de dados, conforme se abordou em tópico anterior, o conceito de privacidade sofreu alterações ao longo dos anos para que se chegasse a essa conclusão, e a recente decisão do STJ apenas ressoa o que os tribunais europeus há muito tempo convergem no sentido de que o cidadão tem o direito a decidir o destino de seus dados pessoais.

Em território brasileiro, muito embora a Constituição da República consagre em seu artigo 5º, inciso X, o direito à privacidade, doutrina e jurisprudência reconhecem sua incidência sobre a proteção de dados pessoais.

Portanto, apesar de não constituir direito autônomo, ao contrário do que já ocorria na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, não é de hoje que o Brasil ensaia sua legislação sobre proteção de dados, que encontrava previsão, de forma reflexa, na Lei do *Habeas Data*, no Código de Defesa do Consumidor, no Código Civil e, recentemente, no Marco Civil da Internet²⁸.

Danilo Doneda, inclusive, já ressaltava que, não obstante a proteção de dados ser oriunda da tutela da privacidade e constituir garantia de caráter instrumental, sua origem não esteve apenas limitada a esse direito, motivo pelo qual enfatiza o instituto do *habeas data*, previsto na Constituição de 1988, e regulamentado pela Lei 9.507/97²⁹.

Inclusive, o autor faz menção a leis estaduais, originárias dos estados de São Paulo e Rio de Janeiro, anteriores a 1988, que permitiam o acesso e retificação de dados pessoais, e

²⁷ ALVES, Fabrício da Mota e VIEIRA, Gustavo Afonso Sabóia. *Sem a ANPD, a LGPD é um problema, não uma solução. Entrada em vigor da lei sem a instalação de fato da ANPD geraria uma imensa insegurança jurídica*. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/anpd-lgpd-problema-solucao-06012020> Acesso em 15.jan.2020

²⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direito ao esquecimento e proteção de dados pessoais na Lei 13.709/2018: distinções e potenciais convergências*. *Lei Geral de proteção de dados*, cit., p. 368.

²⁹ DONEDA, Danilo. *Da privacidade*, cit., p. 326.

que já continham em seu bojo princípios que apenas atualmente foram consagrados na LGPD: a finalidade (artigo 6º, I) e o consentimento informado (artigo 7º, I)³⁰.

Na década de 90, já após a promulgação da Constituição da República, o Código de Defesa do Consumidor trouxe previsão expressa, em seu artigo 43, sobre a tutela do direito de acesso e retificação de registros, deixando claro que a inclusão do consumidor em cadastros dependeria de sua expressa autorização³¹.

Bruno Bioni, ao comentar o intuito da legislação consumerista de prover ao consumidor o direito de controlar suas informações pessoais, indica que esta norma seguiu o padrão regulatório das *FIPPs*, já mencionadas no tópico anterior³².

Porém, embora seja claro para a doutrina que a legislação tenha conferido ao consumidor o controle em relação a suas informações pessoais, sobretudo na formação de banco de dados³³, tendo em vista sua notória hipossuficiência, há polêmica em torno da recente lei do cadastro negativo, que insere em bancos de dados nomes de cidadãos considerados “confiáveis” para o mercado, sem que, para tanto, seja necessário seu consentimento, bastando simples informação de que houve inserção, fato este que vem causando enorme desconforto entre os

³⁰DONEDA, Danilo. *Da privacidade*, cit., ps. 329 e 330. “Trata-se, no Rio de Janeiro, da Lei Estadual nº 824, de 28 de dezembro de 1984, originária de projeto do deputado estadual Eduardo Chuay, que “Assegura o direito de obtenção de informações pessoais contidas em bancos de dados operando no Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências”; e em São Paulo, da Lei Estadual nº 5702 de 5 de junho de 1987, que “Concede ao cidadão o direito de acesso às informações nominais sobre sua pessoa”. Note-se que a lei paulista refere-se textualmente aos dados em arquivos da administração pública, “inclusive fichários policiais”, o que parece indicar qual seria a provável motivação da norma”.

³¹ BIONI, Bruno. *Proteção de dados*, cit., p. 124. Conforme o autor: “Note-se a amplitude do dispositivo em questão, que alcança todo e qualquer dado pessoal do consumidor, indo muito além, portanto, dos bancos de dados de informações negativas para fins de concessão de crédito. A racional do legislador foi alcançar todo e qualquer banco de dados que atinja o livre desenvolvimento da personalidade do consumidor”.

³² BIONI, Bruno. *Proteção de dados*, cit., p. 125 e 126.

³³ Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

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

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

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

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

§ 6º Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor. ([Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015](#)) ([Vigência](#))

especialistas da área.

Em relação ao sigilo das operações de instituições financeiras, este foi assegurado pela Lei Complementar nº 105 de 2001, abrangendo instituições públicas e privadas que lidavam com dados classificados como sensíveis³⁴.

Em 2002, o Código Civil previu, dentre o rol dos direitos à personalidade, o direito à privacidade. Porém, apesar de sua vital importância não apenas ao indivíduo, mas à vida em sociedade, Schreiber salienta que o tema não foi adequadamente abordado pela legislação³⁵:

A verdade é que o Código Civil brasileiro deu à privacidade um tratamento inadequado. Em primeiro lugar, dedicou um único artigo à matéria, cuja importância se renova a cada dia na sociedade contemporânea. [...] Não obstante isso, empregou a expressão vida privada, revelando certa indiferença à recente evolução do conceito de privacidade, que abandonou uma concepção mais restrita, limitada ao círculo de intimidade da pessoa humana, para abarcar a proteção aos dados e informações pessoais. Sobre esse último aspecto, a codificação não trouxe uma palavra sequer. Não é exagero dizer que o Código Civil ignorou a vasta amplitude do tema, cuja compreensão é essencial para perceber o importante papel reservado à tutela da privacidade no século XXI.

Além das legislações esparsas, a jurisprudência, desde 1995, já tratava sobre autodeterminação informativa, conforme salientou o Ministro Cueva³⁶:

É bem verdade que os primeiros acórdãos a mencionar esse novo conceito de privacidade diziam respeito à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos cadastros negativos de crédito. Foram as primeiras oportunidades em que o STJ se debruçou sobre o tema. Como se sabe, o art. 43 do CDC garante ao interessado o direito de acesso a seus registros, bem como o direito de corrigir a informação neles existentes, além de conter regra de prescrição. Assim é que o Ministro Ruy Rosado, no julgamento do mencionado recurso especial, associou expressamente a tutela consumerista do direito de acesso e retificação de registros (art. 43 do CDC) à matriz constitucional da proteção da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, da Constituição Federal), indicando o avanço significativo de nosso ordenamento rumo a uma proteção adequada a essa outra dimensão da privacidade.

Destaque-se acórdão que se notabilizou à época, de relatoria do Ministro Ruy Rosado, que aplicou princípios da jurisprudência alemã quando da análise do tema:

A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído em uma das preocupações do Estado moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, permitem o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos

³⁴ GOMES, Rodrigo de Pinho. *Big Data*, cit., p. 114.

³⁵ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, cit., p. 134.

³⁶ CUEVA, Ricardo Villas Boas. *Lei Geral de Proteção de Dados*, cit., p. 89.

mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita a sua intimidade; ao mesmo tempo, o cidadão objeto dessa indiscriminada colheita de informações, muitas vezes, sequer sabe da existência de tal atividade, ou não dispõe de eficazes meios para conhecer o seu resultado, retificá-lo ou cancelá-lo. E assim como o conjunto dessas informações pode ser usado para fins lícitos, públicos ou privados, na prevenção ou repressão de delitos, ou habilitando o particular a celebrar contratos com pleno conhecimento de causa, também pode servir ao Estado ou ao particular, para alcançar fins contrários à moral ou ao direito, como instrumento de perseguição política ou opressão econômica (STJ, REsp. 22.337-8-RS, relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 20.04.1995).

Já no REsp 1.348.532/SP, de relatoria do Ministro Salomão, ficou estabelecido que:

É abusiva e ilegal cláusula prevista em contrato de prestação de serviços de cartão de crédito, que autoriza o banco contratante a compartilhar dados dos consumidores com outras entidades financeiras, assim como com entidades mantenedoras de cadastros positivos e negativos de consumidores, sem que seja dada opção de discordar daquele compartilhamento. A cláusula posta em contrato de serviço de cartão de crédito que impõe a anuência com o compartilhamento de dados pessoais do consumidor é abusiva por deixar de atender a dois princípios importantes da relação de consumo: transparência e confiança. A impossibilidade de contratação do serviço de cartão de crédito, sem a opção de negar o compartilhamento dos dados do consumidor, revela a exposição que o torna indiscutivelmente vulnerável, de maneira impossível de ser mensurada e projetada. De fato, a partir da exposição de seus dados financeiros, abre-se possibilidade para intromissões diversas na vida do consumidor. Conhecem-se seus hábitos, monitoram-se a maneira de viver e a forma de efetuar despesas. Por isso, a imprescindibilidade da autorização real e espontânea quanto à exposição. (REsp 1.348.532/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 10.10.2017).

Percebe-se, portanto, a crescente preocupação com o compartilhamento de dados na jurisprudência que, na ausência de uma legislação específica, deu o contorno para situações concretas, cunhando importantes precedentes no que tange ao assunto.

E, apesar de toda a evolução legislativa em solo europeu, apenas no século XXI o Brasil deu um passo a mais em relação à proteção de dados: o Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014, foi a primeira legislação que discorreu sobre as relações que os indivíduos mantêm em rede, tendo sido resultado de manifestações contra a regulamentação da internet por meio de leis penais. Por este motivo, há previsão de garantias e direitos no ambiente eletrônico³⁷.

A legislação previu expressamente o termo “privacidade” em seu texto³⁸, tanto em seu artigo 7º e incisos, quanto no artigo 8º, e estabelece a nulidade das cláusulas que violem o direito à privacidade³⁹. Saliente-se que, após revelações de Edward Snowden sobre espionagem

³⁷ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais*, cit., p. 127 e 128.

³⁸ GOMES, Rodrigo Dias de Pinho. *Big Data*, cit., p. 87.

³⁹ Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes

feita pela Agência Nacional de Segurança, o MCI sofreu algumas alterações em seu texto, para que às normas sobre privacidade fosse conferida determinante rigidez:

Apenas a título de ilustração, o art. 7º detinha apenas cinco incisos, passando a ter, no cenário “pós-Snowden”, oito incisos, sendo que todos eles foram direcionados para a proteção dos dados pessoais. Com o acréscimo de tais dispositivos, houve uma alteração de ordem qualitativa no arranjo normativo do MCI, tendo sido o usuário eleito como o grande protagonista para desempenhar a proteção de seus dados pessoais⁴⁰.

Essa legislação sofreu intensa influência do princípio da autodeterminação informacional para a proteção de dados pessoais, priorizando o consentimento do indivíduo em relação ao fluxo de dados, sobretudo em ambiente virtual⁴¹.

Posteriormente, a fim de se adaptar ao Regulamento Europeu de Proteção de Dados

direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;

V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet;

VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet;

XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e

XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que:

I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou

II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil.

⁴⁰ Bioni, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais*, cit., p. 129.

⁴¹ Bioni, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais*, cit., p. 130.

e às *guidelines*⁴² da OCDE⁴³, foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei nº 13.709/18, devido a exigências da União Europeia de que, tanto países membros do bloco, quanto aqueles que tenham interesse em manter relações econômicas, possuam uma legislação própria de proteção de dados pessoais, para que se resguardem, primordialmente, direitos fundamentais, seja dos cidadãos, seja de atores da iniciativa privada.

Constam da redação da LGPD os seguintes princípios, em consonância com as *guidelines*:

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

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

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

⁴² PART TWO. BASIC PRINCIPLES OF NATIONAL APPLICATION

Collection Limitation Principle

7. There should be limits to the collection of personal data and any such data should be obtained by lawful and fair means and, where appropriate, with the knowledge or consent of the data subject.

Data Quality Principle

8. Personal data should be relevant to the purposes for which they are to be used, and, to the extent necessary for those purposes, should be accurate, complete and kept up-to-date.

Purpose Specification Principle

9. The purposes for which personal data are collected should be specified not later than at the time of data collection and the subsequent use limited to the fulfilment of those purposes or such others as are not incompatible with those purposes and as are specified on each occasion of change of purpose.

Use Limitation Principle

10. Personal data should not be disclosed, made available or otherwise used for purposes other than those specified in accordance with Paragraph 9 except: a) with the consent of the data subject; or b) by the authority of law.

Security Safeguards Principle

11. Personal data should be protected by reasonable security safeguards against such risks as loss or unauthorised access, destruction, use, modification or disclosure of data.

Openness Principle

12. There should be a general policy of openness about developments, practices and policies with respect to personal data. Means should be readily available of establishing the existence and nature of personal data, and the main purposes of their use, as well as the identity and usual residence of the data controller.

Individual Participation Principle

13. An individual should have the right: a) to obtain from a data controller, or otherwise, confirmation of whether or not the data controller has data relating to him; b) to have communicated to him, data relating to him within a reasonable time; at a charge, if any, that is not excessive; in a reasonable manner; and in a form that is readily intelligible to him; c) to be given reasons if a request made under subparagraphs(a) and (b) is denied, and to be able to challenge such denial; and d) to challenge data relating to him and, if the challenge is successful to have the data erased, rectified, completed or amended.

Accountability Principle

14. A data controller should be accountable for complying with measures which give effect to the principles stated above.

Disponível

em

<https://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesonthe protectionofprivacyandtransborderflowsofpersonal data.htm#guidelines> Acesso em 20.jan.2020

⁴³ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais*, cit., p. 121.

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

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

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

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

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

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

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

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

Em conformidade com as diretrizes internacionais e seguindo a mesma toada que originou o texto do Marco Civil da Internet, a Lei Geral de Proteção de Dados teve como tônica o consentimento do indivíduo em relação à utilização de seus dados.

Contudo, a passagem por esses objetivos legais e a garantia de uma matriz de autodeterminação do indivíduo caminha necessariamente pela construção de um órgão regulador, tal como previsto na redação original do Projeto de Lei nº 53 de 2018 e trazido pela recente Lei nº 13.853 de 2019.

Não obstante, embora a lei siga diretrizes comuns ao cenário europeu, há lacunas relevantes, além de certa polêmica quanto aos atos advindos da Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD), cuja função inicial, caso tivesse natureza jurídica de órgão regulador, seria intermediar as relações entre governo, iniciativa privada e o lado mais frágil dessa relação, o cidadão, cujos dados estão à mercê de possível (má) utilização.

3. A perspectiva de funcionamento da Autoridade Nacional de Proteção de Dados brasileira

3.1. A polêmica acerca de sua natureza jurídica transitória

O Projeto de Lei 53⁴⁴, em seu artigo 55, previu a constituição de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados sob a forma de agência reguladora, de acordo com o que se depreende do §1º:

Art. 55. Fica criado o órgão competente, Autoridade Nacional de Proteção de Dados, integrante da administração pública federal indireta, submetido a regime autárquico especial e vinculado ao Ministério da Justiça.

§ 1º A Autoridade deverá ser regida nos termos previstos na Lei no 9.986, de 18 de julho de 2000.

Entretanto, o então presidente Michel Temer vetou o artigo que discorria acerca de sua implementação e natureza jurídica, sob o argumento de que havia inconstitucionalidade formal por vício de origem. Isso porque, como se trata de órgão que estaria na estrutura do Poder Executivo, caberia a este poder legislar sobre o tema, conforme estabelece o artigo 61, §1º, II, alíneas *a* e *e* da Constituição da República:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

[...]

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

Este vício é classificado pela doutrina como inconstitucionalidade formal ou orgânica, pois os atos advêm de órgãos que não possuem competência para tanto, o que se verifica no caso em comento.

O Supremo Tribunal Federal, quando da análise da inconstitucionalidade orgânica, em um primeiro momento, se manifestou pela possibilidade de que este vício poderia ser sanado caso houvesse sanção do projeto de lei pelo chefe do Poder Executivo, o que ensejou a criação da Súmula 5: “A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo”⁴⁵.

⁴⁴ Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio – ITS Rio. *Proposta para a criação da Autoridade Brasileira de Proteção aos Dados Pessoais*. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2018/12/autoridade-protecao-de-dados.pdf> Acesso em 14.jan.2020

⁴⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 68 e 69.

Entretanto, após manifestações da doutrina quanto ao assunto, houve mudança de entendimento quanto ao tema, e o Supremo passou a se manifestar pela impossibilidade de se suprir o vício de origem, conforme se denota dos seguintes arestos:

ADI 700

REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. APOSENTADORIA E VANTAGENS FINANCEIRAS. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. VÍCIO QUE PERSISTE, NÃO OBSTANTE A SANÇÃO DO RESPECTIVO PROJETO DE LEI. PRECEDENTES. 1. Dispositivo legal oriundo de emenda parlamentar referente aos servidores públicos estaduais, sua aposentadoria e vantagens financeiras. Inconstitucionalidade formal em face do disposto no artigo 61, §1º, II, c, da Carta Federal. 2. É firme na jurisprudência do Tribunal que a sanção do projeto de lei não convalida o defeito de iniciativa. Precedentes. Procedência da ação. Inconstitucionalidade da Lei nº 1.786, de 09 de janeiro de 1991, do Estado do Rio de Janeiro.

(STF – ADI: 700, Relator: Min. Maurício Corrêa, Data de Julgamento: 23/05/2001, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 24-08-2001)

“SERVIDOR PÚBLICO – REAJUSTE DE VENCIMENTOS – OMISSÃO ATRIBUÍDA AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA – PRETENDIDA EXISTÊNCIA, COM BASE NA LEI Nº 7.706/88, DA OBRIGAÇÃO DE O PRESIDENTE DA REPÚBLICA – PRETENDIDA EXISTÊNCIA, COM BASE NA LEI Nº 7.706/88, DA OBRIGAÇÃO DE O PRESIDENTE DA REPÚBLICA FAZER INSTAURAR O PROCESSO LEGISLATIVO – IMPOSSIBILIDADE DE MERA LEI ORDINÁRIA IMPOR, EM CARÁTER OBRIGATÓRIO, AO CHEFE DO EXECUTIVO, O EXERCÍCIO DE PODER DE INICIATIVA LEGISLATIVA O INICIATIVA VINCULADA DAS LEIS, QUE SÓ SE JUSTIFICA EM FACE DE EXPRESSA PREVISÃO CONSTITUCIONAL – PLEITO QUE BUSCA A FIXAÇÃO, PELO PODER JUDICIÁRIO, DE PERCENTUAL DE REAJUSTE DE VENCIMENTOS – INADMISSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA RESERVA DE LEI E POSTULADO DA DIVISÃO FUNCIONAL DO PODER – MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. A INICIATIVA DAS LEIS – QUE POSSUI MATRIZ CONSTITUCIONAL – NÃO PODE SER DETERMINADA EM SEDE MERAMENTE LEGAL. A disciplina jurídica do processo de elaboração das leis tem matriz essencialmente constitucional, pois residem, no texto da Constituição – e nele somente –, os princípios que refém o procedimento de formação legislativa, inclusive aqueles que concernem ao exercício do poder de iniciativa das leis. – A teoria geral do processo legislativo, ao versar a questão da iniciativa vinculada das leis, adverte que esta somente se legitima – considerada a qualificação eminentemente constitucional do poder de agir em sede legislativa – se houver, no texto da própria Constituição, dispositivo que, de modo expresso, a preveja. Em consequência desse modelo constitucional, nenhuma lei, no sistema de direito positivo vigente no Brasil, dispõe de autoridade suficiente para impor, ao Chefe do Executivo, o exercício compulsório do poder de iniciativa legislativa. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI FORMAL TRADUZ LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO. – A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. – Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 – 143/57 – rtj 146/461-462 – rtj 153/765, V.G.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios

critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação dos poderes.
(STF – MS: 22690 CE, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 17/04/197, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 07-12-2006).

O veto, porém, foi objeto de diversas polêmicas, havendo severas críticas no sentido de que tenha sido feito de forma estratégica, haja vista não ser do interesse de alguns governantes que a Autoridade funcionasse de forma independente, pois, uma vez que isso ocorresse, também o Poder Executivo estaria a ela submetido:

Ao revogar, em uma tacada só, os dois dispositivos previstos na LGPD original, eliminou-se o comando legal que previa importante mecanismo de informação e transparência ao titular de dados pessoais para garantia de seus direitos. Revogou-se, também, competência regulamentar prevista à ANPD, que poderia disciplinar de forma eficiente e eficaz a forma pela qual o direito à informação do titular de dados pessoais seria protegido sem inviabilizar o bom desenvolvimento de políticas públicas. A MP 869/2018 criou, dessa maneira, assimetria regulatória injustificável e perigosa, ao exigir do Poder Público reduzido grau de *accountability* diante de eventual tratamento de dados pessoais.
A crítica que se coloca ao debate é, portanto, no sentido de se alertar para a reduzida capacidade legal de a ANPD regular e fiscalizar a atuação do Poder Público no tratamento de dados pessoais. Essa deficiência não nos parece casual mas, sim, desenhada com claro intuito limitador. Desde já, aponta preocupante possibilidade de propósitos distorcidos no tratamento de dados de cidadãs e cidadãos por órgãos e entidades públicas⁴⁶.

Após análise legislativa, quando da publicação da Lei 13.709/18, a Autoridade passou a estar submetida à Presidência da República, e não mais possuía natureza de agência reguladora, conforme se destaca:

Art. 55-A. Fica criada, sem aumento de despesa, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD, órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República.

§ 1º A natureza jurídica da ANPD é transitória e poderá ser transformada pelo Poder Executivo em entidade da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada à Presidência da República.

§ 2º A avaliação quanto à transformação de que dispõe o § 1º deste artigo deverá ocorrer em até 2 (dois) anos da data da entrada em vigor da estrutura regimental da ANPD.

⁴⁶ VASCONCELOS, Beto e PAULA, Felipe de. *A autoridade nacional de proteção de dados: origem, avanços e pontos críticos*. *Lei geral de proteção de dados*, cit., p. 733.

§ 3º O provimento dos cargos e das funções necessários à criação e à atuação da ANPD está condicionado à expressa autorização física e financeira na lei orçamentária anual e à permissão na lei de diretrizes orçamentárias.

Se lhe fosse conferida natureza jurídica de órgão regulador, a Autoridade funcionaria de forma independente, o que facilitaria sua atuação com a devida autonomia que é requerida de um órgão regulador.

Inclusive, essa é a tônica conferida pela Lei das Agências Reguladoras, Lei 13.848/19, que, em seu artigo 3º, preceitua:

Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

Apesar da importância da independência de um órgão regulador, e da experiência no direito comparado no que tange a órgãos similares que funcionam de forma desassociada do Estado, foi conferida natureza jurídica transitória à Autoridade, pelo prazo de dois anos, pela Lei 13.853/19, até que esta seja definida.

3.2. A importância da previsão da Autoridade Nacional de Proteção de Dados

A atividade regulatória tem por objetivo precípuo ser um ponto de equilíbrio entre direitos fundamentais: de um lado, o direito à livre concorrência⁴⁷ (inciso IV do artigo 174 da Constituição), e, de outro, a proteção a direitos fundamentais de destinatários de serviços, haja vista ser o indivíduo alicerce do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana⁴⁸.

Modernamente, dá-se destaque ao posicionamento de Cass Sustein, que tentou “buscar as razões de legitimação da regulação, entendida, no contexto norte-americano, como qualquer forma de intervenção do Estado na economia e nas relações sociais”. Para Sustein “é possível reformar e interpretar as medidas regulatórias de uma maneira que seja fundamentalmente baseada nos compromissos constitucionais e promova, num ambiente

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do Direito e suas repercussões no âmbito administrativo*. In: *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Coordenação: Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 45.

⁴⁸ NESTER, Alexandre Wagner. *A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. A constitucionalização do Direito e suas repercussões no âmbito administrativo*. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*, cit., p. 417.

radicalmente transformado, os objetivos centrais do sistema constitucional – liberdade e bem-estar”⁴⁹.

No Brasil, especificamente, após intensa alteração sofrida no cenário econômico no início dos anos 90⁵⁰, após período marcado por inchaço e monopólio estatal, a Constituição de 1988 foi a primeira a dedicar um capítulo específico à ordem econômica, prevendo em seu “artigo 2º, inciso IV, [...] a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho [...]” e a detalhar no artigo 170 os princípios a serem seguidos pelo Estado⁵¹, além de estipular hipóteses de intervenção direta na economia quando presentes os imperativos da segurança nacional e relevante interesse coletivo, conforme se constata no artigo 173, bem como a função fiscalizadora e regulatória, cuja previsão encontra guarida no artigo 174⁵².

Essa mudança de perspectiva foi responsável por diversas consequências no cenário nacional, mas, principalmente, pela “diminuição expressiva da atuação empreendedora do Estado”. Sua responsabilidade foi, então, transferida para “o campo da regulação e fiscalização dos serviços delegados à iniciativa privada e das atividades econômicas que exigem regime especial”. Esse cenário foi campo fértil para a criação das agências reguladoras, inspiradas nos modelos das *agencies* norte-americanas⁵³, consumando “a mutação do papel do Estado em relação à ordem econômica”⁵⁴.

Sendo as agências reguladoras autarquias em regime especial, sua principal característica é a atuação com independência em relação ao poder que as instituiu e aos agentes por ela regulados, traço este que as distingue das demais autarquias. Possuem também alguns privilégios específicos, visando justamente ao exercício de suas funções sem interferência⁵⁵, estando, entre estes: mandato independente dos dirigentes das agências, cuja exoneração deve ser precedida de processo administrativo ou judicial (mandatos sucessivos e nomeação

⁴⁹ CYRINO, André Rodrigues. *Direito Constitucional Regulatório*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 43.

⁵⁰ CYRINO, André Rodrigues. *Direito Constitucional Regulatório*, cit., p. 44.

⁵¹ WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade Civil Estatal por Intervenção no Ordenamento Econômico*. In: *Direito Administrativo e Democracia Econômica*. Coordenação: Daniela Bandeira de Freitas e Vanice Regina Lírio do Valle. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Fórum, 2012, ps. 183 a 204.

⁵² WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade Civil Estatal*, cit., ps. 183 a 204.

⁵³ CYRINO, André Rodrigues. *Direito Constitucional Regulatório*, cit., p. 43.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Direito Administrativo*, cit., p. 45.

⁵⁵ GUERRA, Sérgio. *Teoria da Captura da Agência Reguladora em sede pretoriana*, p. 331. Disponível em <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/42475/41195>

submetida à apreciação prévia do Senado Federal); autonomia orgânica e funcional, contando com organização colegiada, e, por último, independência decisória⁵⁶.

Conforme nota Rony Vainzof⁵⁷:

Buscar o equilíbrio entre interesses sociais e econômicos, entre o público e o privado, entre liberdade, proteção e segurança, que jamais podem se contrapor, muito pelo contrário, devem ser indissociáveis, complementares e absolutamente compatíveis, sempre foi o maior desafio e a pedra de toque em termos regulatórios.

O escopo regulatório se coaduna com um dos objetivos centrais da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, cujo caráter dialético normativo⁵⁸ deve ser ressaltado, haja vista proteger tanto direitos fundamentais dos cidadãos (art. 1º), quanto o desenvolvimento econômico-tecnológico e da inovação (art. 2º)⁵⁹:

Sendo a proteção do consumidor e a dignidade da pessoa humana erigidas como princípios da ordem econômica pela Constituição Federal (art. 170, caput e inciso V, da Constituição Federal) que conformam a livre-iniciativa, mostra-se ainda mais pertinente o diagnóstico dessa dupla faceta de leis gerais de proteção de dados pessoais, especialmente para se cumprir com o que foi programado em termos de ordem econômica pelo texto constitucional⁶⁰.

Como já dito, o direito à proteção de dados, embora não tenha previsão expressa na Constituição da República, advém não apenas do direito à intimidade, previsto no rol de direitos do artigo 5º, inciso XI, encontrando também resguardo no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

⁵⁶ *Ibidem*, ps. 213 a 220.

⁵⁷ VAINZOF, Rony. *Comentários ao GDPR*, cit., p. 38.

⁵⁸ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais*, cit., ps. 109 e 110.

⁵⁹ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

⁶⁰ Bioni, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais*, cit., p. 108.

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados se baseia na experiência europeia, que já contava com órgãos independentes desde a década de 70. A GPDR, em seu artigo 51, contou com a previsão das denominadas *DPAs – Data Protection Authorities*, que funcionam de forma independente, possuindo como principais finalidades fiscalizar e aplicar a lei de proteção de dados com jurisdição restrita ao território onde estão situadas. Tais autoridades integram o *European Data Protection Board*, o Conselho de Proteção de Dados Europeu⁶¹, dentre cujas funções se destacam a elaboração de guias que irão auxiliar na interpretação da lei.

Inclusive, como já salientado anteriormente, o artigo 8º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, ao prever a proteção de dados como um direito autônomo, destacou a fiscalização por uma autoridade com caráter independente.

Destaque-se que o artigo 52 da GPDR menciona que tais autoridades deverão funcionar de forma independente, pois esta característica é essencial à correta aplicação da norma, não devendo existir qualquer influência externa no exercício de suas funções, além de o mesmo artigo garantir que seus membros atuem com independência funcional (característica inerente aos membros de uma agência reguladora no Brasil)⁶².

Incluem-se, dentre as principais funções das *DPAs*, além das que já foram citadas, que constituem, na verdade, seu objetivo essencial: “(i) a conscientização do público em geral e empresas sobre regras, efeitos e direitos tutelados pelo GDPR; (ii) aconselhamento, em observância à legislação dos Estados Membros, o Parlamento, o Governo, instituições e outros entes sobre medidas (legislativas ou não) relacionadas à proteção de dados das pessoas singulares; (iii) prestação de informações; (iv) análise das reclamações dos titulares de dados; (v) investigações de ilícitos; (vi) acompanhamento de fatos novos relevantes; (vii) orientações sobre o estabelecimento de procedimentos de tratamento de dados e códigos de conduta, ademais de incentivar procedimentos de certificação em proteção de dados, dentre outros”⁶³.

A mesma função desempenhará a Autoridade Nacional de Proteção de Dados brasileira, auxiliando na integração nacional e estabelecendo interpretações em relação à lei, o que evitará tratamento diferenciado quando da análise de casos concretos⁶⁴:

⁶¹ ÓPICE BLUM, Renato e ARANTES, Camila Rioja. *Comentários ao GDPR*, cit., ps. 228 e 229.

⁶² ÓPICE BLUM, Renato e ARANTES, Camila Rioja. *Comentários ao GDPR*, cit., ps. 233 e 234.

⁶³ ÓPICE BLUM, Renato e ARANTES, Camila Rioja. *Comentários ao GDPR*, cit., p. 239.

⁶⁴ Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio – ITS Rio. *Proposta para a criação da Autoridade Brasileira de Proteção aos Dados Pessoais*. Disponível em <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2018/12/autoridade-protecao-de-dados.pdf> Acesso em 14.jan.2020.

Considerando a efetiva tutela dos dados pessoais no Velho Continente, através das chamadas quarta geração de leis, que estabelecem limitações e regras rígidas sobre o consentimento, instituindo procedimentos estritos de coleta, tratamento, compartilhamento e armazenamento dos dados pessoais, tem-se a ideia de que seria árdua a tarefa de conciliá-las com o universo trazido pelo *big data*, tornando o instituto até obsoleto⁶⁵.

São evidentes as semelhanças com as funções das *DPA*s, conforme se observa do artigo 55-J da Lei Geral de Proteção de Dados:

Art. 55-J. Compete à ANPD:

- I - zelar pela proteção dos dados pessoais, nos termos da legislação;
- II - zelar pela observância dos segredos comercial e industrial, observada a proteção de dados pessoais e do sigilo das informações quando protegido por lei ou quando a quebra do sigilo violar os fundamentos do art. 2º desta Lei;
- III - elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade;
- IV - fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso;
- V - apreciar petições de titular contra controlador após comprovada pelo titular a apresentação de reclamação ao controlador não solucionada no prazo estabelecido em regulamentação;
- VI - promover na população o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e das medidas de segurança;
- VII - promover e elaborar estudos sobre as práticas nacionais e internacionais de proteção de dados pessoais e privacidade;
- VIII - estimular a adoção de padrões para serviços e produtos que facilitem o exercício de controle dos titulares sobre seus dados pessoais, os quais deverão levar em consideração as especificidades das atividades e o porte dos responsáveis;
- IX - promover ações de cooperação com autoridades de proteção de dados pessoais de outros países, de natureza internacional ou transnacional;
- X - dispor sobre as formas de publicidade das operações de tratamento de dados pessoais, respeitados os segredos comercial e industrial;
- XI - solicitar, a qualquer momento, às entidades do poder público que realizem operações de tratamento de dados pessoais informe específico sobre o âmbito, a natureza dos dados e os demais detalhes do tratamento realizado, com a possibilidade de emitir parecer técnico complementar para garantir o cumprimento desta Lei;
- XII - elaborar relatórios de gestão anuais acerca de suas atividades;
- XIII - editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, bem como sobre relatórios de impacto à proteção de dados pessoais para os casos em que o tratamento representar alto risco à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos nesta Lei;
- XIV - ouvir os agentes de tratamento e a sociedade em matérias de interesse relevante e prestar contas sobre suas atividades e planejamento;
- XV - arrecadar e aplicar suas receitas e publicar, no relatório de gestão a que se refere o inciso XII do caput deste artigo, o detalhamento de suas receitas e despesas;
- XVI - realizar auditorias, ou determinar sua realização, no âmbito da atividade de fiscalização de que trata o inciso IV e com a devida observância do disposto no inciso II do caput deste artigo, sobre o tratamento de dados pessoais efetuado pelos agentes de tratamento, incluído o poder público;

⁶⁵ GOMES, Rodrigo Dias de Pinho. *Big Data*, cit., p. 85.

XVII - celebrar, a qualquer momento, compromisso com agentes de tratamento para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa no âmbito de processos administrativos, de acordo com o previsto no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942;

XVIII - editar normas, orientações e procedimentos simplificados e diferenciados, inclusive quanto aos prazos, para que microempresas e empresas de pequeno porte, bem como iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem startups ou empresas de inovação, possam adequar-se a esta Lei;

XIX - garantir que o tratamento de dados de idosos seja efetuado de maneira simples, clara, acessível e adequada ao seu entendimento, nos termos desta Lei e da [Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 \(Estatuto do Idoso\)](#);

XX - deliberar, na esfera administrativa, em caráter terminativo, sobre a interpretação desta Lei, as suas competências e os casos omissos;

XXI - comunicar às autoridades competentes as infrações penais das quais tiver conhecimento;

XXII - comunicar aos órgãos de controle interno o descumprimento do disposto nesta Lei por órgãos e entidades da administração pública federal;

XXIII - articular-se com as autoridades reguladoras públicas para exercer suas competências em setores específicos de atividades econômicas e governamentais sujeitas à regulação; e

XXIV - implementar mecanismos simplificados, inclusive por meio eletrônico, para o registro de reclamações sobre o tratamento de dados pessoais em desconformidade com esta Lei.

Percebe-se que a LGPD teve por objetivo consolidar as disposições concernentes ao tratamento de dados, não sendo a primeira legislação a discorrer sobre a privacidade. A previsão de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados que atue de forma independente, dando cumprimento aos dispositivos legais que preceituam aplicação uniforme da legislação, garantiria não apenas a proteção do cidadão, mas teria o potencial de garantir certa estabilidade e segurança jurídica também às entidades que lidam com tratamento de dados⁶⁶.

Outra questão recorrente que gera polêmica é a ausência de *expertise* técnica dos membros da agência reguladora. Em virtude dos diversos problemas enfrentados em nosso país, houve um manifesto⁶⁷ em prol da tecnicidade dos membros que irão compor a Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Pertinente que seja citado importante estudo produzido pela FGV/SP, em que se constatou a ausência de qualificação técnica dos dirigentes de agências indicados em relação à

⁶⁶ “Nesse sentido, o que fez a LGPD foi justamente sistematizar e regular pontos que, em outras leis, ficam insuficientes, abstratos ou obscuros, de forma a trazer um pouco mais de clareza e modernidade jurídico-regulatória para todos os agentes de tratamento de dados. Não é alarmismo, portanto, dizer que quem trata dados hoje está, em algum nível, exposto ao risco elevado de demandas judiciais inconsequentes, enquanto não houver a implementação da ANPD”. ALVES, Fabrício da Mota e VIEIRA, Gustavo Afonso Sabóia. *Ibidem*. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/anpd-lgpd-problema-solucao-06012020> Acesso em 15.jan.2020.

⁶⁷ BRASSCOM. *Manifesto pela tecnicidade dos membros do conselho diretor da autoridade nacional de proteção de dados*. Disponível em <https://brasscom.org.br/manifesto-pela-tecnicidade-dos-membros-do-conselho-diretor-da-autoridade-nacional-de-protecao-de-dados-2/> Acesso em 14.jan.2020.

área de atuação, o que compromete efetivamente suas decisões, concluindo-se que muitos dos cargos de dirigentes atendem a meras finalidades partidárias⁶⁸:

A *expertise* técnica dos dirigentes é, em muitos casos, questionável. Foi realizada uma análise curricular de todos os dirigentes das agências selecionadas. Constatou-se que apenas 58% têm trajetória profissional conexas com a função de dirigente da Agência Reguladora. Há relação com a trajetória profissional ao cargo de direção quando o dirigente tenha dedicado parcela substancial de sua experiência profissional ao tema relacionado com a função da agência ao qual foi nomeada. E, como não poderia deixar de ser, outro não é o entendimento dos especialistas quando se trata de proteção de dados, tendo em vista o grande fluxo de informações cotidianas⁶⁹:

De outro lado, houve de fato enorme e efetiva aprendizagem com os exemplos existentes. Ele aponta que especialização, qualificação técnica, velocidade e consistência decisória (com conseqüente segurança jurídica aos agentes), aprofundamento temático e, essencialmente, autonomia administrativa e financeiro-orçamentária das entidades gestoras de políticas de proteção de dados pessoais seriam fundamentais à sua implementação, fiscalização e *enforcement*. A rápida mutação no setor exige tecnicidade, atualização constante, conhecimento de ponta e garantia de atuação independente.

Pertinente trazer à tona importante posicionamento de Stephano Rodotà no que tange à previsão da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, que se alinha com a quarta geração legislativa, momento em que a proteção do fluxo de dados não está a cargo apenas do indivíduo – tendo em vista a autodeterminação informativa –, estando também sujeita à regulação por uma autoridade independente⁷⁰:

[...] a proteção de dados estabelece regras sobre os mecanismos de processamento de dados e estabelece a legitimidade para a tomada de medidas – *i.e.* é um tipo de proteção dinâmico, que segue o dado em todos os seus movimentos. Adicionalmente, a supervisão e outros poderes não são somente conferidos às pessoas interessadas (os sujeitos de dados), mas são também entregues a uma autoridade independente. A proteção não é mais deixada somente aos sujeitos de dados, uma vez que existe um órgão público permanente responsável por isso. Logo, há uma redistribuição de poderes sociais e legais se formando. É de fato o fim da linha de um longo processo evolutivo experimentado pelo conceito de privacidade – de uma definição original como o direito de ser deixado em paz, até o direito de controle sobre as informações de alguém e determinar como a esfera privada deve ser construída.

⁶⁸ JORDÃO, Eduardo e RIBEIRO, Maurício Portugal. *Como desestruturar uma agência Reguladora em passos simples*. In: *Journal Of Institutional Studies* (2017). Revista Estudos Institucionais, Vol. 3, 1, 2017. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/GRP_arquivos/sumario_executivo_grp_-_pep_01.pdf Acesso em 19.dez.2019

⁶⁹ VASCONCELOS, Beto e PAULA, Felipe de. *Lei Geral de Proteção de Dados*, cit., p. 723.

⁷⁰ RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade*, cit., p. 17.

A previsão de autoridades administrativas independentes com a função de proteger dados decorre da Diretiva 46/95/CE, sendo característica intrínseca do modelo europeu⁷¹, datando, inclusive, algumas delas, de anos anteriores, como é o caso da *Datenschutzbeauftragter*, autoridade alemã da década de 70⁷².

Não apenas a Europa conta com tais autoridades, mas diversos outros países que visam à adesão à União Europeia. Ressalte-se, inclusive, que na América do Sul apenas Argentina e Uruguai contam com Autoridades Nacionais de Proteção de Dados que se adequam às exigências do bloco⁷³.

Nos Estados Unidos, por sua vez, há o denominado *Federal Trade Commission*, cujo intuito é fiscalizar a utilização de dados pessoais em relações de consumo⁷⁴:

Estes órgãos são hoje parte fundamental da estrutura administrativa e jurídica estatal, realizando a aproximação entre as esferas do Estado, do mercado e da pessoa em contextos por demais complexos e especializados para serem efetivamente regulados para serem efetivamente regulados pelas instituições tradicionais. Nesta medida, proporcionam também uma forma de tutela, em certa medida inovadora, dos direitos fundamentais.

Doneda, inclusive, ressalta que o ponto distintivo entre o modelo europeu e norte-americano reside no fato de que, no Velho Continente, a constituição das agências é indispensável, enquanto nos Estados Unidos, ao contrário, resta ao poder judiciário a análise de violações a direitos⁷⁵.

A utilização da grande quantidade de dados, como se vem delineando ao longo deste trabalho, caso não regulada, pode se tornar fonte de desvirtuamento, conforme salienta Rodrigo de Pinho Gomes⁷⁶:

Apesar dos sedutores benefícios trazidos por esta tecnologia imprevista e verdadeiramente disruptiva, que melhora a funcionalidade de aplicativos, gera bilhões de economia para sistemas de saúde, possibilita maior eficiência na agricultura, lançam-se diversos questionamentos diante da sua utilização desenfreada e, acima de tudo, desregulada, não sendo poucas as situações onde os direitos da personalidade restaram violados, especialmente no tocante à privacidade, posto que seu principal insumo consiste na utilização massiva de dados pessoais.

⁷¹ DONEDA, Danilo. *Da privacidade*, cit., p. 386.

⁷² DONEDA, Danilo. *Da privacidade*, cit., p. 386.

⁷³ ITS Rio. *Proposta para criação*, cit.

⁷⁴ DONEDA, Danilo. *Da privacidade*, cit., p. 386.

⁷⁵ DONEDA, Danilo. *Da privacidade*, cit., p. 387.

⁷⁶ GOMES, Rodrigo de Pinho. *Big Data*, cit., p. 19.

O possível desvirtuamento de dados individuais pode se dar não apenas pela iniciativa privada, mas também pelo ente governamental, utilizando-se do *big data* para fins de monitoramento, comportamento este que é capaz de gerar lucros inimagináveis, ao qual, inclusive, se denominou de *stalker economy*⁷⁷.

Alguns exemplos podem ser citados a fim de ilustração.

Caso que tem chamado a atenção mundial vem se desenvolvendo desde 2014, quando o governo da China criou o Sistema de Crédito Social, que consiste na coleta de dados de cidadãos, aos quais é atribuída pontuação, evitando que indivíduos mal avaliados tenham progresso social⁷⁸. Esse sistema é gerido por empresas responsáveis pela administração de redes sociais dos chineses⁷⁹. Por isso, o governo tem acesso a desde opiniões políticas até relações interpessoais, o que pode acarretar em um “controle de moralidade social”⁸⁰.

No Brasil, de acordo com o que se salientou em tópico anterior, a recente Lei do Cadastro Positivo permite a formação de banco de dados de cidadãos considerados confiáveis, visando a conferir maior segurança a instituições financeiras. Por outro lado, além de possivelmente ferir a privacidade dos cidadãos, a origem desses dados foi questionada pelo Instituto de Defesa do Consumidor – IDEC, que notificou diversas empresas de crédito para que esclarecessem a origem das fontes utilizadas⁸¹.

Ressalte-se que, muito embora a Lei do Cadastro Positivo estabeleça que a simples manifestação do cidadão em se desvincular do cadastro permite sua exclusão, especialistas, em recentes reportagens, relataram a dificuldade enfrentada para que os dados sejam removidos⁸²: além do requerimento, é necessário que haja cadastro no site do birô de crédito correspondente e que seja tirada uma *selfie*, o que viola frontalmente a privacidade do cidadão. Aliás, caso tais empresas repassem tais dados, possivelmente a posterior reclamação do cidadão quanto a este

⁷⁷ GOMES, Rodrigo Dias de Pinho. *Big Data*, cit., p. 49.

⁷⁸ MARR, Bernard. *Chinese Social Credit Score: Utopian Big Data Bliss Or Black Mirror On Steroids?*. Forbes. Disponível em <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2019/01/21/chinese-social-credit-score-utopian-big-data-bliss-or-black-mirror-on-steroids/#2216477e48b8>. Acesso em 17.dez.2019

⁷⁹ GOMES, Rodrigo de Pinho. *Big Data*, cit., p. 53.

⁸⁰ GOMES, Rodrigo de Pinho. *Big Data*, cit., p. 54.

⁸¹ IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Idec questiona empresas sobre dados coletados para Cadastro Positivo*. Disponível em <https://idec.org.br/noticia/idec-questiona-empresas-sobre-dados-coletados-para-cadastro-positivo> Acesso em 17.dez.2019

⁸² SOPRANA, Paula. *Birôs de crédito dificultam saída do cadastro positivo*. Disponível em https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/01/biros-de-credito-dificultam-saida-do-cadastro-positivo.shtml?utm_campaign=news_letter_-_13012020&utm_medium=email&utm_source=RD+Station Acesso em 14.jan.2020

fato pode ser desconsiderada, pois, o fornecimento de dados por livre e espontânea vontade, mesmo que visando à retirada, leva à falsa noção de que houve real consentimento.

Tais dados, inclusive, são comercializados entre birôs e bancos ou empresas de crédito, que os utilizam para oferecer serviços customizados ao consumidor, fato este que viola o direito à privacidade.

A conduta descrita corresponde ao que especialistas denominaram de *profiling*, que consiste na formação de um perfil associado a determinada pessoa oriundo de informações por ela disponibilizadas ou aleatoriamente coletadas por determinado ente⁸³:

Os dados pessoais são tratados, com o auxílio de métodos estatísticos, técnicas de inteligência artificial e outras mais, com o fim de obter uma “metainformação”. [...] a partir do momento em que o perfil eletrônico é a única parte da personalidade de uma pessoa visível a outrem, as técnicas de previsão de padrões de comportamento podem levar a uma diminuição de sua esfera de liberdade, visto que vários entes com os quais ela se relaciona partem do pressuposto de que ela adotaria um comportamento predefinido, acarretando uma efetiva diminuição de sua liberdade de escolha.

Stephano Rodotá já alertava acerca da disparidade de forças entre fornecedores de serviços e usuários no que concerne ao consentimento⁸⁴:

Pode-se acrescentar, de modo mais geral, que o usuário de serviços informáticos e telemáticos se encontra em tal situação de disparidade de poder em relação aos fornecedores de tais serviços que, a rigor, não se pode falar em consentimento livremente manifestado para transações referentes à privacidade.

Ao que se acrescenta a assertiva de Bruno Bioni⁸⁵:

Não é à toa que se fala em “morte da privacidade”, crise ou erosão da intimidade, pois a realidade que lhe é subjacente demonstra que os dados pessoais são o que alimenta e movimenta tal economia e, mais do que isso, são a base de sustentação e ativo estratégico de uma série de modelos de negócios e para formulação de políticas públicas. Há uma economia e uma sociedade que são cada vez mais reféns e dependentes desse livre fluxo informativo.

Recentemente, caso que despertou a atenção mundial, e que se enquadra na característica de *profiling*, foi o ocorrido durante as eleições norte-americanas, em que a

⁸³ DONEDA, Danilo. *Da privacidade*, cit., ps. 173 e 174.

⁸⁴ RODOTÁ, Stephano. *A vida na sociedade*, cit., ps. 52 e 53.

⁸⁵ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados*, cit., p. 107.

assessoria *Cambridge Analytica* utilizou dados de cidadãos, oriundos de suas contas do *Facebook*, a fim de veicular propaganda eleitoral a favor do candidato Donald Trump⁸⁶.

A empresa foi recentemente multada, embora tenha se negado a revelar quais dados foram utilizados. O que também desperta nossa atenção, nesse caso, é que a assessoria desrespeitou normas emitidas pelo órgão regulador britânico de proteção de dados. Os dados, inclusive, foram cedidos pelo *Facebook*, que também foi multado⁸⁷.

Deve-se ressaltar, porém, que não há lei nos Estados Unidos que proíba a venda e revenda de dados de cidadãos a empresas⁸⁸, o que os deixa à mercê desse tipo de desvirtuação, diferentemente do que ocorre na Europa, onde a proibição consta na GPDR, como fora ressaltado por Doneda, de acordo com o que se expôs acima.

Verifica-se que a ausência de uma entidade de caráter independente gera incerteza para o cidadão, sobretudo quanto à aplicação das normas em países que, agora, contam com uma legislação de proteção de dados.

De acordo com o que se enfatizou, a Europa conta com autoridades de proteção de dados que são anteriores à GPDR. A fim de demonstrar a importância da atuação independente, pode-se trazer à tona o caso de Mario Costeja, que requereu a desindexação de notícias a ele relacionadas do buscador *google search*, no ano de 2014.

Antes de o caso ter sido submetido ao Tribunal Europeu, o autor apresentou pleito perante a Agência Espanhola contra o jornal *La Vanguardia*, *Google Spain SL* e a *Google Inc.*, a fim de que fossem omitidos do *google search* resultados referentes a anúncio de venda de imóveis em hasta pública decorrente de um arresto relacionados à recuperação de dívidas com a Segurança Social. A Agência indeferiu o pedido em relação ao jornal, sob o argumento de que a circulação da notícia se deu a pedido do Ministério do Trabalho, com vistas a atrair um público maior para a hasta, porém, deferiu o pedido em relação à Google⁸⁹.

⁸⁶ *Cambridge Analytica's US election work may violate law, legal complaint argues*. The Guardian UK. Disponível em <https://www.theguardian.com/uk-news/2018/mar/26/cambridge-analytica-trump-campaign-us-election-laws> Acesso em 10.fev.2020.

⁸⁷ Disponível em <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>

⁸⁸ FLORES, Paulo. *O que a Cambridge Analytica, que ajudou a eleger Trump, quer fazer no Brasil*. Disponível em: nexojornal.com.br/expresso/2017/12/08/O-que-a-Cambridge-Analytica-que-ajudou-a-eleger-Trump-quer-fazer-no-Brasil Acesso em 30.jan.2020.

⁸⁹ InfoCuria *Case Law*. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=PT> Acesso em 20.jan.2020.

Por este motivo, a *Google Spain SL* e a *Google Inc.* foram notificadas, mas se opuseram ao pedido, motivo pelo qual a questão foi submetida ao Tribunal Europeu, com respaldo nos artigos 7º e 8º da Carta de Direitos da União Europeia.

Após análise, o Tribunal considerou que o caráter sensível das informações, unido ao tempo transcorrido desde que o fato havia ocorrido, confere ao autor direito a que os resultados relacionados a fatos que lhe desabonam fossem suprimidos do *google search*, tendo prevalecido os artigos 12º, alínea *b*, e 14º, primeiro parágrafo, alínea *a*, da Diretiva 95/46, que permitem a supressão dos dados em questão.

Agora, a GPDR prevê expressamente em seu artigo 17 o direito ao apagamento de dados, que encontra correspondência em alguns artigos da LGDP, artigos que trazem em seu bojo hipótese de eliminação de dados⁹⁰.

Deve-se atentar ao fato, porém, de que a atuação da Autoridade Espanhola foi essencial para que os direitos do cidadão fossem assegurados àquela época, muito embora tenha sido resolvido de forma judicial.

No ano de 2016, a Corte de Justiça da União Europeia reportou o resultado dos julgamentos dos Casos C-203/15 e C-698/15, referentes “à localização de tráfego de dados em comunicações eletrônicas, envolvendo cidadãos na Irlanda, Noruega e Reino Unido”, haja vista o armazenamento indeterminado de tais dados gerar risco à privacidade devido ao excesso de vigilância, tendo a Corte decidido que os Estados-membros “não podem impor obrigação geral de conservar dados das comunicações eletrônicas, pois tal medida configuraria verdadeiro ato de vigilância indiscriminada, incompatível com os direitos fundamentais, violando a proporcionalidade, razoabilidade e os valores inscritos em uma sociedade democrática”⁹¹.

Portanto, muito embora a regulação seja desejável e extremamente necessária, é claro que suas normas estão sujeitas a burlas, não sendo este fator, entretanto, motivo para que ela não ocorra.

A questão da desvirtuação de dados e a consequente manipulação de indivíduos, na verdade, remonta a Habermas, que há tempos analisou a influência entre a esfera pública e o sistema político, enfatizando que a pressão popular é determinante nas tomadas de decisões nas diferentes esferas de poder. A mobilização da opinião pública é fator relevante para que sejam implementados determinados programas de governo, inclusive.

⁹⁰ SCHREIBER, Anderson. *Lei Geral de Proteção de Dados*, cit., ps. 377 e 379.

⁹¹ GOMES, Rodrigo Dias de Pinho. *Big Data*, cit., ps. 50 e 51.

Dessa forma, o autor entende que o fluxo informal de poder, que manobra a opinião pública, é preponderante quando se determinam temas a serem analisados, sobrepondo-se à vontade parlamentar, e, portanto, à legislação quando da tomada de decisão – que deveria advir de um processo de amadurecimento, ressaltando que “apesar da diminuta complexidade organizacional, da fraca capacidade de ação e das desvantagens estruturais, eles têm a chance de inverter a direção do fluxo convencional da comunicação na esfera pública e no sistema político, transformando destarte o modo de solucionar problemas de todo o sistema político”⁹².

Habermas era atento ao fato de que “as estruturas comunicacionais da esfera pública estão muito ligadas aos domínios da vida privada, fazendo com que a periferia, ou seja, a sociedade civil, possua uma sensibilidade maior para os novos problemas, conseguindo captá-los e identificá-los antes que os centros da política”.

Os grandes problemas, que são discutidos pela grande massa, e ensejam na formação da opinião pública, são levados até os grandes meios de comunicação que, através da mídia, atingem o público, onde tais pautas já foram discutidas, ressaltando que “às vezes é necessário o apoio de ações espetaculares, de protestos em massa e de longas campanhas para que os temas consigam ser escolhidos e tratados formalmente, atingindo o núcleo do sistema político e superando os programas cautelosos dos ‘velhos partidos’”⁹³.

O autor ainda nota que a comunicação pública une o público, disperso em suas opiniões, pelo vínculo criado pela mídia e “o auxiliam a exercer uma influência político-publicitária sobre a formação institucionalizada da opinião e da vontade”⁹⁴.

E sobre a correlação entre Direito e sociedade, observa que⁹⁵:

Tal perspectiva do observador permite vislumbrar os conjuntos de sentido não percebidos diretamente pelos afetados, os quais, porém, são capazes de criar laços subjetivos e objetivos entre o sistema jurídico e o seu ambiente social, servindo-se da imagem que os juristas se fazem acerca de seu respectivo contexto social. A partir daí torna-se claro que os especialistas interpretam as proposições normativas em dois contextos: o do corpo jurídico tomado como um todo e o da pré-compreensão dominante na sociedade atual. Desde modo, a interpretação do direito constitui também uma resposta aos desafios de determinada situação social, percebida de certa maneira.

⁹² HABERMAS, Jünger. *Direito e democracia. Entre Facticidade e Validade – Volume II*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 115.

⁹³ HABERMAS, Jünger. *Direito e democracia.*, cit., p. 115 e 116.

⁹⁴ HABERMAS, Jünger. *Direito e democracia.*, cit., p. 115 e 116.

⁹⁵ HABERMAS, Jünger. *Direito e democracia.*, cit., p. 123.

Dessa forma, trazendo-se a análise de Habermas para nossa realidade atual, em que as ações mais corriqueiras estão conectadas em rede e dependem da utilização de dados, por meio dos quais se tem acesso a opiniões pessoais e políticas, a massificação de informações através de *fake news*, por exemplo, ou até mesmo de veiculação de propagandas visando a angariar votos ou opiniões, que poderão influenciar negativamente indivíduos, é que se questiona se a intervenção de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados resguardaria os cidadãos de serem manipulados nas ações mais simples, fazendo-se pertinente a conclusão de Danilo Doneda⁹⁶:

Os dados pessoais passam a ser os intermediários entre a pessoa e a sociedade, prepostos nem sempre autorizados e capazes, e é justamente isto que produz como efeito a perda de controle da pessoa sobre o que se sabe em relação a si mesma – o que, em última análise, representa uma diminuição na sua própria liberdade.

4. Conclusão.

O direito à privacidade sofreu alterações significativas ao longo da história: um direito que, inicialmente, se coadunava com os valores liberais, consistindo na ausência de interferência do Estado na propriedade privada do indivíduo, posteriormente, passou a considerar também facetas da personalidade, e deu origem à expressão *the right to be alone*, a fim de que este preservasse sua intimidade.

Com a evolução tecnológica, o direito à privacidade passou a se tornar ainda mais complexo, tendo em vista que o indivíduo tem direito à privacidade dos dados que circulam no cenário público, sobretudo em rede. Trata-se de conceito que salienta a importância do consentimento do titular dos dados em um contexto de autodeterminação informativa, e confere ao titular de dados a ciência sobre a “movimentação” de suas informações (coforme frisou Stephano Rodotá).

Em relação à proteção de dados, a legislação europeia vem se desenvolvendo de forma peculiar: alguns países tinham legislações próprias desde a década de 70, como foi o caso da Alemanha, até que estas fossem unificadas na Diretiva 95/46, que precedeu o Regulamento Geral de Proteção de Dados de 2016. Destaque-se, inclusive, que o direito à proteção de dados

⁹⁶ DONEDA, Danilo. *Da privacidade*, cit., p. 181.

tem *status* autônomo desde a edição da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, publicada nos anos 2000.

Diversos países do Velho Continente, tendo em vista a ausência de legislação unificada sobre o tema, contavam com autoridades autônomas de proteção de dados, que funcionavam de forma independente do Estado, com características regulatórias, a fim de que fossem preservados direitos dos cidadãos.

No Brasil, por sua vez, a legislação se desenvolveu de forma bastante tímida: embora o direito à proteção de dados tenha se dado de forma reflexa, tanto na Constituição da República, quanto em legislações esparsas, só foi alçado a direito autônomo no ano de 2018, com a Lei Geral de Proteção de Dados.

Apesar de nossa legislação prever a existência de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados, há certa polêmica em torno de sua natureza jurídica: inicialmente, quando da publicação da lei, lhe foi conferida natureza jurídica de órgão regulador; entretanto, após alegada inconstitucionalidade orgânica, devido ao fato de o poder legislativo ter editado norma de competência do poder executivo, a Lei 13.853 de 2019 subordinou a Autoridade à Presidência da República, e lhe outorgou natureza jurídica transitória pelo prazo de dois anos até que esta seja definida (artigo 55-A, §1º).

Conforme se demonstrou ao longo deste trabalho, há diversos exemplos que demonstram a importância do caráter independente da autoridade de proteção de dados, haja vista não apenas a iniciativa privada ter acesso a dados de indivíduos, mas também o ente estatal.

Atualmente, o protagonismo das mídias sociais e a sensação de pertencimento coletivo estimulam o indivíduo a inserir-se em rede, o que não seria possível sem que houvesse fornecimento de dados. Tais dados, entretanto, estão sujeitos à possível (má) utilização. Casos como o *Brexit* e as eleições dos Estados Unidos demonstram a fragilidade da proteção de dados individuais, que podem ser utilizados para fins diversos, inclusive na manipulação da opinião pública, cuja força é suficiente para influenciar diferentes esferas de poder.

É evidente a necessidade de uma entidade que atue com independência, a fim de que sejam aplicados os princípios previstos na lei. Até o momento, verifica-se claramente que, apesar de toda a evolução legislativa pela qual passamos nas últimas décadas, mesmo que estejamos atrasados em comparação ao cenário internacional, tem restado ao poder judiciário o delineamento de conceitos determinantes para o resguardo do direito à privacidade – nota-se isto desde 1995, com o emblemático caso de relatoria do Ministro Ruy Rosado, e no atual aresto de relatoria da Ministra Nancy Andrigui.

Sendo assim, conclui-se que a probabilidade de que questões relativas à uniformização da lei e aplicação de princípios, bem como resguardo de direitos dos cidadãos, tendo em vista que o desvirtuamento de dados também pode ser feito pelo ente estatal, restará ao poder judiciário, conforme se dá nos Estados Unidos, caso não haja independência no funcionamento da Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Referências

ALVES, Fabrício da Mota e VIEIRA, Gustavo Afonso Sabóia. *Sem a ANPD, a LGPD é um problema, não uma solução. Entrada em vigor da lei sem a instalação de fato da ANPD geraria uma imensa insegurança jurídica*. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/anpd-lgpd-problema-solucao-06012020> Acesso em 20.jan.2020.

BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do Direito e suas repercussões no âmbito administrativo*. In: Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo, a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

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

BRASSCOM. *Manifesto pela tecnicidade dos membros do conselho diretor da autoridade nacional de proteção de dados*. Disponível em <https://brasscom.org.br/manifesto-pela-tecnicidade-dos-membros-do-conselho-diretor-da-autoridade-nacional-de-protecao-de-dados-2/> Acesso em 12.fev.2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

CARRILLO, Marc. *Los ámbitos del derecho a la intimidad en la sociedad de la comunicación*. In: *El derecho a la privacidad em un nuevo entorno tecnológico*. XX Jornada de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Madrid: Imprensa ROAL, 2016.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *A proteção de dados pessoais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. In: *Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no direito brasileiro*. 2ª Tiragem. Coordenação: TEPEDINO, Gustavo, FRAZÃO, Ana e OLIVA, Milena Donato. São Paulo: Thompson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019.

CYRINO, André Rodrigues. *Direito Constitucional Regulatório*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

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

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Tradução: Raquel Ramallete. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2006.

GOMES, Rodrigo Dias de Pinho. *Big Data, desafios à tutela da pessoa humana na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2017.

GUERRA, Sérgio. *Teoria da Captura da Agência Reguladora em sede pretoriana*. Disponível em <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/42475/41195> Acesso em 19.dez.2020.

HABERMAS, Jünger. *Direito e democracia. Entre Facticidade e Validade – Volume II*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio – ITS Rio. *Proposta para a criação da Autoridade Brasileira de Proteção aos Dados Pessoais*. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2018/12/autoridade-protacao-de-dados.pdf> Acesso em 17.jan.2020.

IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Idec questiona empresas sobre dados coletados para Cadastro Positivo*. Disponível em <https://idec.org.br/noticia/idec-questio-empresas-sobre-dados-coletados-para-cadastro-positivo> Acesso em 17.dez.2019.

JORDÃO, Eduardo e RIBEIRO, Maurício Portugal. *Como desestruturar uma agência Reguladora em passos simples*. In: *Journal Of Institutional Studies* (2017). Revista Estudos Institucionais, Vol. 3, 1, 2017.

Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/GRP_arquivos/sumario_executivo_grp_-_pep_01.pdf Acesso em 20.jan.2020.

MARR, Bernard. *Chinese Social Credit Score: Utopian Big Data Bliss Or Black Mirror On Steroids?*. Forbes.

Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2019/01/21/chinese-social-credit-score-utopian-big-data-bliss-or-black-mirror-on-steroids/#2216477e48b8> Acesso em 21.jan.2020.

NESTER, Alexandre Wagner. *A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. A constitucionalização do Direito e suas repercussões no âmbito administrativo*. In: Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Organisation for Economic Co-operation and Development Guidelines. Disponível em <https://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandTransborderFlowsofPersonalData.htm#guidelines> Acesso em 30.jan.2020.

ÓPICE BLUM, Renato e ARANTES, Camila Rioja. *Autoridades de controle, atribuições e sanções*. In: *Comentários ao GPDR. Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia*. 4ª tiragem. Coordenação: MALDONADO, Viviane Nóbrega. ÓPICE BLUM, Renato. São Paulo: Thompson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019.

RODOTÁ, Stephano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodan de Moraes. Tradução: Danilo Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Direito ao esquecimento e proteção de dados pessoais na Lei 13.709/2018: distinções e potenciais convergências*. In: Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no direito brasileiro. 2ª Tiragem. Coordenação: TEPEDINO, Gustavo, FRAZÃO, Ana e OLIVA, Milena Donato. São Paulo: Thompson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019.

SOLOVE, Daniel J. *Nothing to hide – the false tradeoff between privacy and security*. New Haven and London: Yale University Press, 2008.

SOPRANA, Paula. *Birôs de crédito dificultam saída do cadastro positivo*. Disponível em https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/01/biros-de-credito-dificultam-saida-do-cadastro-positivo.shtml?utm_campaign=news_letter_-_13012020&utm_medium=email&utm_source=RD+Station Acesso em 19.dez.2019.

VAINZOF, Rony. *Dados pessoais, tratamento e princípios*. In: Comentários ao GDPR. Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. 4ª tiragem. Coordenação: MALDONADO, Viviane Nóbrega. ÓPICE BLUM, Renato. São Paulo: Thompson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019.

VASCONCELOS, Beto e PAULA, Felipe de. *A autoridade nacional de proteção de dados: origem, avanços e pontos críticos*. In: Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no direito brasileiro. 2ª Tiragem. Coordenação: TEPEDINO, Gustavo, FRAZÃO, Ana e OLIVA, Milena Donato. São Paulo: Thompson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019.

WARREN, Samuel D., BRANDEIS, Warren. *The right to privacy*. *Harvard Law Review*. Vol. 4, No. 5 (Dec. 15, 1890).

WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade Civil Estatal por Intervenção no Ordenamento Econômico*. In: Daniela Bandeira de Freitas e Vanice Regina Lírio do Valle. *Direito Administrativo e Democracia Econômica*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Fórum, 2012.

The Guardian UK. *Cambridge Analytica's US election work may violate law, legal complaint argues*. Disponível em <https://www.theguardian.com/uk-news/2018/mar/26/cambridge-analytica-trump-campaign-us-election-laws> Acesso em 17.dez.2019.