

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

FREDERICO JORGE VAZ DE FIGUEIREDO ASSAD

**A DIMENSÃO POLÍTICA DOS DADOS PESSOAIS: CONCENTRAÇÃO
DE DADOS E PROCESSO DEMOCRÁTICO**

FRANCA

2021

FREDERICO JORGE VAZ DE FIGUEIREDO ASSAD

**A DIMENSÃO POLÍTICA DOS DADOS PESSOAIS: CONCENTRAÇÃO
DE DADOS E PROCESSO DEMOCRÁTICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como parte das exigências para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

Linha de pesquisa: Cidadania Civil e Política e Sistemas Normativos.

Orientador: Prof. Associado Murilo Gaspardo.

FRANCA

2021

Assad, Frederico Jorge Vaz de Figueiredo

A dimensão política dos dados pessoais : concentração de dados e processo democrático / Frederico Jorge Vaz de Figueiredo Assad. - Franca : 2021

155 f.

Dissertação (mestrado - Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientador: Murilo Gasparido

1. Democracia. 2. Direitos fundamentais. 3. Direito à privacidade. 4. Sociedade em rede. I. Título.

CDD - 341

FREDERICO JORGE VAZ DE FIGUEIREDO ASSAD

**A DIMENSÃO POLÍTICA DOS DADOS PESSOAIS: CONCENTRAÇÃO
DE DADOS E PROCESSO DEMOCRÁTICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” como parte das exigências para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Prof. Associado Murilo Gaspardo, UNESP

1º Examinador: _____

Prof. Dr. José Duarte Neto, UNESP

2º Examinador: _____

Profa. Dra. Cíntia Rosa Pereira de Lima, USP

Franca, 3 de março de 2021.

Este trabalho é dedicado ao meu avô, Frederico, que nos primeiros anos me ensinou o valor do estudo, aos meus pais, Irene e Jusdemar, por não terem dispensado esforços para permitir a minha formação, e à Abgair querida, minha avó no coração. Dedico especialmente também à minha amada esposa Flávia, sempre paciente, e meus filhos Ana e Eduardo. Vocês são a minha razão.

AGRADECIMENTOS

Aos colegas e professores, pelos momentos de reflexão.

Ao orientador Prof. Dr. Murilo Gaspar do por me permitir uma nova visão sobre a Ciência Política e Teoria do Estado.

À Flávia, sempre exigente nas correções, sem a qual não seria possível a elaboração deste trabalho, pelas valiosas contribuições, críticas e ideias.

[...] não pode servir para acalmar nossas preocupações ao constatarmos que, nas democracias de massa, sem nenhum terror e de modo quase espontâneo, por um lado toma vulto uma impotência do homem e por outro aparece um processo similar de consumir e esquecer, como que girando em torno de si mesmo de forma contínua, embora esses fenômenos continuem restritos, no mundo livre e não arbitrário à coisa política em seu sentido mais literal e à coisa econômica. (ARENDT, 2012, p. 27)

ASSAD, Frederico Jorge Vaz de Figueiredo. **A dimensão política dos dados pessoais:** concentração de dados e processo democrático. Orientador: Murilo Gaspardo. 2021. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2021.

RESUMO

As ferramentas técnicas de comunicação, armazenamento e processamento de dados refletem parte das características da denominada “Sociedade da Informação” e modificaram a sociedade em suas bases. Nessa condição, são elementos estruturantes do novo capitalismo globalizado que se alimenta de “dados”, assim entendidos como todos os fragmentos de informação relacionados à pessoa natural que possam identificá-la ou localizá-la. A dogmática jurídica, nesse contexto, encontra desafios importantes em um mundo no qual conceitos como privacidade, liberdade de escolha e intimidade passaram a ser relativizados. O Estado é guardião de imensas quantidades de dados e informações referentes às pessoas, tais como nomes, dados cadastrais, fichas médicas, estado e capacidade civil, negócios e propriedades que constituem base de informações para que as diferentes esferas governamentais estruturem suas políticas públicas necessárias ao atendimento das necessidades do cidadão e do Estado, inclusive, de fiscalização tributária e investigação policial. Com o desenvolvimento da capacidade computacional e das técnicas de análises de dados e vigilância de modo massificado, o Estado vem progressivamente exigindo acesso universal a todas as informações relativas à pessoa. Com base na ideia de “Sociedade em Rede” de Manuel Castells, os “nós” das corporações e do Estado se interrelacionam. Considerando a utilização crescente de dados pessoais por algoritmos que servem à predição de comportamentos, surge um ambiente propício à disseminação de notícias falsas e ideologias maniqueístas, capazes de modificar as relações de poder no Estado, fragilizando o já débil argumento de ser a democracia a melhor forma do exercício do poder. Nesse contexto, como a privacidade é elemento essencial para a livre escolha, fundamento da sociedade liberal democrática moderna, há que se refletir sobre limites para o acesso e tratamento das informações pessoais por parte do Estado.

Palavras-chave: democracia. direitos fundamentais. direito à privacidade. sociedade em rede.

ASSAD, Frederico Jorge Vaz de Figueiredo. **The political dimension of personal data:** data concentration and the democratic process. Advisor: Murilo Gaspardo. 2021. 155 f. Dissertation (Master of Law) – Faculty of Humanities and Social Science, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2021.

ABSTRACT

The technical tools for communication, storage and data processing reflect part of the characteristics of the so-called “Information Society” and changed society at its bases. In this condition, they are structuring elements of the new globalized capitalism that feeds on “data”, thus understood as all fragments of information related to the individual that can identify or locate him. The dogmatic of Law, in this context, faces important challenges in a world in which concepts such as privacy, freedom of choice and intimacy changed meaning. The State is the guardian of immense amounts of data and information related to people such as names, registration data, medical records, marital status, businesses and properties that constitute an information base for the different governmental spheres to structure their public policies necessary for citizens and the State needs including tax inspection and police investigation. With the development of computational capacity and techniques of data analysis and surveillance in a widespread way, the State has progressively demanded universal access to all information related to the person. Based on Manuel Castells’ idea of a “Network Society” the “knots” of corporations and the State are interrelated. Considering the increasing use of personal data by algorithms that serve to predict behaviours, an environment that favours the dissemination of fake news and Manichean ideologies, capable of modifying power relations in the State appears to weaken the already weak argument that democracy is the best form of the exercise of power. In this context considering privacy as an essential element for free choice the foundation of modern liberal democratic society it is relevant to reflect on the limits for the access and treatment of personal information by the State.

Keywords: democracy. fundamental rights. right to privacy. network society.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 O ESTADO LIBERAL E AS LIBERDADES DEMOCRÁTICAS	24
2.1 O Estado Moderno e o seu papel.....	24
2.2 O Estado Democrático de Direito	29
2.3 Liberdade e privacidade	33
2.4 Privacidade como direito fundamental	38
2.5 Necessidade de um novo contrato social - a sociedade em rede	41
3 NOVO HORIZONTE DIGITAL	47
3.1 Surgimento e evolução dos sistemas computacionais	49
3.2 A internet e a revolução nas comunicações	53
3.3 Estágio atual da rede e da sociedade	60
3.4 Novas técnicas de formação e tratamento de bancos de dados.....	62
3.5 Tratamento de dados como fonte de poder	66
4 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA	
76	
4.1 Conceito de privacidade.....	78
4.2 Proteção de dados como direito fundamental	81
4.3 Privacidade e proteção de dados pessoais.....	87
4.4 O aspecto humano dos dados pessoais.....	90
4.5 Dados sensíveis	93
4.6 Dados pessoais e privacidade sob a ótica da liberdade	98
4.7 Instrumentos técnicos como forma de controle social.....	101
5 PODER PÚBLICO E OS DADOS PESSOAIS	106
5.1 Novas relações virtuais e a relativização do conceito de privacidade	107
5.2 A necessidade de informações por parte do Estado.....	110
5.3 Segurança, vigilância e acesso às informações	113
5.4 Binômio publicidade <i>versus</i> privacidade	117
5.5 A tensão entre a democracia e a devassa de informações	119
6 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO DIREITO BRASILEIRO.....	124
6.1 Proteção de dados a partir da Constituição Federal	126
6.2 Análise de julgados do Supremo Tribunal Federal.....	130

6.3 A regulamentação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais	134
6.4 A autoridade nacional de proteção de dados.....	139
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	142
REFERÊNCIAS.....	146

1 INTRODUÇÃO

A criação das ferramentas técnicas de comunicação, armazenamento e processamento de dados modificou de forma indelével toda a sociedade. Tais instrumentos, que constituem o reflexo da racionalidade das escolhas técnicas e a busca pela eficácia a qualquer custo, demonstram parte das características da denominada “Sociedade da Informação” e são elementos estruturantes do novo capitalismo globalizado que se alimenta de “dados”, assim entendidos todos os fragmentos de informação relacionados à pessoa natural que possam identificá-la ou localizá-la.

A dogmática jurídica, nesse contexto, encontra desafios importantes em um mundo no qual conceitos como privacidade, liberdade de escolha e intimidade passaram a ter um conteúdo relativo. O Estado é guardião de imensas quantidades de dados e informações referentes às pessoas, tais como nomes, dados cadastrais, fichas médicas, estado e capacidade civil, negócios e propriedades. Tais dados constituem a base de informações para que as diferentes esferas governamentais estructurem as políticas públicas necessárias ao atendimento das necessidades do cidadão e do Estado, inclusive, de fiscalização tributária e investigação policial. Com o desenvolvimento da capacidade computacional, das técnicas de análises de dados de modo massificado e de captura biométrica, o Estado vem progressivamente exigindo acesso universal a todas as informações do cidadão. Tais informações são o que se denomina de forma genérica “dados pessoais”.

Torna-se ainda mais complexo o quadro se considerando que a utilização de dados pessoais tanto pelas corporações quanto pelo Estado traduz uma nova realidade na qual tais fragmentos de informação passaram a ser instrumento para a potencialização de ideologias maniqueístas, capazes de modificar as relações de poder. Nesse contexto, considerando-se a privacidade como elemento essencial para a livre escolha, fundamento da sociedade liberal democrática moderna, passa a ser relevante a reflexão acerca dos limites para o acesso e tratamento das informações pessoais.

Em abril de 2018 foi destaque na imprensa nacional e internacional o depoimento de Mark Zuckerberg, Presidente do Facebook, a maior rede social do mundo, na comissão de informática do Senado dos Estados Unidos da América, em razão do escândalo de venda de dados e preferências pessoais de milhões de

usuários para a empresa “Cambridge Analytica”. Estes dados foram utilizados para a criação de perfis ideológicos para o direcionamento de publicidade política durante as eleições americanas. Esta notícia representa tão somente uma pequena fração da importância e do poder gerado pela obtenção e guarda dos “dados”, assim entendidos todos os fragmentos de informação relacionados à uma pessoa natural que a possam identificar ou localizar, inclusive nome, documentos de identificação, características, preferências e mesmo opiniões. Tem sido observada uma valorização da informação que se relaciona aos indivíduos, pois, com a utilização de técnicas cada vez mais poderosas, torna-se possível que sejam feitas relações estatísticas visando à criação de perfis que permitem se desnudar o ser humano, transformando-o em números e criando um determinismo tecnológico que desconstrói a pessoa, reduzindo-a a uma mera representação, uma sombra de seu comportamento.

Com o desenvolvimento da capacidade computacional e técnicas de análises de dados como o *big data* por parte do Estado interessado na fiscalização, verificação ou punição, passou a haver a possibilidade e o desejo ao acesso universal aos dados pessoais contidos em registros, públicos e privados, o que se constitui, neste novo mundo tecnológico interconectado e globalizado, poder de imensas proporções. Tal acepção não se encontra imune à crítica da desumanização do indivíduo e sua substituição por dados que podem ser medidos, calculados, e ter seus padrões detectados por uma força técnica cada vez maior. Segundo Márcio Pugliesi e André Martins Brandão (2015, p. 455):

As tecnologias de big data são uma mudança na maneira como se processa dados. A utilização da indução permite aos algoritmos a reprodução de fenômenos observados, generalizando além das suas fronteiras iniciais. A necessidade de velocidade faz com que os algoritmos tenham que se focar nos dados essenciais. Trata-se de um processo de aprendizado permanente, nunca completo, para produzir conhecimento imperfeito, porém útil - com a finalidade de prever o futuro e servir como guia no oceano repleto de uma massiva quantidade de dados.

O fato é que a evolução nas técnicas de captação e manipulação de dados permite com a utilização de algoritmos predefinidos a extrapolação estatística na análise de dados, criando as bases para uma revolução conceitual na qual as instituições que dispõem de tais instrumentos passam a ter acesso integral a todos

os dados fundamentais e aos hábitos de todos aqueles inseridos na sociedade técnica, cada vez mais transparente. É a reverberação na sociedade do “homem de vidro” nazista. O “homem de vidro” foi um modelo anatômico humano de vidro que recepcionava os visitantes no museu da higiene de Dresden e reflete uma metáfora do totalitarismo. O “homem de vidro” é aquele desprovido de segredos ao Estado. Rodotà questiona em discurso como presidente da “*Garante per la Protezione Dei Dati Personali*” da Itália,

Através da lente da proteção de dados pessoais, passamos, portanto, a nos concentrar em um dos problemas mais delicados de nossas empresas. As técnicas de controle remoto afetam o direito de circular livremente, privatizam os espaços públicos e, portanto, estão redefinindo a forma e o significado do comportamento individual e das relações sociais. Um homem de vidro em uma sociedade transparente: este é o nosso futuro? (RODOTÀ, 2000, tradução nossa)¹

Pretende-se nesse contexto investigar quais são os limites ao Estado diante do novo horizonte digital para o acesso aos dados necessários à consecução das políticas públicas de modo que não haja interferência nos direitos fundamentais à privacidade e ao exercício pleno e livre da democracia, incluindo-se a perspectiva estrutural de proteção à privacidade em relação ao Estado. Serão revisadas as fontes de informações e a bibliografia disponível sobre privacidade e a relação do Estado e sociedade sob o ponto de vista tecnológico.

Um aspecto que se pretende compreender é como se coloca o Estado diante da aplicação das novas tecnologias computacionais e suas interações com as necessidades da sociedade, avaliando-se o alcance do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e ainda, avaliando-se a partir de pesquisa bibliográfica sobre como o tratamento dos dados como informação de massa pode ser considerado como risco à liberdade política do indivíduo.

Tendo em vista a característica inata de ser o Poder Público o repositório de parcelas de informações sensíveis em forma de dados pessoais, incorre-se na

¹ “Attraverso la lente della protezione dei dati personali giungiamo così a mettere a fuoco uno dei problemi più delicati delle nostre società. Le tecniche di controllo a distanza incidono sul diritto di circolare liberamente, privatizzano spazi pubblici, e stanno così ridefinendo il modo e il significato dei comportamenti individuali e delle relazioni sociali. Un uomo di vetro in una società trasparente: è questo il nostro futuro?” (RODOTÀ, 2000)

coexistência dos conceitos de interesse público na publicidade das informações, por um lado, com o direito à privacidade e proteção de dados pessoais, pelo outro, que se encontram em um aparente descompasso e cuja dialética mostra-se necessária para a construção de consensos com o objetivo de proteção aos direitos do homem, como pontuado por Stefano Rodotà (1973, p. 14, tradução nossa):

Cada dado considerado em si, pode ser pouco ou nada significativo: melhor, pouco ou nada diz além da questão específica a que se refere diretamente. No momento em que se torna possível saber simultaneamente e conectar toda a massa de informações sobre uma pessoa em particular, de tal entrelaçamento de relações emerge um perfil geral do sujeito considerado, o que permite sua avaliação e controle por parte daqueles que disponham do meio idôneo para tanto.²

Todo esse quadro ganha relevância diante do atual estado de fragilidade da democracia liberal e do próprio Estado Liberal de origem iluminista, cujo papel se confunde tanto como agente de proteção e regulação quanto como agente de manipulação dos dados pessoais do indivíduo. Os elementos estruturantes do novo capitalismo globalizado se alimentam de informação, ou melhor, de “dados”. O Direito nesse contexto encontra desafios importantes em um mundo no qual conceitos como privacidade, liberdade de escolha e intimidade passaram a ser relativizados, com claro prejuízo ao que se compreende como Direitos Fundamentais. Tem-se a emergência de uma nova realidade na qual tais fragmentos de informação passaram a ser instrumento para a potencialização de ideologias capazes de modificar as relações de poder no Estado.

A técnica informacional dentro da sociedade moderna torna o homem mero elemento amorfo de uma civilização massificada. Assim como os demais aspectos da vida, a massificação também se faz representar na transformação de dados pessoais como mera matéria prima para o direcionamento publicitário e representação de um modo de submissão imposto não somente pelas grandes corporações, mas também pelo próprio Estado, que detém o monopólio de dados

² No original: “Cia scuno di questi dati, considerato a sé, può essere poco o nulla significativo: meglio, poco o nulla dice al di là della specifica questione a cui direttamente si riferisce. Nel momento in cui diviene possibile conoscere contemporaneamente e connettere tutta la massa delle informazioni riguardanti una determinata persona, ecco che dall'intreccio delle relazioni emerge un profilo complessivo del soggetto il considerato, che ne permette la valutazione e controllo da parte di chi dispone del mezzo idoneo ad effettuare tali operazioni.” (RODOTÀ, 1973, p. 14)

econômicos e sociais relevantes. A este contrapõe-se a ideia de Alan Westin de liberdade informacional como direito fundamental à livre escolha consciente (2015, p. 26), o que nos apresenta a ideia da necessidade de que sejam estabelecidos os limites da apreensão e tratamento de dados pessoais.

Será adotado como marco teórico a ideia de que os centros de recolhimento e produção de dados se conectam ao modo de uma relação de poder entre as redes de informações, que se entrelaçam em nós, no que Manuel Castells denominou de “Sociedade em Rede”. Segundo o sociólogo espanhol, as “Redes constituem a nova morfologia social de nossas sociedades e a difusão da lógica de redes modifica de forma substancial a operação e os resultados dos processos produtivos e de experiência, poder e cultura” (2018, p. 553), funcionando em um sistema de comunicação integrado com a recepção (input) em todos os pontos da “mensagem”, seu processamento, e a emissão da resposta adequada (output), em um movimento de retroalimentação (feedback), sendo a dinâmica da cibernética replicada na vida, como se essa fosse uma máquina a que se espera a máxima eficiência em suas funções, impedindo que as estruturas sociais percam a sua coesão em um fenômeno entrópico. Como afirma Norbert Wiener, “Estamos imersos numa vida em que o mundo, como um todo, obedece a segunda lei da Termodinâmica: a confusão aumenta e a ordem diminui” (1958, p. 36).

No desenvolvimento social e político, conhecimento e informação são e sempre foram elementos indispensáveis, e a eficiência na utilização das ferramentas de conhecimento e informação constituem a base do aumento de produtividade do modo de produção capitalista dominante. O aspecto distintivo, no entanto, da nova “sociedade informacional” é a construção de valor do conhecimento com base no próprio conhecimento. De acordo com Castells (2018, p. 74),

[...] no novo modo informacional de desenvolvimento, a fonte de produtividade achava-se na tecnologia de geração de conhecimentos, de processamento da informação e de comunicação de símbolos. Na verdade conhecimento e informação, são elementos cruciais em todo modo de desenvolvimento, visto que o processo produtivo sempre se baseia em algum grau de desenvolvimento e no processamento da informação. Contudo, o que é específico ao modo informacional de desenvolvimento é a ação de conhecimento sobre os próprios conhecimentos como a principal fonte de produtividade.

Valendo-se do marco teórico adotado, buscar-se-á trazer à luz o papel e os limites do Estado neste novo horizonte da sociedade na era da informação em seu papel de normalizador das relações entre os diferentes nós que compõe o ecossistema informacional que modula as relações sociais.

O presente trabalho busca ainda compreender, tomando por base a arquitetura do sistema brasileiro de proteção à privacidade, quais os limites ao Estado para a coleta, tratamento e compartilhamento de dados pessoais mediante a utilização das novas tecnologias informacionais. Dentro desse contexto se pergunta: Quais são os limites do Estado ao utilizar os “dados pessoais” para fins de consecução de suas políticas públicas, de modo que não haja interferência nos direitos fundamentais à privacidade e ao exercício pleno e livre da democracia? E, quais são os pressupostos analíticos para avaliação dos limites do Estado para utilização de dados pessoais visando a formulação de políticas públicas?

Para que seja possível que se alcance respostas ao problema aventado, alguns passos são indispensáveis. Será apresentado o elemento histórico do surgimento do Estado Liberal e seu fundamento democrático e avaliado o horizonte tecnológico atual visando observar o estado da arte da tecnologia relativa à colheita, processamento e manipulação de dados. Também serão examinados os elementos da privacidade de dados pessoais sob o ponto de vista do fundamento axiológico dos direitos fundamentais e suas limitações, as imbricações entre a emergência das novas tecnologias, as mudanças na sociedade, e o papel do Estado e das corporações no controle de dados e a sua influência na opinião pública. Por fim, será apresentado um panorama do estágio do arcabouço jurídico da proteção aos dados pessoais no direito brasileiro. Como afirma Castells no prefácio à edição de 2010 do “A sociedade em rede”,

[...] vivemos em tempos confusos, como muitas vezes é o caso em períodos de transição entre diferentes formas de sociedade. Isso acontece porque as categorias intelectuais que usamos para compreender o que acontece à nossa volta foram cunhadas em circunstâncias diferentes e dificilmente podem dar conta do que é novo referindo-se ao passado. (CASTELLS, 2018, p. 1)

Nesse contexto, os riscos decorrentes da manipulação de dados pessoais surgem como questão de suma importância na sociedade mesmo que por vezes obnubilado por uma suposta liberdade informacional que se mostra direcionada de

forma inconsciente para o atendimento de objetivos comerciais e políticos. Não se pode esquecer que o fundamento da liberdade de escolha é aspecto essencial para o livre exercício dos direitos democráticos.

A legislação brasileira, com destaque para o Marco Civil da Internet (Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014) e à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei Federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 - LGPD), apesar de acompanhar a construção dogmática da proteção à privacidade dos dados pessoais do cidadão de modo aproximado à da União Europeia, que estruturou firmemente seu Direito com base no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) 2016/679 e Diretiva de Proteção de Dados Pessoais de 1995 (95/46/CE), ainda contém lacunas e antinomias que revelam uma base pouco cristalizada para a concretização do direito à privacidade no Brasil.

Pretende-se nesse diapasão o estudo da legislação brasileira em confronto com a legislação europeia para tentar compreender qual o real estágio de desenvolvimento da proteção aos dados pessoais no direito brasileiro e o papel institucional dos órgãos de fiscalização. Também é ferramenta importante a análise de julgados, especialmente do Supremo Tribunal Federal.

Para que seja possível estruturar respostas adequadas para a pergunta principal, ou seja, quais os limites ao Estado para o acesso, captura e tratamento de dados pessoais, buscou-se adotar uma abordagem teórico metodológica visando a correta compreensão do fenômeno técnico na sociedade, questionando-se acerca da adequação dos institutos jurídicos existentes a uma nova realidade social permeada pelo avanço informacional.

A própria ideia clássica de Estado tem se modificado com o surgimento das novas estruturas de comunicação institucional e interpessoal, possíveis na contemporaneidade graças aos imensos avanços tecnológicos dos últimos 50 anos. Pode-se dizer que a sociedade contemporânea é construída por centros de informações inter-relacionados (CASTELLS, 2018, p. 74). O Direito, no horizonte fluído da nova sociedade em rede, necessita de uma abordagem que vá além daquela jurídico-dogmática que se baliza exclusivamente nos elementos internos do sistema jurídico. Assim, em princípio foi adotada como opção metodológica a pesquisa teórica e, como método de procedimento, a análise bibliográfica, considerando artigos, livros, revistas e material jornalístico previamente publicados em relação ao tema da proteção de dados pessoais e seus reflexos sobre os direitos

democráticos do cidadão, sendo metodologicamente importante o destaque aos aspectos atuais, ainda mais em um ambiente de recrudescimento da ideia de vigilância em um ambiente de relativo esgarçamento dos princípios de proteção aos direitos fundamentais, realizando-se a revisão de literatura e artigos relacionados, o que propicia o exame do fenômeno sob nova abordagem, permitindo-se o reforço paralelo na análise da pesquisa e a manipulação de informações (MARCONI; LAKATOS, 2003, p. 225), buscando-se extrair os sentidos dos textos e construir uma abordagem inovadora.

Para obtermos um desenho mais claro do Estado e de seu papel como formulador de políticas públicas como agente de normalização das relações sociais e, finalisticamente, promotor do bem comum, a pesquisa buscou utilizar-se de pesquisa bibliográfica de autores da Teoria do Estado consagrados. Foi realizada ainda a revisão bibliográfica de obras publicadas que tratam do tema principal, bem como dados de produções acadêmicas brasileiras e estrangeiras. Também foram acessadas as bases eletrônicas de periódicos do Capes, e as bases do Scopus e Web of Science, com a utilização dos termos de pesquisa “*Democracy*”, “*Surveillance*”, “*Personal Data*”, “*Political Liberty*”. Convém destacar que boa parte do material é formado por artigos em língua inglesa e italiana, cuja tradução foi realizada pelo autor.

Deve-se esclarecer, não obstante, que é imperioso, na visão do autor, compreender o Direito dentro de um contexto social amplo, adotando-se uma vertente jurídico-social, que de acordo com Miracy Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias (2013 p. 22),

[...] analisa o Direito como variável dependente da sociedade e trabalha com as noções de eficiência, eficácia e de efetividade das relações direito/sociedade. Preocupa-se com a facticidade do Direito e com as relações contraditórias que o próprio Direito estabelece com os demais campos: sociocultural, político e antropológico.

Há que se pontuar que, no decorrer da pesquisa, observou-se que a produção acadêmica relacionada ao tema dos limites do Estado no acesso aos dados de seus cidadãos, ou seja, com a vertente focada no Direito Público, é menos abundante do que as de Direito Privado, que analisam em geral a relação entre a captura e tratamento de dados pelas corporações de Internet.

Realizou-se ainda análise legislativa dos textos normativos de referência e uma avaliação comparativa entre o arcabouço normativo brasileiro, de edição recente, com a estrutura regulamentar da União Europeia, com histórico bem mais antigo e que serviu e serve de base para boa parte das legislações de cunho protetivo aos dados pessoais. Há uma grande preocupação, especialmente no direito europeu, no que diz respeito à utilização, pelo Estado, de informações pessoais e patrimoniais oriundas dos registros públicos para a alimentação de ferramentas informacionais de alto nível de processamento.

A busca a normas legais e infra legais, bem como jurisprudência dos tribunais superiores com relevância ao tema da privacidade e proteção de dados pessoais em relação ao Estado, que foram objeto de pesquisa documental, valeu-se de fontes públicas disponibilizadas nos sítios de acesso tanto do Poder Legislativo (senado.gov.br), Poder Executivo (planalto.gov.br), Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br), Conselho Nacional de Justiça (cnj.jus.br). Para a pesquisa de jurisprudência foi dada ênfase às palavras chave “Privacidade”, “Dados Pessoais”, “banco de dados”.

Todavia, buscou-se evitar na pesquisa uma abordagem tão somente dogmático-normativa. As novas tecnologias, que adentraram todos os aspectos da vida, têm efeitos perceptíveis no tecido social cuja abordagem não pode ser ignorada pelo pesquisador. De fato, a tecnologia e sociedade, estabelecem uma relação de alimentação recíproca posto que “a tecnologia é a sociedade e a sociedade não pode ser entendida sem as suas ferramentas tecnológicas” (CASTELLS, 2018, p. 64).

O raciocínio a ser utilizado para o fim de investigação dos materiais obtidos será o dedutivo, o que, de acordo com Antônio Joaquim Severino (2017, p. 167), trata-se de “[...] um raciocínio cujo antecedente é constituído de princípios universais plenamente inteligíveis” e previamente aceitos, visando alcançar a um consequente menos universal e, por conseguinte, de maneira lógica, a conclusão, a afirmação do consequente; ou seja, passa-se das premissas à conclusão. Segundo Gustin e Dias (2013, p. 23),

[...] o raciocínio dedutivo é o processo que faz referência aos dados de nossa experiência ou às normas e regras em relação às leis e princípios gerais e ao maior número de casos que a eles possam ser

referidos. Esse raciocínio trabalha com a suposição de subordinação, ou seja, uma especificidade subordina-se a uma regularidade geral.

Haverá finalmente a menção a diversos termos de cunho técnico-informático, cuja fonte de significado será apresentada considerando-se conceitos já estabelecidos em literatura própria, sempre relacionando com o aspecto jurídico a ser discutido. Buscar-se-á a utilização de tal linguagem de modo comedido, a fim de se evitar a sua utilização estéril afeita somente a especialistas em computação.

2 O ESTADO LIBERAL E AS LIBERDADES DEMOCRÁTICAS

O Estado, entendido como instituição social necessária a intermediar as relações humanas cada vez mais inseridas em um mundo complexo, tecnológico e interdependente, vem passando por diversas transformações. Para entendê-las, há necessidade de se estudar seriamente a influência das novas tecnologias nas teorias de Estado em seus contornos contemporâneos. Boa parte das chamadas liberdades fundamentais são mediadas e exercidas de forma concreta em “[...] estruturas ou plataformas nas quais a comunicação e a informação possuem papel relevante” (DONEDA, 2019, p. 137). De fato,

[...] um retrato bastante representativo de elementos fundamentais da estrutura social pode ser traçado a partir da informação, compreendendo, por exemplo, desde a problemática da propriedade dos meios de comunicação, a liberdade de informação, de expressão e de imprensa, a caracterização da informação como um bem jurídico, o direito à informação, até a propriedade intelectual como ferramenta de incentivo (ou de embaraço) à livre circulação de informação, dentre outros. (DONEDA, 2019, p. 138)

A abordagem que se pretende decorre de uma avaliação dos reflexos decorrentes das mudanças ocorridas na sociedade em virtude da informatização, explosão das comunicações e aplicação de novas tecnologias de coleta, armazenamento e tratamento de dados pessoais, estes últimos tidos como parte daqueles que se convencionou denominar direitos da personalidade, que possuem especial tutela por parte dos sistemas constitucionais ocidentais sob a forma de direitos fundamentais.

2.1 O Estado Moderno e o seu papel

A arquitetura jurídica de proteção aos dados pessoais, fundada somente no direito individual, mesmo que no plano constitucional como o caso brasileiro, isoladamente não parece mais adequada para cumprir a sua função de proteger ao cidadão, claramente o polo mais frágil na relação existente entre o titular dos dados e o controlador dos dados, conforme a terminologia trazida pela nova lei de proteção de dados pessoais brasileira (Lei Federal nº 13.709/2018), tendo em vista o poder de controle que as corporações de Internet e o Estado assumem com o advento de

estruturas de organização e processamento de informações massificado, ou seja: ao direito individual de proteção de dados pessoais soma-se uma nova dimensão cujo interesse é eminentemente coletivo e que se relaciona com a capacidade de se construir, com base nos hábitos pessoais dos indivíduos, padrões de comportamento e personalidade passíveis de direcionamento publicitário.

Assim, abre-se margem para uma reflexão sobre o tema que se expande para além do direito privado e entra no contexto dos fundamentos do Estado democrático, especificamente no que diz respeito à liberdade política, livre e informada, e se projeta para toda a coletividade, assumindo assim uma nova dimensão social, ao contrário de um discurso fechado ligado exclusivamente ao direito individual. De fato, há um distanciamento entre a velocidade da inovação tecnológica e do planejamento sócio-institucional (RODOTÀ, 2008).

Diante da amplitude de tal objeto, que trata tanto da captura de dados pelos agentes privados do mercado, os quais se utilizaram dos dados para a construção de uma nova versão do capitalismo que pode ser identificado o capitalismo informacional (CASTELLS, 2018), ou capitalismo de vigilância (ZUBOFF, 2019), ou ainda mercadores da atenção (WU, 2017), materializados tanto na forma das grandes corporações de Internet, tais como Google, Facebook, Twitter, Apple e Amazon, quanto pelo Estado. Este último, a princípio, participa da coleta de informações como elemento que visa à eficiência na construção de políticas públicas, mas cujo poder eventualmente pode se degenerar para formas de controle social, a depender da montagem institucional do sistema político e jurídico.

Assim, a opção que se adota é a de lançar lume ao Estado como grande agente captador de dados necessários à sua atuação como prestador de serviços públicos, e agente do bem comum, sobre o qual a evolução da tecnologia outorga um mecanismo de controle e poder como nunca visto na história, demonstrando-se a necessidade da construção de mecanismos de limitação e proteção à privacidade, a bem da própria noção de liberdade democrática.

De forma introdutória, pode-se dizer que o Estado moderno surgiu como instituição moldada pelo pensamento iluminista, que elevou a razão como grande motor do desenvolvimento das instituições humanas. Segundo o desenho clássico, o Estado traduz-se em um poder supremo no plano interno e um poder independente no plano externo. Trata-se de elemento que surge como produto exclusivo da imaginação humana e que se constrói como personificação do mito nacional,

estabelecendo os laços culturais que unem e submetem as pessoas a uma entidade política única que assume a função de proteção e ordenação social. Na expressão de Max Weber (2004, p. 526), o Estado “[...] é uma relação de dominação de homens sobre homens, apoiada por meio da coação legítima”, e é fundamentado na ideia de unidade política soberana e é fenômeno cujo paroxismo é o surgimento do Estado-Nação, assumindo na contemporaneidade uma série de funções, econômicas, jurídicas e sociais, que extrapolam o desenho institucional originalmente criado de mero ente monopolizador da violência, passando a cumprir atividades diversas, relacionadas à inclusão social, fomento econômico e diminuição de desigualdades. O Estado é, no final das contas, a entidade que materializa a vontade geral e tem por instrumento de legitimação a democracia.

Tal modelo de Estado encontra-se em crise devido a fenômenos como a globalização, internacionalização e integração interestatal, permanecendo operacional somente dentro de um sistema de comunidade juridicamente organizada por ser um modelo aceitável de racionalização das sociedades modernas, em que consiste uma tecnologia política de equilíbrio político-social por meio da qual há a possibilidade de combate ao arbítrio e privilégios (CANOTILHO, 2003).

Tem-se assim que a definição do Estado como detentor do monopólio da violência sobre o território em que detém a soberania não se mostra suficiente para atender às demandas da sociedade no atual estágio de desenvolvimento da entidade estatal. Há um aparente afastamento do Estado em relação aos anseios coletivos, devido à complexidade inerente à nova sociedade informacional, que coloca sob pressão os pressupostos básicos do Estado de ser o eixo centralizador de poder e da formação de políticas públicas. Manuel Castells pontua tal fenômeno quando afirma que:

A capacidade de construir o consentimento, ou pelo menos de instilar medo e resignação em relação à ordem existente, é essencial para fazer cumprir as regras que governam as instituições e as organizações da sociedade.

[...] o processo de institucionalização das normas e regras, bem como o desafio a essas normas e regras por atores que não se sentem adequadamente representados no funcionamento do sistema ocorrem simultaneamente em um movimento de reprodução da sociedade e produção de mudança social. (CASTELLS, 2015, p. 21)

O Estado, a despeito do mantra de liberalismo econômico e globalização que rejeitam o fortalecimento das estruturas a ele relacionadas, assumiu no pós-segunda guerra também funções que extrapolam o desenho básico de proteção à vida e à propriedade, como proteção social, regulação econômica e provimento de estabilidade jurídica. Para a realização de tais funções o Estado necessita de informações capturadas no tecido social. A bem da verdade, ao apropriar-se dos dados produzidos pelas pessoas, empresas e instituições, o Estado visa atingir aquilo que Jacques Ellul denominou de “eficácia”, ou seja, a busca pelo meio mais “eficiente” em todos os âmbitos da vida humana (1968, p. 18) e permeia a sociedade em todos os seus elementos tornando em si própria, valor fundamental à própria sociedade.

Não se pode mais dispensar as máquinas que estão em nossas casas, em nossas escolas, em nossos hospitais, nas empresas e nos mais diversos aspectos da vida, que permitem a criação de uma massa de dados que tratados, medidos e mensurados permitem o surgimento de uma nova matriz de valor que é a informação. No âmbito do Poder Público, a informação constitui (ou deveria constituir) a base sobre a qual são construídas as políticas necessárias para atendimento das necessidades da sociedade.

Alude a tal tema o jurista italiano Stefano Rodotà (2008), para quem a coleta de informações pessoais pelo Estado e pelo mercado privado tem por norte dois objetivos. O primeiro se refere à aquisição dos elementos necessários à preparação e gestão de programas de intervenção social, como políticas públicas destinadas à consecução dos objetivos estatais, bem como à elaboração de estratégias privadas de cunho mercadológico às empresas privadas. O segundo, talvez mais adequado ao contexto a que se pretende aprofundamento, refere-se ao “[...] controle da conformidade dos cidadãos à gestão política dominante ou aos comportamentos prevalentes.” (RODOTÀ, 2008, p. 29). Alerta o referido autor:

[...] a sensibilidade aos riscos políticos ligados aos registros de massa vai bem além da classe média realmente, visto que a possibilidade de discriminação atinge sobretudo as diferentes minorias e os que pertencem à classe operária. Assim tendem a mudar os sujeitos que solicitam a defesa da privacidade e muda a própria qualidade de tal pedido: estando em primeiro plano as modalidades de exercício do poder por parte dos detentores públicos e privados das informações, a invocação de privacidade supera o tradicional quadro individualista e dilata-se em uma dimensão

coletiva, tendo em vista que não se leva em consideração o interesse do indivíduo enquanto tal, mas como pertencente a um determinado grupo social. (RODOTÀ, 2008, p. 30)

Os dados deixaram de ser somente um aspecto relacionado à proteção da vida privada dos indivíduos já que as possibilidades de análise massificada permitem a construção de perfis preditivos de comportamento social, havendo assim uma ampliação do uso da informação como elemento meramente funcional, passando esta a servir como motor de toda uma indústria ligada à construção e direcionamento personalizado de publicidade empresarial que se espalha para a atividade política e por consequência ao Estado sob a forma de propaganda ideológica direcionada. De acordo com Bruno Ricardo Bioni (2019, p. 11):

[...] a inteligência gerada pela ciência mercadológica, especialmente quanto à segmentação dos bens de consumo (marketing) e a sua promoção (publicidade), os dados pessoais dos cidadãos converteram-se em um fator vital para a engrenagem da economia da informação. E, com a possibilidade de organizar tais dados de maneira mais escalável (e.g., Big Data), criou-se um (novo) mercado cuja base de sustentação é a sua extração e comodificação.

O referido autor afirma a existência de uma “economia de vigilância”, termo que dialoga com a expressão adotada por Stefano Rodotà, “sociedade da classificação” (2008, p. 111), e com o “capitalismo da vigilância” de Zuboff (2015), quando estes dissertam sobre as polaridades que imanam da nova realidade que surge com a adoção das novas tecnologias que surge como força estruturante no corpo social.

Pretende-se estabelecer aqui a relação entre Estado, Democracia e a potencial interferência das novas tecnologias computacionais, pois com a criação do chamado “*Big Data*” surge a possibilidade de crescer o poder de controle do Estado sobre seus cidadãos com a captação de perfis individuais. A terminologia “Big Data”, utilizada por Cox e Ellsworth (1997) em artigo elaborado para a conferência do Instituto de Engenheiros Eletricistas e Eletrônicos dos Estados Unidos (IEEE), significa a possibilidade de traduzir padrões de utilização com bases estatísticas, valendo-se das ferramentas informacionais (computadores, celulares, veículos, redes sociais) inseridas na grande rede de troca de informações que denominamos hoje de Internet, e criar modelos de comportamento social passíveis de serem utilizados para um fim útil (PUGLIESE; BRANDÃO, 2015).

2.2 O Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático é uma evolução do conceito de Estado civil hobbesiano, que nasceu da luta contra o absolutismo por meio da afirmação da existência de direitos naturais intrínsecos à condição humana em clara influência do jusnaturalismo (DALLARI, 2007) e, apesar das reservas feitas pelos artífices do Estado moderno, como Locke e Rousseau, que compreendiam o fenômeno da vontade popular como instrumento do direcionamento do Estado de forma limitada, consiste no princípio de participação popular na escolha dos representantes políticos e na governança do Estado, esta deverá ser limitada.

Segundo Hobbes, os homens são iguais, mas tendem à guerra de todos contra todos. A razão, como elemento essencial do ser humano levaria à necessidade de defesa da paz como primeira lei natural, surgindo assim o Estado para retirar o homem desse estado natural de guerra. Para Hobbes, o Estado surge no momento em que o indivíduo, abrindo mão de parte de sua seara privada, cede para um soberano. O grande Leviatã é, ao mesmo tempo, causa e solução decorrente do pacto social como se, figurativamente, fosse um “Deus mortal”, sendo seu princípio e finalidade voltados à proteção da paz.

Há em Rousseau e Locke a presença dos elementos liberais que constituem o fundamento democrático do Estado e os aspectos fundamentais da ideia de participação popular na formulação das leis e políticas públicas. Em seu Segundo Tratado sobre o Governo, Locke afirma:

[...] a maioria detém naturalmente todo o poder comunitário, que ela pode utilizar para, de tempos em tempos, fazer leis para a comunidade, e para providenciar o cumprimento destas leis por funcionários por ela nomeados: neste caso a forma de governo é uma democracia perfeita. (LOCKE, 2018)

Um dos elementos formadores do Estado nação moderno é o “Povo”, cujo conceito, segundo Paulo Bonavides (2018, p. 79) pode ser estabelecido sob o ponto de vista jurídico, político e sociológico, passando de “objeto” durante o período absolutista para “sujeito” nos regimes democráticos. O direito de sufrágio foi construção paulatina decorrente do desenvolvimento do Estado liberal com a introdução do princípio democrático e do nascimento do conceito de povo sob o

ponto de vista político, que se confunde com cidadania, ou seja, a relação de pertencimento a um determinado Estado. Conforme o referido autor:

Embora restrito, o sufrágio inaugura a participação dos governados, sua presença oficial no poder mediante o sistema representativo, elegendo representantes que intervirão na elaboração das leis e que exprimirão pela primeira vez na sociedade moderna uma vontade política nova e distinta da vontade dos reis absolutos. (BONAVIDES, 2018, p. 79)

Lembrando do capítulo único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, que afirma que “todo poder emana do povo” (BRASIL, 1988), o fundamento democrático nacional se assenta na suposta da vontade popular livre, pois somente esta outorga legitimidade para as decisões governamentais e à produção legislativa. De acordo com Canotilho,

O Estado constitucional é “mais” do que Estado de Direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para “travar” o poder (‘to check the power’); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (‘to legitimize State power’). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a legitimidade do direito, dos direitos fundamento e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político. (CANOTILHO, 2003, p. 100)

A democracia foi erigida sobre uma base de igualdade formal entre aqueles que votam, evocando o ideário iluminista que serviu para a construção das primeiras democracias modernas, adicionando-se ao fundamento democrático elementos com alto grau principiológico, que servem como legitimadores dos efeitos jurídicos das decisões políticas, tais como a liberdade (ou melhor, as liberdades, de pensamento, expressão, informação) e a participação social, de fato,

Modernamente, a democracia foi pensada para operar no Estado nacional e a partir de seus paradigmas, ou seja, foi concebida como um regime político que tem como propósito limitar o exercício do poder soberano do Estado, por meio da participação política povo que habita seu território, ao eleger representantes que governarão em seu nome. Observa-se, pois, que a democracia representativa está vinculada ao Estado nacional. (GASPARDO, 2016, p. 21)

Todavia, para a devida compreensão do fenômeno democrático na atualidade, tem-se que trazer ao contexto fatos novos que não podem ser ignorados na compreensão atual do papel e instituição do Estado: o surgimento da informática, cibernética, da Internet e a sua disseminação, que transformaram todos os aspectos humanos e constituem fundamento das mudanças sociais e econômicas vistas no fim do século XX e início do século XXI, forçando a dogmática jurídica, diante do fato que transformou a sociedade humana em uma “aldeia global” (MCLUHAN, 1972), a concentrar-se na construção de mecanismos jurídicos para a solução dos inevitáveis conflitos. Lembrando a preciosa lição de Norberto Bobbio para quem uma definição mínima de democracia,

[...] não bastam nem a atribuição a um elevado número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, nem a existência de regras de procedimento como a maioria (ou, no limite, da unanimidade). É indispensável uma terceira condição: é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra. (BOBBIO, 2000, p. 32)

O fenômeno técnico possibilitou a criação de um mundo interconectado por redes de informações e influencia o Estado e o próprio indivíduo, surgindo um novo modo de estrutura social e de produção, denominado por Manuel Castells de informacionalismo, cuja característica marcante é a ação de conhecimentos sobre conhecimento como maior fonte de produtividade. Segundo o autor “No novo modo informacional de desenvolvimento, a fonte de produtividade se acha na tecnologia de geração de conhecimentos, de processamento da informação e de comunicação de símbolos” (CASTELLS, 2018, p. 74). Referido autor ainda arremata:

O processo de formação e exercício das relações de poder é transformado de forma decisiva no novo contexto organizacional e tecnológico que se origina no surgimento de redes digitais globais de comunicação como o sistema fundamental de processamento dos símbolos de nossa era. (CASTELLS, 2015, p. 22)

Dentro deste contexto se mostram relativizados conceitos anteriormente considerados definitivos no desenho institucional do Estado tendo em vista que há uma contestação de elementos outrora indispensáveis, tais como territorialidade e soberania, bem como o surgimento de novas fontes de poder e representação, como

as corporações e movimentos sociais. Nesse contorno de ideias a própria ideia de democracia e pluralismo se encontram em um ponto de encruzilhada. Segundo David Held, aparentemente, a democracia tem sido falha ao dar respostas às novas demandas da sociedade interconectada, em uma aparente crise do Estado-nação liberal, pois

[...] a ordem internacional dos dias de hoje caracteriza-se pela persistência do sistema do Estado soberano e o desenvolvimento de estruturas múltiplas de autoridade. Existem sérias objeções quanto a esse sistema híbrido. Fica aberta a questão sobre a real capacidade de o sistema oferecer soluções aos problemas fundamentais do pensamento político moderno, que se tem ocupado, entre outras coisas, da lógica e dos princípios da ordem e da tolerância, da democracia e da responsabilidade, e do governo legitimado. (HELD, 1991, p. 161, tradução nossa)³

A resposta por tal crise deve passar necessariamente pela compreensão da interferência do fenômeno técnico na sociedade, aspecto que extrapola os limites rígidos da sociologia, mas adentra ao Direito como força capaz de modificar os pilares de um sistema que apenas aparenta ser dominante no mundo ocidental e que tem seus fundamentos colocados sob um estresse constante vindo dos atores políticos de todos os espectros ideológicos.

Estabelece-se nesse diapasão uma relação dicotômica artificial entre polos políticos. Como bem colocado por Rodotà (2008, p. 42),

[...] os pares opostos, assim, multiplicam-se: autoritarismo/democracia, centralização/descentralização, regulamentação/desregulamentação, transparência/intimidade, decisão/participação. E seria possível continuar sublinhando talvez que em cada um desses pares não se renovem somente debates tradicionais, mas se assista a uma transformação tecnológica dos próprios termos das contraposições. Atualmente esse é o plano de fundo sobre o qual se projetam as políticas de proteção de dados.

³ “It is part of the argument of this essay that the international order today is characterized by both the persistence of the sovereign states system and the development of plural authority structures. The objections to such a hybrid system are severe. It is open to question whether it offers any solutions to the fundamental problems of modern political thought which have been preoccupied by, among other things, the rationale and basis of order and toleration, of democracy and accountability, and of legitimate rule”. (HELD, 1991, p. 161)

De fato, como mencionado por Stefano Rodotà (2008, p. 40), a difusão das informações no nível do sistema político pode produzir um crescimento da participação, ou seja, uma aparente legitimação das decisões daqueles outorgados do poder político, todavia, “[...] a corrupção interessada na forma pela qual as informações são difundidas pode favorecer um tipo de feudalismo funcional mais do que uma retomada da dialética entre os diversos grupos.”

2.3 Liberdade e privacidade

Para que se adote a opção de se realizar um corte epistemológico destinado a lançar luzes sobre a relação entre Estado e seus cidadãos sob a ótica privacidade, é indispensável que se estabeleça uma compreensão acerca da liberdade como elemento da democracia e como constituinte do Estado democrático de direito.

A origem etimológica do vocábulo “liberdade” é o latim “*libertas*”. Este possui um campo semântico polissêmico que surge da ideia de “condição de quem é livre”. Ser livre, além do sentido de independência legítima contida nos dicionários, também é o dispor de verdadeira liberdade de ação na condição de possuidor da *civitas*, ou seja, liberdade no campo político. A liberdade do agir político é representada nas modernas democracias como o direito de votar e ser votado e se integra com o conceito de democracia, ao menos nos moldes da cultura política ocidental de origem iluminista.

Mas não basta o singelo acesso ao voto uma vez que é por meio das relações sociais que o homem pode desenvolver suas potencialidades em sua máxima expressão, como ser autônomo e dotado de razão, naquilo que Hannah Arendt denominou de “*vita activa*” composto de “trabalho”, “obra” e “ação”. A “ação” é a condição essencial da vida política e tem por elemento essencial o discurso, sendo o domínio político resultado da ação em conjunto, ou seja, do compartilhamento de palavras e atos. Segundo a autora, “A ação, portanto, não apenas mantém a mais íntima relação com a parte pública do mundo comum a todos nós, mas é a única atividade que o constitui.” (ARENDT, 2014, p. 245)

O exercício pleno da cidadania, representada pelo direito ao sufrágio e participação popular na formulação de políticas públicas, somente constitui uma base firme à construção do Estado quando aqueles que são os detentores dos direitos políticos, os indivíduos, têm a liberdade para o seu exercício não limitada por

questões estruturais como a educação não universal e quando o acesso às informações relevantes é concedido a todos de modo linear. O novo mundo das comunicações eletrônicas tornou mais simples o acesso às informações (ao menos para aqueles conectados à Internet) e permitiu, de um modo que pode até ser adjetivado como subversivo, que todos tenham a liberdade de tornar públicas suas ideias, independentemente da ideologia ou do viés adotado. Criou-se uma ágora eletrônica na qual todos são convidados a participar, sejam dotados de boas informações ou intenções ou não.

Metaforicamente ocorre uma celebração a diferentes posicionamentos e opiniões que se espalham pela rede como rastilho de pólvora e que deixam uma marca profunda e irreversível em todos os aspectos da sociedade, mudando, inclusive, a forma pela qual nos relacionamos. Como não poderia deixar de ser, os processos políticos em todo mundo não passaram incólumes. O modo pelo qual se faz política também mudou, na proporção em que a privacidade, que deveria ser elemento essencial no processo decisório do eleitor, também mudou, relativizando-se. Alan Westin (2015, p. 37) lembra que “O sentimento do indivíduo de que é ele próprio que decide o que, ou quando, algo se torna público, é aspecto essencial da construção da personalidade, da sensação de autonomia do ser humano.”

Sobre a liberdade e sua extensão quando à personalidade e intimidade do indivíduo, objeto e conteúdo da personalidade, vale lembrar sua amplitude segundo os preceitos do liberalismo oitocentista. De fato,

[...] esta é, então, a esfera apropriada da liberdade humana. Esta esfera abrange, em primeiro lugar, o domínio interior da consciência; requerendo liberdade de consciência, no sentido mais lato; liberdade de pensamento e sentimento; total liberdade de opinião e sentimento em todos os assuntos, práticos ou teóricos, científicos, morais ou teológicos. Poderá parecer que a liberdade de expressar e publicar opiniões cai no âmbito de um princípio diferente, dado que pertence àquela parte da conduta de um indivíduo que diz respeito a outras pessoas; mas, tendo quase tanta importância como a própria liberdade de pensamento, e assentando em grande parte nas mesmas razões, é na prática inseparável dela. Em segundo lugar, o princípio requer liberdade de gostos e objetivos; de moldar o nosso plano de vida de modo a adequar-se ao nosso caráter; de fazer o que quisermos, sofrendo quaisquer consequências que daí resultem: e tudo isto sem obstrução por parte dos nossos semelhantes, desde que o que façamos não lhes cause dano, mesmo que considerem a nossa conduta tola, perversa ou incorreta. Em terceiro lugar, desta liberdade de cada indivíduo segue-se a liberdade, dentro dos mesmos limites, de um grupo de indivíduos; liberdade de união, para

qualquer propósito que não envolva dano para outros - partindo-se do princípio de que as pessoas que compõem o grupo são maiores de idade e não foram forçadas, ou enganadas. (MILL, 2011, p. 27)

Avançando no tema, uma pergunta legítima nesse ponto é, o que distingue a imprensa, o rádio, ou mesmo a televisão da Internet desse novo mundo informacional? Afinal, não são todos meios de comunicação de massas?

Desde a invenção dos tipos móveis por Gutemberg em no século XV, o mundo passou por uma primeira revolução informacional, ligada especialmente à comunicação de massas, primeiramente pelo meio físico, com a difusão e popularização dos livros, e, em um segundo momento, com a imprensa escrita e a criação do jornalismo. A imprensa tem papel fundamental nos grandes movimentos religiosos, sociais e políticos que se sucederam nos séculos seguintes, e forneceram a base para a reforma religiosa, para o iluminismo e para as revoluções liberais que estabeleceram os fundamentos do mundo moderno. Com o desenvolvimento das tecnologias de radiodifusão, no fim do século XIX e início do século XX, a disseminação da informação e das ideias passou por um novo momento de expansão, mas ainda limitado pelo fato de que a construção do conteúdo difundido é massificada, dirigindo-se a todos os ouvintes e espectadores indistintamente.

A criação da Internet e da socialização da comunicação trouxe mudança substancial na forma pela qual nos relacionamos, permitindo o estabelecimento de redes informáticas cuja amplitude e velocidade se colocam em um patamar inimaginável aos meios de comunicação tradicionais. Tal aceleração permitiu a criação de um espaço público virtual, sob a forma de centros de difusão de ideias que permitem a qualquer indivíduo transmitir sua visão de mundo, bem como àqueles que se identificam com ideários comuns se conectarem. Tal espaço público eletrônico tem efeitos sobre as relações de poder institucional devido ao esgarçamento da representação política tradicional em detrimento a uma democracia de cunho direto. De acordo com Castells (2015), a relação de poder encontra-se imbricada de forma íntima com o controle da comunicação e da informação em novos pilares na economia e na sociedade, seja o do Estado, que impõe todo o seu peso institucional, ou das grandes corporações, que assumem um poder transnacional que suplanta o próprio Estado como fonte de poder. Zygmunt Bauman (2014, p. 19) afirma com propriedade que [...] “em termos práticos, o poder

se tornou verdadeiramente extraterritorial, não mais limitado, nem mesmo desacelerado, pela resistência do espaço.”

A comunicação é o elemento integrador do corpo social, pois:

[...] é por meio da comunicação que a mente humana interage com seu ambiente social e natural. Esse processo de comunicação se opera segundo a estrutura, a cultura, a organização e a tecnologia de comunicação em uma sociedade determinada. O processo de comunicação definitivamente medeia a forma pela qual as relações de poder são construídas e desafiadas em todas as áreas de prática social, inclusive na prática política. (CASTELLS, 2015, p. 21)

Há supostamente a construção de toda uma panaceia de liberdade com a utilização das ferramentas tecnológicas para a construção de autonomia dos atores sociais em face das instituições e organizações. Os meios tradicionais, construídos em suportes de mídia não personalizados, tornaram-se obsoletos com o surgimento de ferramentas como o “streaming” de conteúdo ou as redes sociais, potencializados pelo conceito de mobilidade trazido pelo desenvolvimento dos aparelhos portáteis com acesso à Internet, a exemplo dos telefones móveis.

Todavia, o que se observa é que a construção dos modernos algoritmos que permitem a identificação e a construção de perfis pessoais estabeleceu um novo paradigma a ser explorado. A comunicação continua a ser “de massas”, mas com base em critérios pré-estabelecidos pela tecnologia disponível, que permite que o emissor das ideias possa atingir diretamente aqueles a quem pretende realizar a comunicação, ou seja, a difusão da informação torna-se pessoal e massificada, em um aparente paradoxo. O efeito dessa novilíngua comunicacional dá origem a uma nova fase do capitalismo que evolui de um modelo puramente financeiro e globalizado.

Há críticos a esse novo modelo de capitalismo informacional nascido da evolução da informática e da comunicação, como a professora Shoshana Zuboff (2015, p. 77) que denomina a nova estrutura econômica de “capitalismo da vigilância”, no mesmo contorno de ideias explorado por Rodotà (2008, p. 113), que alertava que “Os riscos da sociedade de vigilância ligam-se tradicionalmente ao uso político de informações para controlar os cidadãos”, em um paralelismo com as sociedades totalitárias.

Mostra-se um desafio a ser superado pelo sistema jurídico adequar-se à nova realidade de vigilância ubíqua que reduz a individualidade, traduzida na liberdade de expor ou não expor atividades ou informações. A mesma tecnologia utilizada pelas gigantes da informação para venda de projetos de publicidade comercial, estados totalitários como a China ou Arábia Saudita estão se valendo para a construção de um sistema de vigilância contínua sobre seus cidadãos em um nível sem precedente (CEGLOWSKI, 2019).

A linguagem jurídica, dessa forma, não se mostra mais suficiente para normatizar os fenômenos da vigilância, abrindo portas para um processo de concentração de dados que permitem em tese o conhecimento universal de todos os indivíduos. Não se mostra mais determinante que se entenda a questão da captura e concentração de dados pessoais apenas como um desdobramento do direito privado ou mesmo como apenas inserido no microcosmo jurídico dos direitos individuais. Há um componente coletivo intrínseco e que passa a fazer parte de qualquer equação que se relacione com a construção de um sistema democrático verdadeiramente livre.

Sobre o tema, é importante que se tenha em mente eventos que demonstram a plausibilidade da tese de interferência indevida das tecnologias de publicidade decorrentes do processamento por big data de informações pessoais em momentos de participação eleitoral. Tem-se como exemplos claros o processo eleitoral relativo ao referendo para a saída do Reino Unido da União Europeia (“*Brexit*”) com o posterior escândalo da empresa de consultoria política e análise de dados denominada “*Cambridge Analytica*” que juntamente com o Facebook atuou na coleta e processamento de dados de milhões de eleitores britânicos para o fim do estabelecimento de estratégias eleitorais. Da mesma forma, tal atuação foi importante para o processo eleitoral de 2016 nos Estados Unidos (THE GUARDIAN, 2018). Ainda, métodos semelhantes para a eleição brasileira de 2018 (RODRIGUES, 2020). Em todos estes exemplos, houve implicação em profundas mudanças na governança do tratamento de dados pessoais (BRADSHAW; NEUDERT; HOWARD, 2018).

O fato é que a privacidade se tornou uma mercadoria, deixando de ser uma coisa gratuita a ser desfrutada. Como se percebe, uma vez que parte de nossa vida é “digital”, nossos dados, ou seja, nossa identidade e como nos comportamos e relacionamos nesse ambiente estão disponíveis o tempo todo para as grandes

empresas da Internet, para o Estado ou, eventualmente, até para os criminosos que se valem da pouca experiência ou conhecimento da imensa maioria dos usuários para copiar dados ou causar prejuízos materiais. A privacidade no ambiente informático é cara, pois precisamos investir dinheiro, tempo e paciência para que seja possível a aquisição mínima de segurança das informações. Todavia, esta é fundamental para a construção de uma sociedade verdadeiramente livre, pois,

[...] privacidade significa ser capaz de manter certas coisas íntimas para você - seus pensamentos, suas experiências, suas conversas, seus planos. Os seres humanos precisam de privacidade para poder relaxar do fardo de estar com outras pessoas. Precisamos de privacidade para explorar novas ideias livremente, para tomar nossas próprias decisões. A privacidade nos protege de pressões indesejadas e abusos de poder. Precisamos que sejam indivíduos autônomos e, para que as democracias funcionem bem, precisamos que os cidadãos sejam autônomos. (VÉLIZ, 2020, p. 3, tradução nossa)⁴

A rigor, como se verá posteriormente, o vácuo deixado pelo sistema jurídico de regulação da publicidade de cunho político-eleitoral permite não somente a disseminação de propaganda dissimulada ou notícias falsas com direcionamento específico para os indivíduos tabulados conforme padrões determinados por seus hábitos, mas também consiste em aspecto de fragilidade do conjunto de direitos e princípios que baseiam o Estado. O vazio de regulamentação abre a possibilidade de controle de um poder de individuação do cidadão sem precedentes. Lembra-se que à liberdade é indissociável o conceito de autonomia, inclusive informativa.

2.4 Privacidade como direito fundamental

Com o advento do que alguns chamam de quarta revolução industrial (SCHWAB, 2016, p. 35), o Direito passa por um estágio de descompasso entre o seu desenho institucional e a realidade das novas tecnologias, tendo que se

⁴ “Privacy is about being able to keep certain intimate things to yourself – your thoughts, your experiences, your conversations, your plans. Human beings need privacy to be able to unwind from the burden of being with other people. We need privacy to explore new ideas freely, to make up our own minds. Privacy protects us from unwanted pressures and abuses of power. We need it to be autonomous individuals, and for democracies to function well we need citizens to be autonomous.” (VÉLIZ, 2020, p. 3)

estruturar e regulamentar fenômenos multidisciplinares e complexos, como o alcance do conceito de privacidade e proteção de dados individuais.

A utilização maciça de sistemas informatizados e de relações estatísticas com imensos volumes de dados em razão da utilização do “*Big Data*”, que “[...] trabalha somente em grande escala de dados, para extrair novas ideias e criar novas formas de valor de maneira que alterem os mercados, as organizações e as relações entre cidadãos e governos” (MAYER-SCHONBERGER; CUKIER, 2013, p. 4), acarretam não somente no armazenamento estático das informações como permitem a antecipação de tendências e a criação de perfis, transformando todos em meros consumidores e, portanto, objeto valioso para a realização de campanhas publicitárias tanto comerciais quanto políticas.

Para os fins deste estudo o vocábulo “privacidade” será utilizado como expressão multívoca, que tanto se insere no aspecto íntimo do indivíduo que consiste na intimidade, ideologia e nos segredos de pensamento quanto na esfera privada, que representa o círculo íntimo do indivíduo, seu núcleo familiar, seus amigos mais próximos, cujas relações têm tutela especial pelo Estado. Assim privacidade terá sentido amplo, abrangendo os diversos aspectos que lhe são inerentes, sendo certo ainda que, mesmo a esfera social, ou seja, aquilo que o indivíduo não deseja que seja reservado, o modo pelo qual este se apresenta na polis, tem relevância para a construção de um sistema adequado de tutela da privacidade. A esfera social talvez seja, no atual desenvolvimento da técnica, a maior fonte de dados pessoais.

De fato, vale ressaltar que

[...] a distinção entre a esfera pública e a privada, que para os romanos e os gregos era clara, perde nitidez na era moderna. Para aqueles, o privado (*privus*), que não se confundia com riqueza privada, era o terreno do que era próprio ao homem, como ser jungido ao trabalho e à sobrevivência, à busca de que lhe era útil. Já o público era o âmbito do político, do encontro dos homens para o seu governo. Esta distinção, na era moderna, se vê atravessada pela noção do social, comum tanto ao público (político) como ao privado (familiar). A afirmação generalizada da “sociabilidade” trouxe o problema da distinção entre o social público (área da política) e o social privado (área do econômico, do mercado), donde o aparecimento de duas novas e importantes dicotomias que estão na raiz dos direitos humanos modernos: Estado e sociedade, sociedade e indivíduo. É nesse contexto que surge a privacidade. O social privado, o mercado, passa a exigir a garantia de um interesse público (livre concorrência, propriedade privada dos bens de produção) que

não se confunda com o governo (política), embora dele precise. Mas contra a presença abrangente e avassaladora do mercado que nivela os homens à mercadoria, contrapõe-se a privacidade do indivíduo. (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 441)

A tecnologia de processamento de dados de modo massificado torna possível, por meio da obtenção e tratamento de dados não relacionados em princípio à intimidade do sujeito e que podem, eventualmente, ser considerados irrelevantes, tais como histórico de navegação, páginas acessadas na rede social, visitas, opiniões “curtidas”, a construção de perfis completos de personalidade que se transformam em mercadoria altamente valorizada no “capitalismo informacional” citado por Castells (2018, p. 55), que é semelhante à advertência feita por Stefano Rodotà, já na década de 1970, sobre o fato de que o aumento da capacidade técnica permite por meio da correlação de dados em grandes volumes a construção de perfis individuais de comportamento o que se conhece hoje por “big-data”. Segundo Marcel Leonardi (2011, p. 60):

Stefano Rodotà já advertia havia tempo que a proteção da privacidade nesses casos decorria da dispersão dos dados pessoais. Ao serem centralizados e atualizados continuamente, certos dados permitem visualizar um dossiê completo do indivíduo: “Cada um dos dados, considerado em si, pode ser pouco ou nada significativo: ou melhor, pouco ou nada diz além da questão específica a que diretamente se refere. No momento em que se torna possível conhecer e relacionar toda a massa de informações relativas a uma determinada pessoa, do cruzamento dessas relações surge o perfil completo do sujeito considerado, que permite sua avaliação e seu controle por parte de quem dispõe do meio idôneo para efetuar tais operações.

Epistemologicamente o conceito de dados deve ser separado do sentido de informação. O primeiro encontra-se em um estágio de matéria prima da informação, ou seja, disperso, em estado bruto e não organizado e com utilidade limitada. Sobre o tema Norbert Wiener menciona que a informação seria o vocábulo que indica o objeto permutado com o mundo exterior ao nos integrarmos a ele permitindo que essa nossa integração seja percebida.

O processo de receber e utilizar informações é o processo de nosso ajuste às contingências do meio ambiente e do nosso efetivo viver neste ambiente. As necessidades e a complexidade da vida moderna

aumentam o fenômeno do intercâmbio de informações de forma mais intensa do que em qualquer outra época. (WIENER, 1969, p. 17)

Olhando de forma específica para o sistema jurídico brasileiro a questão do sigilo de dados é hipótese trazida pela Constituição Federal de 1988 e está relacionada de forma intrínseca com o direito fundamental de intimidade. A informação pessoal está ligada intimamente à privacidade, plasmando o seu próprio conceito. Objetivamente há que se destacar que a proteção dos dados pessoais passa necessariamente pelo inciso X do Art. 5º da Constituição Federal, que determina a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando a estas o domínio exclusivo de tais aspectos em vários sentidos. Complementando tal aspecto fundamental para entendermos a privacidade como direito fundamental, o inciso XII do mesmo dispositivo constitucional, que determina a inviolabilidade da comunicação dos dados (BRASIL, 1988). O objeto da proteção não se refere aos dados pessoais em si considerados, mas sim ao direito inerente ao indivíduo de controlar as finalidades e as formas de utilização de seus dados.

De certo modo há no sistema brasileiro de forma reflexa a previsão de proteção dos dados pessoais como dimensão do direito individual à privacidade, aspecto consolidado em especial nos sistemas jurídicos ligados ao direito continental europeu, apartando-se do desenho do instituto no sistema constitucional estadunidense, mais próximo do direito à propriedade e direito de refúgio íntimo.

2.5 Necessidade de um novo contrato social - a sociedade em rede

Ao mesmo tempo em que as necessidades sociais do novo mundo informacional implicam na imposição de novas atribuições, o Estado-nação perde a sua exclusividade como fonte de poder, transformando-se em apenas mais um dos focos nodais de um novo sistema caracterizado pela pluralidade de fontes de autoridade. Isso não significa que o Estado perde o seu poder de decisão. Todavia, uma vez parte de uma rede (de poderes e contra poderes), torna-se por si mesmo diminuído de tal poder: passa a depender de um sistema mais amplo de exercício de autoridade e influência de múltiplas fontes (CASTELLS, 2018). Tal fenômeno foi apontado por Manuel Castells em seu prefácio à edição de 2010 do livro “Sociedade

em Rede”, em que destaca ainda o papel da globalização na mudança da sociedade em sua relação ao Estado:

Como as redes não param nas fronteiras do Estado-nação, a sociedade em redes constituiu como um sistema global, renunciando a nova forma de globalização característica do nosso tempo. No entanto, embora tudo e todos no planeta sentissem os efeitos daquela nova estrutura social, as redes globais incluíam algumas pessoas e territórios e excluíam outros, induzindo, assim, uma geografia de desigualdade social, econômica e tecnológica. Em uma transformação paralela, movimentos sociais e estratégias geopolíticas se tornaram em grande parte globais a fim de agir sobre as fontes globais de poder, ao passo que as instituições do Estado-nação, herdadas da Era Moderna e da sociedade industrial, foram gradualmente perdendo sua capacidade de controlar e regular os fluxos globais de riqueza e informação. A ironia histórica é que os Estados-nação estavam entre os agentes mais ativos da globalização ao tentar tirar proveito de mercados irrestritos e fluxos livres de capital e tecnologia. (CASTELLS, 2015, p. 12)

Ainda assim o Estado, que assume seu papel como entidade autônoma nessa geografia interconectada, traz para si uma gama de atividades concretas que são relacionadas à consecução dos objetivos, em sentido amplo, da “República”, da sociedade, exercidas pelo que se convencionou denominar de políticas públicas, sejam de cunho político ou administrativo, que pressupõem um conjunto de ações denominadas por J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 409) como “políticas sociais activas”. Tais políticas se consubstanciam na criação de equipamentos públicos, como hospitais e escolas, serviços de segurança pública e fornecimento de prestações, na forma de programas como o seguro-desemprego e bolsa família. De acordo com o constitucionalista português, trazendo o contexto constitucional lusitano, “é líquido que as normas consagradoras de direitos sociais, econômicos e culturais da Constituição Portuguesa de 1976 individualizam e impõem políticas públicas socialmente ativas” (CANOTILHO, 2003, p. 409).

A linha de raciocínio adere o pensamento de Robert Alexy (2015) que afirma a existência de direitos à prestação em sentido estrito ou direitos fundamentais sociais, que seriam aqueles outorgados ao indivíduo em face do Estado, quando não possível a sua obtenção do mercado por ausência de oferta ou de recursos, sendo direitos fundamentais sociais a assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação.

Para o exercício de suas funções, ao Estado se torna indispensável a aplicação eficiente de recursos extraídos da sociedade e necessários para a manutenção das atividades governamentais e para a implementação de políticas e investimentos públicos. A eficiência do Estado também é pressuposto da “República”, dada a finitude orçamentária e da participação coletiva de todos no financiamento das atividades estatais. A busca de informações se estabelece com indispensável para a construção de um sistema adequado de aplicação de recursos. Tome-se o exemplo de necessidade de estatísticas de saúde, ou mapas de criminalidade, distribuição de renda, acesso aos serviços básicos, avaliação de políticas afirmativas, acesso à educação formal. Existe uma gama imensa de atividades eminentemente estatais que necessitam do acesso aos dados dos cidadãos, inclusive aqueles considerados “sensíveis”, conforme nomenclatura legal.

A construção de bancos de dados com informações sobre os indivíduos não é fenômeno puramente contemporâneo. Conforme Danilo Doneda (2019), a primeira entidade que voltou seus interesses para os dados pessoais foi o próprio Estado. No decorrer da história foi sendo realizada pelo centro de poder a coleta de dados relativos aos cidadãos, seus bens e famílias, visando realizar o controle social, demográfico e econômico de suas respectivas populações. Segundo o referido autor

[...] em primeiro lugar, foi o Estado que por primeiro se encontrou na posição de se utilizar largamente informações pessoais. Os motivos são razoavelmente claros: um pressuposto para uma administração pública eficiente é o conhecimento tão acurado quanto possível da população (não por acaso, à formação do ‘welfare state’ seguiu-se um período de voraz demanda por informação pessoal por parte do Estado), que implica, por exemplo, na realização de censos e pesquisas e no estabelecimento de regras para tornar compulsória a comunicação de determinadas informações pessoais à administração pública. Em relação ao controle, basta acenar às várias formas de controle social que podem ser desempenhadas pelo Estado e que seriam potencializadas com a maior disponibilidade de informações sobre os cidadãos, aumentando seu poder sobre os indivíduos – não é por outro motivo que um forte controle da informação é característica comum aos regimes totalitários. (DONEDA, 2019, p. 34)

Tem-se de um lado as necessidades do Poder Público, que se torna repositório de imensas parcelas de informações em forma de dados pessoais cuja necessidade é crescente no atual mundo interconectado e que traz à discussão conceitos como interesse público e publicidade das informações e, de outro lado, o

direito fundamental à privacidade de dados, que vai além do “direito de estar só”. Tais aspectos contraditórios se encontram em aparente descompasso, mas cuja dialética mostra-se necessária para a construção de consensos com o objetivo de proteção aos direitos do homem.

Torna-se imperiosa a importante missão de serem estabelecidos os limites para a dicotomia público-privado quando a tecnologia superpõe o papel do Estado e das corporações. Tal dicotomia vem marcada pela progressiva perda do sentido da ação política em face de um ente despersonalizado comumente denominado de “mercado”: um elemento econômico poderoso e despersonalizado, que direciona os rumos da sociedade, economia e do próprio Estado como agente de promoção de políticas públicas. Ao Estado é dado o papel de ser o agente regulador, sendo o fiel da balança entre o indivíduo e o mercado e, ao mesmo tempo, voraz consumidor de dados, visando o atendimento de seus objetivos. O Estado, como núcleo social de poder, é um dos grandes consumidores de informações construídas por meio de dados no cumprimento do interesse coletivo.

Ao olharmos para o futuro vale citar o alerta sempre lúcido de Rodotà ao refletir sobre quais seriam as saídas para a estruturação dos direitos dos indivíduos em face da tecnificação da sociedade contemporânea. Longe de ser um ludita, o jurista italiano afirma peremptoriamente que:

[...] não é possível deixar retardar tudo para o futuro e pensar que o presente possa ser gerido somente pela ineficiência. Mesmo porque a espera messiânica de um novo “Bill of Rights” apresenta não somente o risco de criar uma perigosa situação de inércia, enquanto os computadores proliferam sem controle na nossa sociedade; mas, sobretudo, cria a ilusão de o novo estado de coisas possa ser governado mediante uma única intervenção, ao passo que a experiência demonstra que é necessária uma gama articulada de medidas correspondentes aos diversos níveis nos quais a tecnologia da informação já produz seus efeitos.

O que se impõe é uma escolha estratégica, que permita dispor as diversas medidas em uma linha coerente. Tal escolha não é entre o otimismo ou pessimismo em relação às futuras implicações sócio-políticas de sistemas informativos cada vez mais complexos. Seu ponto inicial deve ser, de preferência, a constatação do fato de que, hoje, a verdadeira utopia é aquela de quem acredita que seja possível extirpar a infraestrutura informativa das nossas organizações sociais: mesmo que isso não queira dizer que a tecnologia deva ser vista como um valor sempre progressivo, substituindo a ideologia do ‘laissez-faire’ por aquele do ‘laissez-innover’; nem que se possa ocultar o caráter totalitário do

computador por trás da sua cortina da eficiência. (RODOTÀ, 2008, p. 39)

A sociedade que emerge nesse contexto dos elementos de tensão política provocada pelas exigências de liberdade e igualdade da burguesia (HELLER, 2015), estrutura-se como uma rede que consiste na interligação de toda trama social e todos os ramos da atividade humana que se aglutinam em nós consistentes em pontos de referência de identidade de valores e interesses, que se interconectam por meio de linhas de transmissão da informação, gerando uma interdependência multifacetária e multidimensional.

Conclui-se da observação das estruturas sociais contemporâneas que o movimento histórico estabelece como tendência a organização em torno de redes das funções e processos dominantes na era da informação. De acordo com Castells (2018, p. 553),

[...] embora a forma de organização em redes tenha existido em outros tempos e espaços, o novo paradigma da tecnologia da informação fornece a base material para sua expansão penetrante em toda a estrutura social.

[...]

A presença na rede ou a ausência dela e a dinâmica de cada rede em relação às outras são fontes cruciais de dominação e transformação de nossa sociedade: uma sociedade que, portanto, podemos apropriadamente chamar de sociedade em rede, caracterizada pela primazia da morfologia social sobre a ação social.

Tal arquitetura representa o que o mesmo autor denominou de “sociedade em rede”, sendo entendido por “rede” o conjunto de “nós” interconectados, e os nós, concretamente, qualquer estrutura que corresponda a um ponto de contato entre outro nó. Sob o ponto de vista prático, o conteúdo intrínseco ao que um nó é dependente do tipo de rede concreta a que se refere. Assim, Castells traz os seguintes exemplos:

[...] são mercados de bolsas de valores e suas centrais de serviços auxiliares avançados na rede dos fluxos financeiros globais. São conselhos nacionais de ministros e comissários europeus da rede política que governa a União Europeia. São campos de coca e de papoula, laboratórios clandestinos, pistas de aterrissagem secretas, gangues de rua e instituições financeiras para lavagem de dinheiro na rede de tráfico de drogas que invade as economias, sociedades e Estados no mundo inteiro. São sistemas de televisão, estúdios de

entretenimento, meios de computação gráfica, equipes para cobertura jornalística e equipamentos móveis gerando, transmitindo e recebendo sinais na rede global da nova mídia no âmago da expressão cultural e da opinião pública, na era da informação. (CASTELLS, 2018, p. 554)

A função de tutela do Direito na sociedade em rede deve se voltar para o indivíduo, que surge como elemento mais frágil desse “novo mundo” informacional, pois não dispõe dos instrumentos de proteção disponíveis aos grandes atores institucionais, tais como as corporações e o próprio Estado. Este último, especialmente, assume uma posição ambígua, sendo ao mesmo tempo agente de proteção do indivíduo, dado o seu papel de guardião dos direitos fundamentais, e sujeito sobre o qual são impostas limitações à coleta, manipulação e tratamento de dados pessoais.

Por outro lado, para além do aspecto meramente individual, as tecnologias de rede permitem a construção de um novo meio de ativismo, centrada na facilitação de comunicação entre os diferentes atores e pessoas. Um embrião de tal fenômeno pode ser encontrado nos movimentos da Primavera Árabe de 2010, do “*Occupy Wall Street*” de 2011 ou as “Jornadas de Junho” no Brasil, que representaram um primeiro relance da força que a Internet e as redes sociais iriam assumir nos anos seguintes. O campo político também passa a receber influências da nova ciência de dados, permitindo que surja o fenômeno político, na década de 2010, da eleição de líderes e candidatos populistas de esquerda e de direita, a exemplo do “Movimento 5 Estrelas” na Itália, do “*Brexit*” no Reino Unido e da eleição de Donald Trump nos Estados Unidos e Jair Bolsonaro no Brasil.

3 NOVO HORIZONTE DIGITAL

De acordo com o “*Impact Report*” da organização não governamental *Internet Society* (2019), ao fim do ano de 2019, mais de 4,1 bilhões de pessoas estavam conectadas entre si por meio de rede mundial de computadores, o que representa mais de metade de toda a população mundial. Ainda, conforme o *Cisco Annual Internet Report* (2020), em 2023 cerca de 5,3 bilhões, ou seja, 66% da população do planeta estará inserida na rede mundial por meio de computadores, smartphones pessoais além de aparelhos dos mais diversos tipos, tais como carros, relógios, TVs, geladeiras e outros aparelhos que possam vir a conectar pessoas por Internet. Para que se tenha em conta o volume de informações recepcionadas e processadas pela ferramenta de comunicação mais poderosa da história, devem ser avaliados alguns números que se relacionam com o modo pelo qual toda a sociedade pode ter sido impactada. De acordo com Mayer-Schönberger e Cukier (2013, p. 5),

[...] quando os cientistas desvendaram o genoma humano, em 2003, precisaram de toda uma década para sequenciar três bilhões de pares-base. Hoje, uma década mais tarde, uma única instalação pode sequenciar a mesma quantidade de DNA num só dia. Nas finanças, aproximadamente sete bilhões de ações trocam de mãos todos os dias nos Estados Unidos, das quais cerca de dois terços são comercializados por algoritmos computadorizados com base em modelos matemáticos que calculam grandes quantidade de dados para prever ganhos e reduzir riscos.

[...]

A Google processa mais de 24 pentabytes de dados por dia, volume milhares de vezes maior que todo o material impresso na Biblioteca do Congresso dos Estados Unidos. O Facebook, empresa que não existia há uma década, recebe mais de 10 milhões de fotos a cada hora. Os usuários do Facebook clicam no botão “curtir” ou deixam um comentário cerca de três bilhões de vezes por dia, criando uma trilha digital que a empresa pode usar para descobrir mais sobre as preferências dos usuários.

É inegável que há uma série de processos históricos que permitem afirmar a existência de uma revolução impulsionada pela integração das ferramentas técnicas de comunicação na vida das pessoas, instituições e empresas. Tais processos se revelam decorrentes do desenvolvimento tecnológico impulsionado pela estrutura científica e militar do Ocidente, em especial dos Estados Unidos da América nos pós Segunda Guerra, cuja construção foi motivada essencialmente pela lógica da potencial destruição nuclear da infraestrutura militar comunicacional estadunidense

no contexto da Guerra Fria. Ao mesmo tempo, os motores da revolução informacional, além de seu caráter científico e militar também contêm elementos inseridos dentro do movimento libertário que se convencionou chamar de contracultura, emergido nos Estados Unidos durante os anos 60 e 70, no auge da guerra fria, período em que surgiram movimentos de contestação social e mobilização que realizaram mudanças profundas na sociedade americana e mundial, ao traduzir o espírito de crítica ao sistema e ao convencionalismo para uma bandeira de luta que ecoou para parte da população jovem.

Pode-se localizar, nesse contexto, a origem do elemento ostensivo da revolução informacional, que se revela por meio da ferramenta tecnológica que catalisa todo o poder instrumental da comunicação. Tal ferramenta é a conhecida rede internacional de computadores, a Internet (*"International Network"*), a "[...] base tecnológica para a forma organizacional da era da Informação: a rede" (CASTELLS, 2003, p. 7).

A informatização, ou seja, a inclusão da informática como elemento catalizador das mudanças profundas nos próprios fundamentos da sociedade no fim do século XX e início do século XXI é produto, portanto, tanto do complexo-militar-industrial e científico americano capitalista como também do espírito libertário do caldo da contracultura de meados do século XX.

As bases para a revolução informacional são encontradas, no fim do século XX, na convergência de três processos independentes que se fundem para inaugurar "[...] uma nova estrutura social predominantemente baseada em redes" (CASTELLS, 2003, p. 8). O primeiro desses processos consiste nas exigências da economia e do mercado por flexibilização dos processos financeiros e administrativos e, paralelamente, desde o final dos anos 80, pela globalização do capital, da produção e do comércio. O segundo processo decorre de uma sociedade passou a elevar a liberdade individual e a livre comunicação como valores supremos a serem defendidos. Somado a ambos ocorre o terceiro processo, que é o fenômeno do avanço extraordinário da computação e das ferramentas de comunicação, alicerçado na revolução da microeletrônica (CASTELLS, 2003, p. 8). Esse é o tripé que movimenta e estrutura a sociedade em rede do século XXI.

3.1 Surgimento e evolução dos sistemas computacionais

Primeiramente, reitera-se que o nascimento da computação eletrônica é produto da revolução científica que permitiu a construção das bases da ciência moderna. A terminologia “Revolução Científica” é utilizada por historiadores da ciência para indicar o período que vai do século XVI ao século XVIII, no qual foram lançados os fundamentos do que se conhece atualmente como método científico, que transformou o modo de se ver o mundo e permitiu o surgimento da sociedade contemporânea (HENRY, 1998, p. 13).

Diz-se que a computação é elemento essencial do mundo contemporâneo, porque inserido no contexto econômico, cultural e social do capitalismo. Em seu sentido linguístico a computação nada mais é do que o ato de computar, ou seja, fazer operações matemáticas que, em um sentido mais amplo, implica na realização de todas as etapas de um algoritmo.

De fato,

[...] os matemáticos aprendem aritmética e teoria dos números, pré-requisitos sem os quais não se evolui no seu campo do saber; os engenheiros, cálculo diferencial, física; os físicos trabalham arduamente na matemática, e assim por diante. Quais os fundamentos correspondentes na Computação? Conhece-se a Álgebra Lógica de George Boole⁵, um matemático que buscando relacionar o processo humano de raciocínio e a Lógica Matemática desenvolveu uma ferramenta para os futuros projetistas de computadores? Sabe-se que a revolução da Computação começou efetivamente quando um jovem de 24 anos, chamado Alan Mathison Turing,⁶ teve a ideia de um dispositivo teórico para buscar a resposta a um desafio do famoso matemático David Hilbert⁷ – um dos primeiros a falar sobre computabilidade –, e que em um ‘journal’ de matemática comentou aos seus colegas que era possível computar na teoria dos números, por meio de uma máquina que teria armazenadas as regras de um sistema formal? Que as pesquisas de Turing estão relacionadas com o trabalho de Gödel⁸ – cujo Teorema que leva o seu nome é considerado um dos mais famosos resultados do século XX, dentro da matemática? Pode-se citar ainda a Tese de Turing-Church⁹ que possibilitou aos cientistas passarem de uma

⁵ Matemático britânico (1815-1864). Inventou a denominada álgebra booleana, indispensável no desenvolvimento das máquinas computadoras e nas linguagens de programação.

⁶ Matemático britânico (1912-1954) também assume papel fundamental no desenvolvimento das máquinas computadoras.

⁷ Matemático alemão (1862-1943).

⁸ Filósofo e matemático austríaco (1906-1978).

⁹ Permitiu que se construísse a noção precisa de algoritmo.

ideia vaga e intuitiva de procedimento efetivo para uma noção matemática bem definida e precisa do que seja um algoritmo. E antes de todos esses, o esforço de dezenas de pensadores de diferentes culturas, para encontrar melhores formas de usar símbolos, que viabilizou o desenvolvimento da Ciência Matemática e Lógica, e que acabaram fundamentando toda a Computação. (FONSECA FILHO, 2007, p. 23)

A base teórica para a construção das máquinas computadoradas, pode ser encontrada em diversas teorias imbricadas, tais como a Teoria da Informação, dos Jogos, do Controle e do Algoritmo. A invenção do Sistema Lógico Booleano por George Boole é dos fatos mais relevantes na história da computação, pois se baseia na utilização de somente dois fatores de significação para representação dos símbolos, somente o nada (“0”) e o tudo (“1”). Os computadores, desde sua origem, fundamentam sua engenharia nessa notação de “0” e “1”, valendo-se do que se denominam “portas lógicas”, que são dispositivos diminutos encontrados nos circuitos modernos que funcionam com base na lógica binária da matemática booleana e que “[...] consistem em um circuito digital no qual somente dois valores lógicos estão presentes.” (FONSECA FILHO, 2007, p. 57).

Para os efeitos deste breve histórico ainda cumpre destacar a importância de Alan Turing na construção da ideia formal de procedimento e a noção matemática de algoritmo, o que permitiu a construção dos fundamentos sobre a possibilidade lógica das máquinas. Os computadores, grosso modo, atuam se valendo de um conjunto de instruções que correspondem a uma regra fixa dentro de um sistema formal, o que se traduz na afirmação de que estes necessitam dos algoritmos necessários para realização de suas funções computacionais.

Dentro desse contexto, algumas palavras, a exemplo do próprio termo algoritmo, assumem no vocabulário moderno uma aura de inovação e são usadas em alguns casos, indiscriminadamente, como meio de afirmação de conhecimento. No debate público se tornou lugar comum a afirmação de que os algoritmos inseridos nas redes sociais estão tornando as pessoas intolerantes em relação às opiniões contrárias à sua própria, o que tem impedido a construção de pontes de diálogo entre os campos “liberal” e “conservador”, entre “direita” e “esquerda”, entre “progressistas” e “nacionalistas”. Decorrem de tal afirmação efeitos que podem ser observados nos movimentos de contestação da democracia liberal no início do

século XXI, com um elevado grau de polarização entre pessoas de diferentes visões de mundo que somente se relacionam dentro de suas bolhas.

Todavia, há que se aprofundar nos fundamentos de tal afirmação, com a perspectiva de se verificar se ela se sustenta, a partir de uma análise conjuntural de uma sociedade que fornece graciosamente os dados necessários às empresas de tecnologia e aos governos, para que estes realizem a sua categorização de modo a permitir a criação de perfis automatizados com base em algoritmos pré-estabelecidos.

Algoritmo é vocábulo que se origina do árabe e se relaciona etimologicamente ao conceito de numeral (do latim “*algorismus*”), e de forma simplificada nada mais é que a descrição dos passos necessários para a obtenção de um determinado resultado com os dados determinados por um conjunto específico de objetos, cujos resultados sejam a ele relacionados. São as instruções definidas de um procedimento computacional ou, grosso modo, consistente em

[...] qualquer procedimento computacional bem definido que toma algum valor ou conjunto de valores como entrada e produz algum valor ou conjunto de valores como saída. Portanto, um algoritmo é uma sequência de passos computacionais que transformam a entrada na saída.

Também podemos visualizar um algoritmo como uma ferramenta para resolver um problema computacional bem especificado. O enunciado do problema especifica em termos gerais o relacionamento entre a entrada e a saída desejada. O algoritmo descreve um procedimento computacional específico para se alcançar esse relacionamento da entrada com a saída. (CORMEN *et al.*, 2002, p. 3)

Esta primeira introdução ao conceito de algoritmo traz as linhas gerais de uma ferramenta que nos anos seguintes, com o desenvolvimento da capacidade computacional, assumirá papel como elemento central de uma economia que se alimenta de dados para o seu funcionamento. A concepção teórica da “Máquina Universal de Turing”, com a criação dos primeiros dispositivos calculadores eletromecânicos e, posteriormente, eletrônicos são elementos que se inserem no contexto da Segunda Guerra Mundial e da Guerra Fria entre os Estados Unidos e União Soviética devido às necessidades de melhorias nos cálculos de trajetórias de tiros e mísseis. O “*Electronic Numerical Integrator and Computer*” (ENIAC),

construído com financiamento do exército americano durante a Segunda Guerra, é considerado o primeiro computador eletrônico (FONSECA FILHO, 2007, p. 104).

As ferramentas computacionais surgidas durante o século XX possibilitaram a emergência daquilo que alguns chamam de “Terceira Revolução Industrial”, que se fundamentou na criação de modelos econômicos baseados na aplicação de tecnologia de computação nas diferentes atividades produtivas e que, desde a invenção do transistor em 1947 nos laboratórios da Bell Telephony são objeto de um processo de miniaturização, com a utilização de processos e materiais que permitem a concentração dos processadores computacionais em equipamentos cada vez menores e universais, aplicando-se aquilo que convencionou-se chamar de Lei de Moore¹⁰ (SCHWAB, 2018, p. 120).

A base teórica da computação ainda tem mais um elemento importante que busca entender o mecanismo de comunicação e interrelação entre homens e máquinas, assim entendida a possibilidade de se estabelecer uma linguagem que possa ser compreendida e acatada pelas máquinas. Trata-se da “cibernética” de Norbert Wiener (1958, p. 15), vocábulo este derivado da palavra grega “*kybernetiké*”, que significa “pilotagem” ou “governo” de algum objeto, que consiste em uma disciplina que estuda a evolução temporal dinâmica dos sistemas com capacidade de autorregulação e automanutenção ao interagir com o meio que o circunda, ou seja, Wiener trouxe a concepção teórica que sistemas complexos, sejam computadores ou a própria sociedade, funcionam por meio de processos realimentados de controle.

O grande salto que permitiu posteriormente a revolução nas comunicações que ocorreu nas décadas de 1990 e 2000, não obstante, deu-se a partir da década de 1970, como nos explica Castells em seu prefácio à edição de 2010 de “A sociedade em rede”, uma revolução não somente nos equipamentos computadores, mas principalmente nos meios de comunicação. Com efeito,

[...] a passagem dos meios de comunicação de massa tradicionais para um sistema de redes horizontais de comunicação organizada em torno da Internet e da comunicação sem fio introduziu uma multiplicidade de padrões de comunicação na base de uma

¹⁰ A “Lei de Moore” foi denominada em homenagem a Gordon E. Moore, fundador da Intel e seu postulado é, basicamente, que o número de processadores por área, nos chips de computadores, teria um aumento de 100% a cada período de 18 meses, pelo mesmo custo de fabricação.

transformação cultural fundamental à medida que a virtualidade se torna uma dimensão essencial da nossa realidade. (CASTELLS, 2018, p. 11)

Nesse contexto, a quantidade de dados que produzimos duplica a cada ano. Em 2016 foi produzida a mesma quantidade de dados que em toda a história até 2015, havendo assim um horizonte vasto para a apropriação de informações (HELBING *et al.*, 2019). A pesquisadora Shoshana Zuboff afirma que

[...] as tecnologias de informação e comunicação são mais difundidas do que a eletricidade, atingindo três bilhões dos sete bilhões de pessoas do mundo. Os dilemas emaranhados de conhecimento, autoridade e poder não estão mais confinados aos locais de trabalho como eram na década de 1980. (ZUBOFF, 2015, p. 4, tradução nossa)¹¹

Partindo-se desta visão pode se perceber que a comunicação direcionada à computação e os meios de transmitir informações, das mensagens como métodos de controle e de direcionamento das máquinas computadoras e da própria sociedade, tornou-se o movimento que levou o mundo a um novo momento histórico.

3.2 A internet e a revolução nas comunicações

O surgimento da Internet, como vimos, está inserido no contexto da guerra fria e foi “[...] consequência de uma fusão singular de estratégia militar, grande cooperação científica, iniciativa tecnológica e inovação contracultural” (CASTELLS, 2018, p. 100), teve início a partir dos trabalhos da Agência de Projetos de Pesquisa Avançada (Arpa) do Departamento de Defesa norte americano que, dentre diversos projetos, realizou estudos visando o desenvolvimento de um conceito de sistema de comunicações invulnerável a ataques nucleares e que por meio da tecnologia de transferências de pacotes de informação tornava a rede independente de centros de comando ou de controle, pois a informação buscava seu caminho ao longo da rede, sendo remontada em qualquer dos nós (CASTELLS, 2018).

¹¹ “Information and communications technologies are more widespread than electricity, reaching three billion of the world’s seven billion people. The entangled dilemmas of knowledge, authority, and power are no longer confined to workplaces as they were in the 1980s.” (ZUBOFF, 2015, p. 4)

A primeira rede de computadores entrou em funcionamento em 1º de setembro de 1969 com seus quatro primeiros nós, notadamente nas instalações da Universidade da Califórnia em Los Angeles (UCLA), Stanford, na Universidade da Califórnia em Santa Bárbara e na Universidade de Utah, cujos centros de pesquisa colaboravam com o Departamento de Defesa do governo dos EUA. Em 1983, com o desenvolvimento do sistema, houve a divisão entre a Arpanet, para fins científicos e Milnet, para fins exclusivamente militares. A primeira passou a se chamar durante os anos 1980 “Arpa-Internet” e depois “Internet”, e foi posteriormente desativada e substituída pela rede ligada à *National Science Foundation* dos Estados Unidos, que após a sua disseminação e privatização deixou de ter um regulador claro, a despeito da criação em 1998 da ICANN (Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números), entidade ligada ao governo dos Estados Unidos (CASTELLS, 2018, p. 101).

O grande salto para a popularização da Internet e sua difusão para a sociedade em geral foi a criação da teia mundial (*World Wide Web*) pelo CERN (*Centre Européen pour Recherche Nucleaire*) como aplicativo da rede que organizava o teor dos sítios da Internet por informação e possibilitando a criação de mecanismos de pesquisa.

Como pode ser observado, a Internet surgiu como fruto do “complexo militar-industrial” expressão cunhada pelo presidente americano Dwight Eisenhower em seu discurso de despedida (VEJA, 1969, p. 24) e, após sua popularização, passa a ser instrumento que trouxe verdadeira revolução, ainda em curso, em todos os campos sociais. Não é possível estudar a sociedade do século XXI sem que se insira a Internet em seu contexto mais íntimo. A rigor há um hiato geracional entre as pessoas nascidas antes da rede, ou seja, aqueles nascidos antes da década de 1980, e aquelas se desenvolveram no contexto da interconectividade das redes e da Internet. Tal fato não pode ser negligenciado em qualquer estudo que se proponha a avaliar aspectos estruturais da sociedade contemporânea, visto que a Internet e a interconexão imediata entre tudo e todos passou a fazer parte da vida de todos nas últimas décadas e passou a ser o centro vital de um capitalismo em mutação que, ao contrário do vaticínio marxista, mantém firme suas bases como ideologia dominante em um mundo que se encontra agora às margens de uma mudança política fundamental.

Destaque-se que a busca de informações sobre seus cidadãos pelo Estado, como forma de construção e exercício de poder é algo inerente à própria atividade de controle político, econômico e social. Note-se as referências aos censos realizados pelos israelitas no “Livro dos Números” integrante do Velho Testamento e da Torá Hebraica, realizados em cerca do século V a.c. Outro exemplo que se pode citar para contextualizar historicamente é o denominado “*Domesday Book*” ou “livro de Winchester”, um registro escrito do grande censo feito na Inglaterra por ordem de Guilherme, O Conquistador, terminado em 1086. Conforme citado na “Crônica Anglo-saxã”, nota-se o objetivo explícito de controle por parte dos conquistadores normandos a partir do censo patrimonial¹².

Conforme a Internet surgiu como instrumento de comunicação com potencial jamais visto na história, o Direito entrou em uma encruzilhada, mostrando-se claros os possíveis danos à privacidade do indivíduo, ainda mais quando se revelou que o interesse por dados pessoais não é somente das empresas privadas, mas também do próprio Estado, como os exemplos do escândalo da NSA (Agência de Segurança Nacional) dos Estados Unidos revelados por Edward Snowden e publicados no jornal britânico *The Guardian* (THE GUARDIAN, 2013). O fato é que se acredita que a citada agência intercepte e armazene 1,7 bilhão de e-mails, ligações telefônicas e outras comunicações todos os dias. Questionam Mayer-Schönberger e Cukier (2013, p. 109):

Todos os ramos do governo estão exigindo mais informações do que antes, não apenas as agências secretas envolvidas com o contraterrorismo. Quando os dados se expandem para informações financeiras, registros de saúde e status do Facebook, a quantidade é inconceivelmente alta. O governo não pode processar tantos dados assim. Então por que os coleta?

A resposta aponta para a maneira como a vigilância mudou na era do big data.

¹² “Then, at the midwinter [1085], was the king in Gloucester with his council [...]. After this had the king a large meeting, and very deep consultation with his council, about this land; how it was occupied, and by what sort of men. Then sent he his men over all England into each shire; commissioning them to find out ‘How many hundreds of hides were in the shire, what land the king himself had, and what stock upon the land; or, what dues he ought to have by the year from the shire.’ Em uma tradução livre: “Então, no solstício de inverno [1085], estava o rei em Gloucester com seu conselho [...]. Depois disso, o rei teve uma grande reunião e uma consulta profunda com seu conselho sobre esta terra; como foi ocupada e por que tipo de homens. Então ele enviou seus homens por toda a Inglaterra em cada condado; encarregando-os de descobrir ‘Quantas centenas de peles havia no condado, que terra o próprio rei possuía e que estoque havia na terra; ou, quais taxas ele deve receber por ano do condado’”. (GUTENBERG, 2008)

Uma vez que este novo mundo é interconectado, e as pessoas, basicamente, são a soma de suas interações online, relações sociais e interesses de conteúdo, urge indicar a necessidade de regulação por parte do Estado visando a proteção do indivíduo em face de uma tecnologia cujo poder expande de forma geométrica.

O tema da vigilância baseada nos dados pessoais é um dos aspectos mais sensíveis e relevantes no que diz respeito a potenciais lesões a Direitos Fundamentais e será retomado oportunamente, mas é importante destacar que o eixo fundamental da revolução comunicacional está na tecnologia da rede mundial de computadores (Internet) que nos une e ao mesmo tempo nos afasta e que se tornou presente praticamente em todos os aspectos de nossa vida, de nossos relacionamentos e de nosso trabalho. Nunca é demais repetir que a Internet é a ferramenta fundamental para a comunicação na sociedade atual. Apesar dessa revolução na qual estamos inseridos neste exato momento, não é uma tecnologia nova. Sua estreia, como mencionado, deu-se em 1969, mas somente após a sua privatização na década de 1990 ela se popularizou.

Aliás, culturalmente, a fundação da Internet se deu com a combinação de diversos elementos de amálgama improvável, como a liberdade de acesso, descentralização da governança e financiamento militar, em uma fórmula improvável de união entre a “Big Science”, assim entendida como as pesquisas científicas que envolvem grandes projetos e financiamento de grande monta, em geral pelos governos (CASTELLS, 2003, p. 19), a pesquisa militar e a cultura da liberdade oriunda dos movimentos libertários dos anos 1960 nos Estados Unidos que, de certa forma, transcendeu seus valores de liberdade de acesso e expressão para o próprio coração da Rede Mundial de Computadores, hoje sob a forma de movimentos hackers como o “*Anonymus*” que se tornou célebre por seu ciberativismo e vazamento de dados pessoais de pessoas consideradas nocivas pelo grupo (LA CRUZ, 2020).

Deve-se ter a perspectiva de que a Internet tem em seu DNA um caráter eminentemente libertário. Tal vocábulo tem sentidos diferentes nos contextos americano e europeu. No primeiro, há a conotação ideológica de que o mercado é autossuficiente para cuidar da sociedade e os indivíduos são suficientes para cuidar de si. Significa, em última análise, uma desconfiança por parte do cidadão em relação ao Estado. Já no sentido europeu, há uma aproximação da doutrina de John

Stuart Mill de defesa incansável da liberdade individual como valor supremo, seja contra o governo, seja com a ajuda do governo, como na proteção dos direitos fundamentais. É a cultura ou ideologia da liberdade (CASTELLS, 2003). Em um sentido cultural profundo, a liberdade para a comunicação irrestrita e sem fronteiras é a chave para a compreensão do próprio momento histórico e por comunicação há que ser compreendida como sendo “[...] o compartilhamento de significados por meio da troca de informação” (CASTELLS, 2015, p. 101). Tal processo é mediado

[...] pela tecnologia da comunicação, pelas características dos emissores e receptores da informação, por seus códigos culturais de referência e protocolos de comunicação e pela abrangência do processo comunicativo. O significado só pode ser compreendido no contexto das relações sociais em que a informação e a comunicação são processadas. (CASTELLS, 2015, p. 101)

Essa é a nova realidade de um mundo globalizado, interconectado, no qual as fronteiras políticas deixam de ser os limites de uma cultura comum. A Internet se tornou ferramenta de disseminação de ideias, valores, bens, dados e informações. Desde a invenção da imprensa não surgia uma tecnologia de mídia capaz de disseminar conhecimento qual alcança um aspecto verdadeiramente disruptivo. As universidades, os centros culturais e as pessoas passaram a ter a possibilidade de disseminar seu conhecimento e sua contribuição cultural para todos o mundo, guardadas as devidas barreiras linguísticas.

O efeito mais conhecido do fenômeno da globalização do fim do século XX é a globalização do capital, que passou a ser enviado e recepcionado de forma instantânea, pois os governos nacionais dispõem de poucos meios concretos para realizar um controle estrito sobre ele. Os grandes nós dessa rede global de capital são os centros financeiros mundiais, que em todo mundo se tornaram centros de especulação por vezes irracionais, devido à incapacidade do Estado de modular as relações econômicas no chamado “mercado”. De fato, com a privatização da Internet e a sua arquitetura baseada em uma governança mais maleável e na utilização de códigos de software abertos permitiram sua popularização e disseminação por toda a sociedade. Somado a isso, há uma mudança cultural e social fundamental no fim do século XX, no qual deixamos o papel de partícipe de uma teia social coletiva, unida pelos laços comuns de uma determinada sociedade e passamos a assumir como predominante o aspecto individual das ligações interpessoais. Pode-se dizer

que no mundo do século XXI há um recrudescimento do individualismo, esgarçando-se os fios culturais comuns que unem as comunidades. De fato,

[...] a sociabilidade é reconstruída como individualismo conectado e comunidade por meio de busca por indivíduos que possuem mentes semelhantes, em um processo que combina interação on-line com interação off-line, ciberespaço e espaço local. A individuação é o processo principal na constituição dos sujeitos (individual ou coletivo); o 'networking' é a forma organizacional construída por esses sujeitos: isso é a sociedade em rede... As tecnologias de rede são o suporte para essa nova estrutura social e para essa nova cultura. E essa é uma sociedade em rede global, na medida em que a globalização é uma rede de redes. (CASTELLS, 2015, p. 37)

Para além do aspecto crítico, a Internet permitiu a formatação das grandes redes de universidades e de publicações científicas, que se estruturaram sob a forma de bancos de dados de revistas e artigos acadêmicos, que permitiram a universalização também do conhecimento e permitiram um salto da pesquisa em todo o mundo, em todos os campos de conhecimento.¹³

Paradoxalmente, um instrumento de tal poder – o de tornar realista a comunicação instantânea, que tem como elemento cultural interno a preservação de uma liberdade de comunicação, criação e conexão, por outro lado, possibilitou a construção de tecnologias destinadas a envenenar o debate público, em um movimento de sufocamento da liberdade de expressão.

É, pois, aspecto social fundamental da Internet a difusão das “tecnologias da liberdade” (POOL, 1983, p. 22), o que possibilita o incremento da autonomia dos autores sociais em face do Estado e instituições. Mais do que isso, um novo paradigma de massificação de informações foi construído, ao mesmo tempo tornando democrático o discurso, uma vez que, em tese, qualquer indivíduo passa a ter acesso potencial a todas as demais pessoas. Por outro lado, abre-se à discussão os limites da liberdade de fala, da liberdade de expressão de ideias, da liberdade de criação cultural, na medida em que as novas tecnologias servem à disseminação também de pensamentos potencialmente nocivos ao debate público e também podem se tornar instrumentos que fazem emergir aspectos dos indivíduos que não

¹³ São exemplos aqui nesse campo as já conhecidas redes Scopus, WebOfScience, Google Scholar etc.

dignos de pertencer ao ambiente democrático, como os discursos de ódio, racismo, violência e perseguição às minorias.

De fato, alertou Ithiel de Sola Pool (1983) ao observar as mudanças incipientes na comunicação de massas decorrente das novas tecnologias informacionais em relação às mídias impressas, que

[...] a liberdade civil funciona hoje em um contexto tecnológico em mudança. Por quinhentos anos, uma luta foi travada, e em alguns países vencida, pelo direito das pessoas de falar e imprimir livremente, sem licença, sem censura e sem censura. Mas as novas tecnologias de comunicação eletrônica podem agora relegar a boa e velha mídia impressa, como panfletos, plataformas e periódicos, a uma margem do debate público. Os modos eletrônicos de comunicação que gozam de menos direitos estão se movendo para o centro do palco. As novas tecnologias de comunicação não herdaram todas as imunidades legais conquistadas pelas antigas. Quando fios, ondas de rádio, satélites e computadores se tornaram os principais veículos de discurso, a regulamentação parecia ser uma necessidade técnica. E assim, à medida que a fala flui cada vez mais sobre essas mídias eletrônicas, o incremento dos últimos quinhentos anos do direito integral dos cidadãos de falar sem censura pode estar em perigo. (POOL, 1983, p. 1, tradução nossa)¹⁴

Insta apontar que a Internet, a comunicação sem fio e a própria world wide web não são mídias no sentido tradicional. São novos meios de se propagar cultura e informação com característica de interatividade como nunca se viu na história. Por outro lado, ao mesmo tempo em que as mudanças tecnológicas instrumentalizaram a mobilização da sociedade civil com a construção de redes de difusão de ideias, informações e colaboração, política e social, abre-se margem para a criação de instrumentos poderosos de controle sobre a liberdade, de pensamento, de expressão e mesmo política. Um dos grandes dilemas a ser enfrentado pelo Sistema Jurídico das Democracias Liberais será como fazer a regulação das redes sem

¹⁴ “Civil liberty functions today in a changing technological context. For five hundred years a struggle was fought, and in a few countries won, for the right of people to speak and print freely, unlicensed, uncensored, and uncontrolled. But new technologies of electronic communication may now relegate old and freed media such as pamphlets, platforms, and periodicals to a corner of the public forum. Electronic modes of communication that enjoy lesser rights are moving to center stage. The new communication technologies have not inherited all the legal immunities that were won for the old. When wires, radio waves, satellites, and computers became major vehicles of discourse, regulation seemed to be a technical necessity. And so, as speech increasingly flows over those electronic media, the five-century growth of an unabridged right of citizens to speak without controls may be endangered.” (POOL, 1983, p. 1)

descuidar da questão da liberdade de expressão, que é a chave para entender-se a complexidade do tema.

Há um consenso sobre a necessidade de maior regulação da Internet, mas a questão de como regular sem que se retire a privacidade e haja proteção ao indivíduo ainda é uma questão aberta. Assim como a Internet é um meio de libertação também é forma de controle social pelas “*Big Techs*” e pelos serviços de segurança do Estado (MOROZOV, 2018, p. 15).

3.3 Estágio atual da rede e da sociedade

Parece claro que as grandes empresas de informática estabeleceram os parâmetros de uma nova economia e uma nova sociedade, baseadas na comunicação e na interligação de centros de informação e poder sob a forma de rede. Demonstrou-se que a Internet surgiu como produto da união da contracultura libertária dos anos 1960 e da paranoia da Guerra Fria, em uma fusão de liberdade e poder. A privatização da Internet em 1994 trouxe uma mudança fundamental que acabou por transformar o mundo. Permitiu-se que uma rede de uso eminentemente acadêmico se transformasse no motor econômico e cultural do mundo, com reflexos em todos os aspectos da vida de boa parte dos habitantes do planeta. Não suficiente, foi o fundamento para a criação de uma série de empresas colossais¹⁵ que fundamentam seu valor e seu poder não mais em bens corpóreos, quantificáveis, mas nas ideias, na inovação e no poder dos dados. Nada disso seria possível sem uma ferramenta tão poderosa quanto a Internet.

É fato que a na década de 1980 a capacidade dos chips permitiu a construção de máquinas microcomputadores com poder de processamento se precedentes. Não obstante, os chamados computadores pessoais se difundiram e deixaram de ser projetados para atuar isoladamente, mas em rede, com mais mobilidade e maior capacidade de adaptação para as mais diferentes necessidades. A possibilidade de compartilhamento da capacidade computacional em uma rede eletrônica foi essencial para a mudança da era dos computadores dos anos 1990, transformando

¹⁵ Em 19 de agosto de 2020 o valor de mercado da Apple chegou a 2 trilhões de dólares, superando o PIB do Brasil. (CORONA; FARIZA, 2020)

o processamento de dados centralizados para um sistema compartilhado e interativo de computadores em rede (CASTELLS, 2018).

Fundamentalmente há uma transformação social cujos efeitos sendo a rede o novo modelo das relações interpessoais e interinstitucionais, que assumem uma característica fluída, sem referência espacial e com pretensões de serem instantâneas, na medida em que com a velocidade de processamento e computação de dados e das comunicações deixamos a “modernidade pesada” ou do hardware e passamos para a “modernidade leve”, aérea, líquida, para nos valem dos termos adotados por Bauman (2014, p. 150) e que se aplicam para entender-se o espírito dos tempos atuais. Manuel Castells afirma que:

[...] tanto o espaço quanto o tempo estão sendo transformados sob o efeito combinado do paradigma da tecnologia da informação e das formas e processos sociais induzidos pelo processo atual de transformação histórica apresentado neste livro. Contudo o perfil real dessa transformação é profundamente diverso das prudentes extrapolações do determinismo tecnológico. (CASTELLS, 2018, p. 463)

A mudança tecnológica, longe de se dar exclusivamente nos meios informacionais, espalhou-se para os mais diversos aspectos da vida e da sociedade, influenciando decididamente todos os campos do conhecimento e permitindo avanços impensáveis anteriormente. As maravilhas que hoje parecem comuns no campo da medicina, genética, física, química, também se beneficiaram da revolução informacional e da capacidade de compartilhamento instantâneo de conhecimento. As ciências sociais mudaram, a medicina mudou, a agricultura mudou. Torna-se tarefa árdua tentar-se estabelecer qual aspecto do conhecimento humano que não tenha sofrido interferência da introdução dos computadores e da revolução das redes. A rede é fundamental para a pesquisa e para a formação dos cientistas e é a estrutura fundamental de um mundo globalizado. Um exemplo bastante atual é a rede de laboratórios, cientistas e universidades unidas desde o início da pandemia de COVID-19 com a finalidade de compreender o vírus e pesquisar por possíveis tratamentos e vacinas.

Pode-se observar um novo paradigma econômico e tecnológico. A tecnologia baseada em insumos energéticos baratos (carvão, petróleo) está sendo substituída por um novo meio de produção baseado em insumos baratos de informação,

fornecidos por novas tecnologias computacionais e de informação (CASTELLS, 2018).

3.4 Novas técnicas de formação e tratamento de bancos de dados

A concepção de um sistema de compartilhamento de informações cuja arquitetura é fundamentalmente descentralizada é de fato algo revolucionário. Na história humana a comunicação e a possibilidade de se transmitir conhecimento permitiram que o homem deixasse de ser caçador/coletor e chegasse até ao mundo virtualizado atual. A comunicação, a cada avanço tecnológico de meio de transmissão, torna-se ferramenta com maior poder, o que justifica reflexão sobre a necessidade de que se estabeleçam controles. E essa é a tarefa do Direito.

Até o início da década de 2000 as grandes corporações de tecnologia do Vale do Silício atuavam segundo a lógica tradicional da economia capitalista, produzindo hardware e softwares para venda direta ao consumidor ou usuários finais. Na virada da década de 2010 a lógica de monetarização se alterou para um modelo que se tornou dominante e poderoso, que permanece sendo a base econômica das empresas do Vale do Silício. Basicamente o principal produto das grandes corporações tecnológicas, aí incluídas as redes sociais Facebook, Twitter, Instagram, Amazon, dentre outras, tem como principal produto em seu portfólio o próprio usuário. Ou melhor, a possibilidade de previsão das ações futuras do usuário.¹⁶

O funcionamento da indústria de produção de informações sobre as pessoas funciona sob uma lógica simples. O usuário, gratuitamente, passa a ser consumidor dos serviços fornecidos pelas empresas (buscador, mapas, pagamentos, comunicação, e-mail), fornecendo graciosamente o ativo que alimenta essa nova Economia da Vigilância (ZUBOFF, 2019), qual seja, os dados pessoais, capturados de forma constante e na maioria das vezes sem o conhecimento ou o consentimento

¹⁶ O fundamento de tudo é um algoritmo criado em 1996 por Larry Page e Sergey Brin, donos do Google, chamado PageRank, que inspirado no mecanismo de citações acadêmicas, revolucionou a Internet, que por sua vez evoluiu para um modo de negócios relacionado com publicidade paga denominado AdWorks. De acordo com a pesquisadora Carita Véliz, em 2001, a receita do Google aumentou para \$ 86 milhões de \$ 19 milhões em 2000. Em 2002, esse número saltou para \$ 440 milhões, depois \$ 1,5 bilhão em 2003 e \$ 3,2 bilhões em 2004. (VÉLIZ, 2020, p. 29)

do usuário pelos equipamentos eletrônicos que tornaram a vida moderna possível e confortável.

O conceito de metadados se torna importante aspecto a ser determinado. De acordo com o *World Wide Web Consortium*¹⁷ (W3C), os metadados (ou metainformações) são, informações que se estruturam de outras informações, ou seja, são dados sobre dados, passíveis de leitura e processamento, e são ferramentas difundidas nos sistemas de informação. Os principais recursos da maioria dos aplicativos que usamos todos os dias são orientados por metadados. As pessoas ouvem música através Spotify, postam fotos e “curtem” postagens no Instagram e Facebook, localizam vídeo no YouTube, realizam pesquisas e buscas no Google e no Bing, comunicam-se com outras pessoas pelo Gmail, Hotmail, textos e mídia social. Buscam o melhor caminho pelo Google Maps ou Waze. Todo esse conteúdo se transforma em metadados - pequenos fragmentos de informação compreensíveis somente pelos sistemas informatizados - que por sua vez se transformam em informações sobre a criação do item, nome, tópico, recursos e assim por diante. Metadados são a chave para a funcionalidade dos sistemas que mantêm o conteúdo, permitindo que os usuários encontrem itens de interesse, registrem informações essenciais sobre eles e compartilhem essa informação com outras pessoas.

Todavia, deve-se romper uma lógica simplista de pensar que uma ferramenta como o Google, por exemplo, é apenas um buscador de sites, ou que o Facebook e Instagram são apenas portais inofensivos que visam a interação social entre pessoas. A rigor são instrumentos poderosos construídos basicamente para prender a atenção do usuário, ou seja, manter a pessoa interagindo o máximo de tempo possível para assim permitir o recolhimento de dados sobre tais interações que processadas, servem para que sejam traçados perfis preditivos de comportamento ou vieses, cada vez mais sofisticados.

A forma de remuneração dessas corporações se dá por meio dos anunciantes, que pagam para que possam apresentar publicidade direcionada e de preferência individual a cada usuário. No fim, a própria pessoa é o produto, ou

¹⁷ O *World Wide Web Consortium* é uma das principais iniciativas, promovida por mais de 450 empresas e instituição, visando o estabelecimento de padrões para a semântica e conteúdo da Web.

melhor dizendo, a atenção da pessoa é o produto vendido, visto que a finalidade última é fornecer a certeza de que o anúncio será bem-sucedido. E para que isso seja possível há necessidade de dados em grande volume. A ubiquidade da tecnologia permite uma vigilância permanente sobre todas as pessoas o tempo todo. Tudo o que se faz on-line é medido e registrado e o real mercado não é a venda de dados, mas é coleta e venda do tempo de vida usuários das plataformas o que é importante não apenas para fins econômicos, mas, como se sabe hoje, também para fins políticos.

Para além dos casos de manipulação da vontade eleitoral por meio de campanhas direcionadas, cujos exemplos conhecidos são, dentre outros, o *Brexit* e a eleição de Donald Trump em 2016 (EMPOLI, 2019), ambos eventos com o conhecido envolvimento da empresa de marketing político com a utilização de perfis sociais dos usuários do Facebook denominada Cambridge Analytica,¹⁸ há que se fazer um questionamento sobre o agir e sobre os objetivos não expressos das grandes empresas de tecnologia, estas que são, na verdade, grandes empresas de dados.

O ponto nodal para a compreensão do funcionamento da indústria da tecnologia é que os dados que consistem no ativo mais valioso. A lógica do capitalismo industrial construído no final do século XIX e século XX está diminuindo, transformando-se na nova indústria que não depende mais de grandes fábricas ou inúmeros funcionários, mas apenas de patrimônio imaterial. Quando se analisa a lista das empresas mais valiosas do mundo em valor de mercado, conforme relatório disponibilizado pela consultoria PricewaterhouseCoopers para o ano de 2020, das dez maiores companhias abertas, seis estão no mercado da tecnologia (PRICEWATERHOUSECOOPERS, 2020), e se alimentam de dados para produzir os seus lucros. O modelo de negócio do capitalismo de vigilância assume aspectos ainda mais delicados quando mostra a sua face voltada para a possibilidade de manipulação da opinião pública. De fato, os instrumentos computacionais permitem a possibilidade da descrição da personalidade dos indivíduos nos seus mais íntimos detalhes.

¹⁸ O denominado escândalo do *Cambridge Analytica* foi a descoberta da utilização comercial de dados de milhões de usuários do Facebook pela empresa de mineração de dados e comunicação política britânica *Cambridge Analytica*, revelada pelo ex-funcionário Christofer Wylie à revista *The Observer*, e aos jornais *The Guardian* e *The New York Times*, em 2018.

Parece fundamental para contextualização tentar compreender o papel das chamadas “*Big Techs*” na nova economia digital. Por “*Big Techs*” devem ser entendidas as grandes empresas de informática formadas nos Estados Unidos devido à popularização da Internet nos anos 90, notadamente na costa oeste dos Estados Unidos, na região da Califórnia conhecida por Vale do Silício, próximo da Baía de São Francisco, e em cidades Seattle. Referidas empresas estão entre as maiores corporações do mundo em valores de mercado, superando empresas tradicionais, ligadas à denominada “economia real”. São “*Big Techs*” a Amazon, Apple, Alphabet (Google), Facebook. A essas quatro se une a Microsoft, formando as denominadas “*Big Five*” (FINANTIAL TIMES, 2020) que dominam o modelo de economia baseado em plataformas de recolhimento de dados e transformação e fornecimento de informações de comportamento dos usuários para fins de publicidade.

Para que se entenda a dinâmica dessa nova economia podemos pegar o exemplo do Facebook, a mais popular rede social do mundo. O maior atrativo da rede social é sua habilidade de dar ao usuário o que ele quer. Caso este tenha gostado de uma página, de uma história, outras páginas semelhantes ou histórias semelhantes lhe serão apresentadas. Caso o usuário tenha interagido com uma pessoa, receberá mais atualizações dessa mesma pessoa. De fato,

[...] a forma como o Facebook determina a classificação do Feed de notícias é a probabilidade de você gostar, comentar ou compartilhar uma história. Os compartilhamentos valem mais do que os comentários, que valem mais do que curtidas, mas, em todos os casos, quanto maior a probabilidade de você interagir com uma postagem, mais alto ela será exibida em seu Feed de notícias. Dois mil tipos de dados (ou “recursos” no jargão da indústria) são fundidos no sistema de aprendizado de máquina do Facebook para fazer essas previsões. (THE ATLANTIC, 2017)¹⁹

Quando se toma consciência de que dados pessoais não são apenas números ou nomes, mas absolutamente todo fragmento de informação sobre a pessoa, pôde-se constatar que o seu controle tem o potencial de desnudar o homem

¹⁹ “The way Facebook determines the ranking of the News Feed is the probability that you’ll like, comment on, or share a story. Shares are worth more than comments, which are both worth more than likes, but in all cases, the more likely you are to interact with a post, the higher up it will show in your News Feed. Two thousand kinds of data (or “features” in the industry parlance) get smelted in Facebook’s machine-learning system to make those predictions.” (THE ATLANTIC, 2017)

em sua intimidade mais profunda. E o Estado não está alheio a tal fato. As técnicas modernas de vigilância, somadas ao poder computacional constroem um castelo de vigilância que pode ser um dos maiores desafios à democracia ocidental no século XXI. Hodiernamente, além da possibilidade de realizarmos o controle social não apenas por meio do tratamento de informações colhidas dos formulários, números de documentos e ações de cunho econômico, há também ferramentas para fazê-lo também por meio do comportamento, dos gostos pessoais, das reações psicológicas, do que as pessoas gostam ou desgostam nas redes sociais, colocadas à venda pelas corporações da Internet, e ainda por meio de equipamentos como câmeras de vigilância, GPS integrados aos smartphones, de uso quase universal, das pesquisas realizadas em plataformas de busca. A chamada Internet das coisas, torna a ubiquidade da rede uma realidade hoje e não mais relegado à imaginação dos autores de ficção científica.

Surge ainda no horizonte, partindo-se dos algoritmos alimentados por um volume imenso de dados, o chamado aprendizado de máquina, que estabelece as bases para a estruturação de um sistema de inteligência artificial funcional, que tem permitido ganhos de produtividade sem parâmetro aos países mais desenvolvidos, mas ao mesmo tempo traz consigo o fantasma de um possível desemprego em massa de trabalhadores com consequente aumento da desigualdade, convivendo ambos em um equilíbrio delicado.

3.5 Tratamento de dados como fonte de poder

No decorrer da história, o controle da comunicação e da informação consiste em fonte fundamental de poder e de dominação, mas também das mudanças ocorridas nas sociedades, estas que se baseiam em constantes tentativas de domínio e contradomínio. O conceito tradicional de poder, firmado pela teoria weberiana de monopólio legítimo da força ainda é importante, mas a ela deve ser adicionada a dinâmica da mudança social, pois em cada momento o que estamos vivendo são relações institucionais de dominação que persistem até quem entrem em conflito com novas formas de resistência à dominação. Segundo Manuel Castells (2012, tradução nossa),

[...] é verdade que o poder também se baseia, segundo a velha tradição de Maquiavel e Max Weber, no monopólio legítima ou ilegítima da violência. Aqueles que controlam os meios de violência têm a capacidade de impor seus interesses. Mas há outra tradição nas ciências sociais e outra prática histórica, de Bertrand Russell a Foucault, na qual a capacidade de moldar o que acontece em nossas mentes e nas culturas é desenvolvida por meio da persuasão e negociação coletiva, é também a tradição que Gramsci uma vez aplicou em termos do conceito de hegemonia como construção de um conjunto de ideias que se internalizam e fazem a sociedade funcionar em certo sentido. Na verdade, eu diria que um sistema de poder que depende apenas da coerção é um sistema de poder fraco, porque se grande parte das pessoas é capaz de pensar diferente e ousar traduzir na prática esse pensamento diferente, esse poder coercitivo acaba se dissolvendo. Torturar corpos é menos eficaz do que moldar mentes.²⁰

O poder da nova realidade dos dados pode ser visto em um exemplo concreto mencionado por Viktor Mayer-Schönberger acerca de uma das empresas mais valiosas do mundo, a Alphabet, proprietária da ferramenta de busca mais utilizada, o Google. Segundo o professor de Oxford, poucas semanas antes do início do surto de H1N1 em 2009, os engenheiros do Google publicaram um artigo na revista *Nature* no qual se traz a hipótese de que com base nos 50 milhões de termos mais buscados pelos residentes nos Estados Unidos, e com a utilização de algoritmos específicos, chegou-se a um universo de 45 termos mais buscados na Internet, dos quais seria possível prever, com até duas semanas de antecedência em relação ao “*Center for Disease Control and Prevention*” (CDC), a agência federal de saúde pública dos Estados Unidos o surto de gripe. O Google comparou os termos com os dados do CDC sobre a disseminação da gripe entre 2003 e 2008 (MAYER-SCHÖNBERGER; CUKIER, 2013). A aplicação de algoritmos permitiu que se fizessem previsões bem como a identificação de pessoas potencialmente infectadas pelo vírus da gripe de acordo com as palavras-chave pesquisadas na Internet como:

²⁰ “*Cierto es que el poder también se basa, de acuerdo a la vieja tradición de Maquiavelo y Max Weber, en el monopolio legítimo o ilegítimo de la violencia. Quienes controlan los medios de la violencia tienen una capacidad de imponer sus intereses. Pero hay otra tradición en las ciencias sociales y otra práctica histórica, de Bertrand Russell a Foucault, en que la capacidad de modelar lo que ocurre en nuestras mentes y en las culturas se desarrolla a través de la persuasión y la negociación colectiva, es también la tradición que aplicó en algún momento Gramsci en términos del concepto de la hegemonía como construcción de una serie de ideas que se internalizan y que hacen que la sociedad pueda funcionar en un determinado sentido. De hecho, yo diría que un sistema de poder que se basa sólo en la coacción es un poder débil, porque si una gran parte de las personas son capaces de pensar diferente y de atreverse a traducir en la práctica ese pensar diferente, ese poder coactivo acaba disolviéndose. Torturar los cuerpos es menos efectivo que modelar las mentes.*” (CASTELLS, 2012).

“medicamentos para tosse e febre” (MAYER-SCHÖNBERGER; CUKIER, 2013, p. 1). Graças ao poder do processamento do Google tal ferramenta se tornou disponível como instrumento relevante para o planejamento de políticas públicas de saúde²¹ pois, a rigor, no mundo atual, “[...] informações e tecnologias de comunicação são mais difundidas que a eletricidade, alcançando três bilhões das sete bilhões de pessoas do mundo” (ZUBOFF, 2019, p. 4).

Big data se refere aos instrumentos técnicos de processamento de dados e correlação estatística de informações com o intuito de realizar previsões cada vez mais acuradas e que somente seriam possíveis graças ao poder computacional disponível e a imensas quantidades de dados e são aplicáveis em todas as áreas do conhecimento. Aliás, são indispensáveis em parte importante das pesquisas científicas, em áreas variadas como genética, medicina, astronomia, economia (MAYER-SCHÖNBERGER; CUKIER, 2013). Sem grandes volumes de dados não existe *big data*. Em 2012 o Google já processava mais de 24 pentabytes de dados por dia, o que equivale a mais de mil vezes o volume de dados contidos em todo material impresso guardado na Biblioteca do Congresso dos Estados Unidos (MAYER-SCHÖNBERGER; CUKIER, 2013), e não existem razões para se pensar que a perspectiva seja distinta em relação às demais grandes empresas do Vale do Silício²², ou seja, as denominadas “*Big Techs*”. Estas têm entre seus ativos uma quantidade de dados sem paralelo na história.

Para que se tenha em conta a dimensão do pano de fundo da nova economia digital é possível trazer um exemplo singelo. Segundo o “The New York Times” o Facebook se valeu dos dados produzidos por mais de 50 milhões de usuários americanos para traçar os perfis psicológicos que foram utilizados em publicidade direcionada durante a campanha presidencial de 2016. Desses, apenas 270.000 deram o seu consentimento (THE NEW YORK TIMES, 2018).

²¹ Conforme artigo publicado em 2013 na revista Nature (BUTLER, 2013), o Google elaborou, com base no relatório de buscas realizadas por seus usuários, estatísticas sobre a gripe nos Estados Unidos em uma ferramenta aberta chamada “Google flu”, cujos dados ficaram à disposição do público até 2015. (GOOGLE, 2015)

²² A rigor as grandes empresas de informática não são sediadas apenas no chamado Vale do Silício, nos arredores de São Francisco, mas a iconografia do termo permite uma generalização do termo com a finalidade de ilustrar não apenas corporações consideradas singularmente, mas toda uma ação com forte componente ideológico, no qual as decisões tomadas pelas empresas ditas “tecnológicas”, têm a conotação, a priori, de algo que se direciona para a construção de um mundo mais moderno, dinâmico e eficiente. É a meritocracia em seu grau máximo.

A nova moeda dessa economia digital é a informação obtida dos dados sobre absolutamente todos os fatos da vida, que permitem que as grandes corporações do Vale do Silício ofereçam ao mercado e a quem queira pagar predições comportamentais. O ser humano deixa de ser o exclusivo titular de si e de seus hábitos e passa a compor um produtor de pequenos fragmentos de informações que, após a filtragem e correlação com informações de milhões de pessoas, permitem a construção de informação preditiva, ou seja, qual será o provável comportamento daquele que recebe a publicidade direcionada. Tal produto tem valor imensurável, pois permite à iniciativa privada a construção de estratégias de vendas, de fornecimento de produtos, de consumo e de campanhas políticas, e ao Estado, prever como será o comportamento de seus cidadãos. Esta última hipótese parece trazida dos livros de ficção científica e de futuros distópicos, mas consiste em uma realidade que já se encontra devidamente estruturada, ao menos em países como a China.

Essencialmente, não há diferença entre a vigilância direcionada à proteção coletiva, como aquela realizada para fins de segurança pública ou de saúde pública, com aquela realizada para fins de controle. Nesse aspecto os mesmos instrumentos técnicos utilizados para a realização das atividades próprias do Estado têm potencial para realizar o controle político em favor do grupo que se encontra no poder, sendo que os instrumentos técnicos que permitem tal vigilância já são aqueles construídos para a coleta de dados exercida pelas grandes corporações da Internet.

E um aspecto se mostra fundamental e que talvez mereça uma discussão mais concreta e não apenas filosófica. As grandes corporações de tecnologia, a despeito dos esforços de diversos Estados e instituições internacionais, ainda mantêm boa parte de suas práticas ocultas. Na verdade, apesar de legislações modernas de controle de acesso a dados pessoais, tais como a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (Lei Federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018) e o Regulamento Geral de Proteção de Dados 2016/679 da União Europeia, as corporações da internet transnacionais permanecem livres de regulação mais rígida. A um por que os Estados Unidos, onde se localizam as sedes, não dispõe de uma lei nacional de proteção de dados; e dois, devido ao fato de que os usuários, em geral, não dão o seu consentimento para o compartilhamento e tratamento de dados de forma livre e esclarecida, e nem se importam com tais questões.

Apesar do desenvolvimento de legislações avançadas no campo da proteção do direito à privacidade de dados pessoais e a positivação na legislação de conceitos como autodeterminação informativa, direito ao esquecimento, necessidade de consentimento, portabilidade e titularidade de dados, o campo de batalha do emaranhado entre poder, autoridade e conhecimento não está mais na dialética dicotômica capital versus trabalho, como era até o fim da década de 80 (ZUBOFF, 2019, p. 3). Com a sociedade em rede as relações se transferem do mundo real para o campo digital. A maior parte das operações que permitem a construção de perfis individuais são realizadas nos bastidores de uma indústria que emergiu na virada do século e que se baseia em um capitalismo da vigilância consistente em “Uma nova ordem econômica que reivindica a experiência humana como matéria-prima gratuita para práticas comerciais ocultas de extração, previsão e vendas” (ZUBOFF, 2019, p. 2, tradução nossa).²³

Evgeny Morozov (2018, p. 31) traz uma crítica feroz ao modelo econômico das grandes empresas de informática, que prometem, segundo ele, “mais liberdade, mais abertura, mais mobilidade”, entregando, todavia, uma espécie de emancipação semelhante à de um criminoso recém libertado, com uma tornozeleira eletrônica. Segundo o autor:

Na verdade, estamos sendo duplamente lubrificados: quando entregamos nossos dados - que acabam no balanço dos ativos do Google - em troca de serviços relativamente triviais, e quando esses mesmos dados são utilizados para customizar e estruturar o nosso mundo de maneira pouco transparente e pouco desejável. (MOROZOV, 2018, p. 53)

O “nó” a ser desatado é que nem sempre se sabe que tipos de dados pessoais são recolhidos e tratados, conforme o modelo de negócios das “*Big Techs*” são envoltos com certo grau de opacidade. Não obstante, a questão que emerge sob o ponto de vista empírico é que essa nova realidade se traduz em um imenso desafio à própria condição humana de liberdade e de autodeterminação pois com a universalização dos instrumentos de acesso à rede há uma mudança de hábitos que permite que a pessoa em todos os seus aspectos, inclusive íntimos, seja medida,

²³ “A new economic order that claims human experience as free raw material for hidden commercial practices of extraction, prediction, and sales.” (ZUBOFF, 2019, p. 2)

comparada e qualificada de forma voluntária, pois os dados são ofertados gratuitamente em troca dos serviços ofertados pelas grandes empresas de tecnologia. O grande número de serviços virtualizados, de documentos de identidade a meios de pagamento, fotos, localizadores, instrumento de comunicação de voz, texto e imagens, redes sociais, passando pelo governo eletrônico permite, sem as devidas salvaguardas, que sejam deixados rastros da atividade de cada um que se vale de tais funcionalidades. Tem-se que ter em conta que

[...] o registro de cada transação é uma oportunidade para a coleta de dados aproveitáveis na personalização dos apelos publicitários que nos são dirigidos. Isso significa que toda transação eletrônica que efetuamos nunca está concluída: o seu histórico - ao menos seu rastro de dados - nos acompanha por todos os lados, estabelecendo conexões forçadas entre as nossas atividades cotidianas, que talvez, devessem permanecer separadas. De repente, suas risadas num show de comédia são analisadas em conjunto com os livros que você comprou, os sites que visitou, as viagens que fez, as calorias que consumiu: como atualmente tudo é mediado pela tecnologia, tudo o que fazemos está integrado num perfil específico que pode ser monetizado e aperfeiçoado. (MOROZOV, 2018, p. 47)

Um exemplo claro que trouxe, no extremo, consequências reais sobre minorias perseguidas foi o papel do Facebook como disseminador de notícias falsas e dissimulação promovida pelo Estado no caso da minoria étnica dos rohingya em Myanmar,²⁴ país cuja base de comunicação eletrônica se estrutura não em torno de portais abertos, mas do Facebook, utilizado até para fins de distribuição dos serviços eletrônicos governamentais (EL PAÍS, 2018). A falta de uma regulamentação por parte dos Estados Nacionais permite que grassem manipuladores políticos e a disseminação de narrativas manipuladas, desassociadas da realidade.

Percebe-se a existência de riscos à democracia em duas dimensões distintas, a do tecido social e a institucional. Neste novo quadro que envenena a própria fábrica social, tem-se que

[...] os defeitos e vícios dos líderes populistas se transformam, aos olhos dos eleitores, em qualidades. Sua inexperiência é a prova de

²⁴ Especificamente, no caso dos massacres perpetrados pelo Exército de Myanmar segundo as investigações levadas a cabo por comissão da ONU, constatou-se que o Facebook serviu de instrumento de disseminação de boatos e notícias falsas, atuando como elo propulsor do radicalismo religioso budista contra a minoria muçulmana dos rohingya. (EL PAÍS, 2018)

que eles não pertencem ao círculo corrompido das elites. E sua incompetência é vista como garantia de autenticidade. As tensões que eles produzem em nível internacional ilustram sua independência, e as fake news que balizam sua propaganda são a marca de sua liberdade de espírito. (EMPOLI, 2019, p. 12)

A transformação social de corrente das novas tecnologias de comunicação e processamento de dados atinge também a instituição que produziu a nação moderna, o Estado (CASTELLS, 2018), cujo poder que outrora se encontrava em um plano superior em relação às esferas internas e externas, ao menos na concepção do Estado moderno, passa a sofrer a concorrência de outras fontes de poder como organismos internacionais, corporações e organizações sociais. A despeito da crise de legitimidade do Estado, cujo modelo idealizado de soberania internacional e titular exclusivo do uso da violência, submetido ao poder do povo por meio das escolhas democráticas, passa por momento de severas críticas devido à sua incapacidade de exercer suas funções básicas de prestação de serviços públicos em especial para aqueles que mais necessitam da atuação do Estado para redução das desigualdades.

Para além do quadro institucional, a técnica publicitária e propagandística passou por uma evolução como poucas atividades humanas, tornando-se um instrumento de formação de opinião extremamente poderoso, a ponto de, potencialmente, alterar eventos indispensáveis na vida democrática, como as eleições. Agora a mensagem potencialmente manipuladora é dirigida diretamente ao indivíduo graças a uma série de ferramentas informacionais que permitem a categorização do ser humano a partir do seu comportamento na nova ágora virtual.

A lógica contida nas organizações que realizam a captura, armazenamento e tratamento informatizado dos dados dos indivíduos é a potencialização publicitária dos produtos de seus clientes empresariais. Os indivíduos são, assim, constantemente identificados pelos elementos de informações que colocam à disposição, sejam aos diferentes agentes do Estado ou dos mercados com quem exercem relações. Segundo Hannah Arendt (2014, p. 31), é somente através das relações sociais que o homem pode desenvolver suas potencialidades em sua máxima expressão, como ser dotado de razão, que se relaciona com seus semelhantes, trocando experiências e informações na posição do homem igual entre iguais, todos cidadãos, que se distingue do trabalho (*"homo faber"*) e do labor

(“*homo laborans*”), este último consistindo nas atividades realizadas pelo homem necessárias à sua sobrevivência e que integram eminentemente a esfera do privado.

Não há como deixar de notar uma aproximação entre o pensamento e estratégias dos demiurgos populistas da “nova política” nacionalista como Mateo Salvini, Victor Orbán, Benjamin Netanyahu Donald Trump, Nigel Farage e Jair Bolsonaro e o pensamento de Carl Schmitt quando estes primeiros elegem, dentro dos contextos locais, os inimigos a serem potencialmente combatidos, em geral o imigrante, o estrangeiro, o comunista, o “estranho” àquela sociedade que somente poderá ser protegida pelo líder escolhido, em uma guerra existencial contra seu inimigo. Afirmo o autor alemão que

[...] a diferenciação entre amigo e inimigo tem o propósito de caracterizar o extremo grau de intensidade de uma união ou separação, de uma associação ou dissociação, podendo existir na teoria e na prática, sem que, simultaneamente, tenham que ser empregadas todas aquelas diferenciações morais, estéticas, econômica ou outras. O inimigo político não precisa ser moralmente mau, não precisa ser esteticamente feio; ele não tem que se apresentar como concorrente econômico e, talvez, pode até mesmo parecer vantajoso fazer negócios com ele. Ele é precisamente o outro, o desconhecido e, para sua essência, baste que ele seja, em um sentido especialmente intenso, existencialmente algo diferente e desconhecido, de modo que, em caso extremo, sejam possíveis conflitos com ele, os quais não podem ser decididos nem através de uma normalização geral empreendida antecipadamente, nem através da sentença de um terceiro ‘não envolvido’ e, destarte, ‘imparcial’. (SCHMITT, 2015, p. 51)

O embate amigo-inimigo deve se dar no âmbito político pois, ultrapassados os limites do político há o rebaixamento do outro a uma condição inferior, subumana. O “outro”, a par de sua condição desumana, deve ser eliminado. Há um componente nos discursos comuns dos novos populistas de desumanização dos inimigos, reais ou imaginários.

Nesse contexto outro fenômeno que precisa ser observado é a cultura do cancelamento, que também decorre da forma pela qual as redes são construídas e que erode qualquer plano de debate público, que em essência, é fundamento da democracia liberal. É reflexo de uma cultura do ódio que domina eleitores e que, por fim, elege seus cultivadores devido em especial aos algoritmos das redes sociais. Como mencionado, algoritmo no sentido coloquial é um programa de computador que escolhe que textos, vídeos e fotos vão ser vistos e em que ordem e em qual

momento e faz isso com base em todas as suas ações, até mesmo o local do cursor ou do toque no aparelho móvel, quanto tempo o usuário passa em uma postagem, por onde anda a seta do mouse, as curtidas, se o usuário efetua a leitura dos comentários, se faz um novo comentário, se há compartilhamento.

No fim, o objetivo primordial é que cada usuário dispenda mais tempo em um determinado serviço. Nada gera reações mais agudas do que aspectos psicológicos e sentimentos como ansiedade, raiva, fúria, ódio, ou seja, tudo aquilo que desperta debates e indignação e maiores interações com os diferentes aplicativos sociais. No fim, essa é a razão pela qual notícias falsas são mais distribuídas do que notícias verdadeiras. A rigor a política também necessita da disseminação publicitária e dos meios de comunicação de massas para atingir o maior número de pessoas e, como alerta Manuel Castells (2015), a maior parte das pessoas não leem jornais ou assistem televisão para se informar, mas para confirmar o que acreditam. Há assim uma lógica circular de retroalimentação do viés cognitivo de confirmação.

O debate na sociedade está sendo feito por meio das redes sociais que se tornaram o campo principal de disputa de ideias. No horizonte brasileiro, segundo a referida pesquisa TIC Domicílios, o celular é o meio mais utilizado para acesso à rede, com 99% das pessoas de todas as classes se valendo dos dados móveis como meio de acesso, e 58% dos domicílios somente acessam a Internet por meio do telefone celular (CETIC.BR, 2020), e ainda que os brasileiros estão mais propensos a receber notícias pelas redes sociais do que por outros meios, o que acaba por trazer a conclusão que existe um consumo de redes sociais sem hierarquia, mediado pelo engajamento pelos temas que traduzem em reações emocionais mais exacerbadas. Os políticos que aparecem mais são aqueles cuja retórica se baseia no extremo e na criação do inimigo. Tal aspecto é mortal para uma democracia plena pois a política se baseia no debate de ideais e vive no entorno do debate público. Em um ambiente em que há apenas reações emocionais e não racionais o debate vira uma reafirmação de identidade, ou seja, passa a estabelecer uma relação tribal, abalando-se os fundamentos iluministas que nos permitiram a construção de uma sociedade harmônica.

A liberdade de voto também se relaciona de forma íntima à liberdade de expressão e informação. São irmãs que estão sendo colocadas em xeque por um sistema construído exatamente para manipulação e direcionamento. A arquitetura do capitalismo de vigilância se adotada pelo Estado e direcionada para fins políticos

tem o potencial de destruir o fórum democrático, a ágora da opinião pública e do debate de ideias. A rigor o Estado com as ferramentas certas pode assumir posturas que vão além do autoritarismo. O Estado que se imiscui até mesmo na privacidade da pessoa não é meramente autoritário, mas caminha a passos largo para o totalitarismo, como desenhado por Hannah Arendt (2014). O controle não é apenas no social, mas até mesmo da intimidade de casa, da mais interna privacidade.

4 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

Ao estabelecer-se uma imagem geral sobre o termo “privacidade”, o primeiro aspecto que vem à mente é a sua vinculação com a ideia do “estar só”, ou seja, conforme Warren e Brandeis no clássico artigo “*The Right to Privacy*” (1890), que deu início à moderna visão jurídica sobre o seu significado, qual seja, que a privacidade se insere no refúgio íntimo do homem, ingressando assim no imaginário de boa parte das pessoas com a imagem de clausura, reserva, segredo, intimidade.

A privacidade do indivíduo não era elemento relevante até o século XIX e se insere no que se convencionou nominar de direitos burgueses, ou seja, advindos do iluminismo e da Revolução Francesa. Foi somente com a ascensão da burguesia que se passou a defender a privacidade “com unhas e dentes” (DUBY, 2009). Nesse sentido, destaca-se sobre a privacidade que:

[...] não é por acaso que seus instrumentos jurídicos de tutela foram predominantemente modelados com base naquele característico do direito burguês por excelência, a propriedade; e que exigências análogas àquelas que a burguesia fez valer ou não foram reconhecidas em qualquer medida à classe operária ou o foram somente mais tarde, através de instrumentos jurídicos completamente diferentes. (RODOTA, 2008, p. 27)

As preocupações com a regulação e garantia à privacidade pessoal exigem que o Estado e as demais pessoas se abstenham de agir. Visto sob o prisma da relação entre o indivíduo e a sua participação coletiva, privacidade é a

[...] retirada voluntária e temporária da pessoa da sociedade em geral por meios físicos ou psicológicos, ou ainda e um estado de solidão ou intimidade no meio de pequenos grupos ou, quando em grupos maiores, em uma condição de anonimato e reserva. (WESTIN, 2015, p. 5)

Tem-se, não obstante, que a privacidade ocupa um campo de incidência que não se limita exclusivamente à reserva íntima, mas que também se relaciona com aspectos intrínsecos à própria personalidade do indivíduo, pois coexistem em seus meandros elementos indispensáveis ao homem, como a igualdade, e principalmente a liberdade, de pensamento e de expressão. Quando se fala de privacidade na

verdade falamos sobre dimensões relacionadas de práticas individuais (SOLOVE, 2002).

Sendo assim, tal campo deve ser determinado como parte dos direitos gerais de liberdade e igualdade, que se confundem e exigem uma abstenção por parte do Estado, que não pode interferir na vida alheia. Sobre o tema, há coerência na posição de se estabelecer a igualdade como grande postulado de moral política que se espraia para o conceito de liberdade. De fato:

[...] o governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo não deve somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e igual respeito.

[...]

O governo não deve restringir a liberdade, partindo do pressuposto de que a concepção de um cidadão sobre a forma de vida mais adequada para um grupo é mais nobre ou superior do que a de outro cidadão. (DWORKIN, 2010, p. 419)

A chave principal para compor o quadro epistemológico da privacidade é sua integração como um direito à liberdade do indivíduo de expressar tanto intimamente quanto em público, para que este seja quem realmente é, mostrando, dentro de sua discricionariedade, o que pensa ou como se sente. A privacidade está fortemente ligada à personalidade, da qual é aspecto essencial. (DONEDA, 2019, p. 29)

A importância da privacidade se reflete na importância da proteção de dados pessoais, pois,

[...] nos últimos anos, um fenômeno decisivo se produziu. Pela primeira vez, os comportamentos humanos – que continuavam a ser, até então, fins em si mesmos – começaram a produzir um fluxo maciço de dados. Graças à Internet e às redes sociais, nossos hábitos, nossas preferências, opiniões e mesmo emoções passaram a ser mensuráveis. Hoje, cada um de nós se desloca voluntariamente com sua própria “gaiola de bolso”, um instrumento que nos torna rastreáveis e mobilizáveis a todo momento. No futuro, com a “Internet das coisas”, cada gesto irá gerar um fluxo de dados não mais exclusivamente ligado aos atos de comunicação e de consumo, mas também a fatos como escovar os dentes ou adormecer no sofá da sala. Éric Sadin fala, a propósito, de uma “indústria da vida”, o setor mais promissor da nova economia, destinado a canibalizar todos os outros. (EMPOLI, 2019, p. 104)

A luta contra tal antevisão de futuro é a busca por um posicionamento liberal e democrático. Um aspecto que deve ser levado em consideração para o encaminhamento da questão da privacidade de dados pessoais no campo epistêmico do direito público é procurar dimensionar o campo possível de atuação do Estado, dentro de um sistema jurídico que tenha como princípios a proteção do indivíduo e suas liberdades fundamentais. Mais do que isso, a privacidade compõe um campo de incidência que age nos próprios fundamentos do Estado de Direito agindo como promotor da igualdade e da justiça.

4.1 Conceito de privacidade

O primeiro ponto a ser clarificado diz respeito ao conceito em si de privacidade. A despeito do aspecto intuitivo do que seja privacidade como aquilo que nos pertence intimamente, diversos autores apontam a ausência de um significado unívoco para seu conceito no sentido jurídico e a dificuldade de se fazer uma distinção quando comparado com a intimidade, visto que são vocábulos cujo sentido semântico se aproxima, mas ao mesmo tempo têm características distintas. A rigor, a privacidade é um conceito abrangente e ao mesmo tempo indefinido nas ciências sociais, que engloba em seu núcleo aspectos tão distintos quanto aqueles relacionados à liberdade de pensamento, controle sobre o próprio corpo, intimidade, controle sobre as informações sobre si mesmo, proteção contra vigilância indevida, proteção da própria reputação e proteção contra buscas e interrogatórios (SOLOVE, 2002, p. 1088).

Sob o ponto de vista exclusivamente linguístico, privacidade consiste em anglicismo cujo sentido se confunde com vida privada e intimidade. Todavia, parece adequada a distinção que Maria Nieves Saldaña (2012) faz do termo no aspecto semântico, entendendo que a privacidade se insere na relação do sujeito com a sociedade, enquanto a intimidade se insere no campo em que ocorrem os aspectos mais reservados do sujeito, grupo ou família. Danilo Doneda (2019) atribui ao direito à privacidade a característica de não dispor de conteúdo definido, o que não pode ser considerado defeito ou aspecto deletério.

O privado pertence à dimensão daquilo que não se torna público, daquilo que não se informa, nem deveria ser informado, por pertencer exclusivamente às exigências vitais de cada indivíduo. Privacidade não se confunde com intimidade

pois primeira assume um sentido de tomar a medida daquilo que o indivíduo, livremente, decide mostrar na esfera pública, ou seja, perante seus iguais, e se distingue do ambiente íntimo, familiar ou espiritual, ou seja, o íntimo traduz uma dimensão do indivíduo em relação a si mesmo e seu círculo mais íntimo familiar e emocional. Nesse sentido, Allan Westin (2015, p. 215) afirma que,

[...] privacidade é o clamor de indivíduos, grupos ou instituições para determinarem por si mesmos quando, como e qual a extensão das informações sobre si será transmitida para outros. Visto sob a ótica da do indivíduo em relação à sua participação social, privacidade é a retirada voluntária e temporária de uma pessoa da sociedade em geral, por meios físicos ou psicológicos, tanto em um estado de solidão ou com um pequeno grupo íntimo ou, quando inserido em grandes grupos, em uma condição de anonimato ou reserva.

De acordo com Danilo Doneda (2019, p. 98), a doutrina brasileira confunde “privacidade” com termos como “vida privada”, “intimidade”, “segredo”, “sigilo”, “recato”, “reserva”, “intimidade da vida privada” e até mesmo “privatividade”, o que se traduz em uma profusão de termos por vezes não conectados com os fundamentos do instituto, diferentemente da doutrina estadunidense que consagrou há algum tempo o vocábulo “*privacy*” que se estrutura sobre uma base jurídica consolidada do “*right to privacy*”, cuja origem pode ser buscada em fins século XIX.

A opção adotada para este trabalho, que se fundamenta em uma análise de adequação do desenho institucional brasileiro na proteção dos dados pessoais com foco no acesso e utilização do Estado de informações colhidas dos cidadãos é trazer ao conceito de privacidade os campos de atuação do espaço público e do espaço privado, permitindo que se clarifique o objeto do conceito de privacidade como direito juridicamente tutelado. Privacidade é conceito mais amplo e se relaciona com a esfera pública, que necessita ser trazido ao contexto da privacidade de dados pessoais como instituto relacionado à própria personalidade e liberdade do ser humano. A privacidade é concebida como aquilo que o indivíduo, livremente, resolve mostrar a seus semelhantes sobre si mesmo.

De acordo com Daniel Solove (2002), o conceito de privacidade pode ser inserido dentro de seis categorias gerais, advindas das diferentes abordagens epistemológicas recorrentes no discurso acerca do tema. Alguns conceitos se concentram no meio de atingir a privacidade e outros, nas finalidades ou objetivos da privacidade. Tais categorias, segundo o autor são:

(1) o direito de ser deixado sozinho - a famosa formulação de Samuel Warren e Louis Brandeis para o direito à privacidade; (2) acesso limitado ao eu - a capacidade de se proteger a si mesmo do acesso indesejado por outros; (3) sigilo - a ocultação de certos assuntos de outros; (4) controle sobre as informações pessoais - a capacidade de exercer controle sobre as informações sobre si mesmo; (5) personalidade - a proteção de sua personalidade, individualidade e dignidade; e (6) intimidade - controle ou acesso limitado ao seu íntimo relacionamentos ou aspectos da vida. (SLOVE, 2002, p. 1092, tradução nossa²⁵)

O núcleo do direito subjetivo da privacidade dos dados pessoais é, como se afirmou, a liberdade do indivíduo titular dos dados. O próprio conceito de liberdade, que carrega um alto grau valorativo e simbólico, é algo fluido e indeterminável por critérios objetivos, e que é aplicável a praticamente qualquer aspecto da vida. Seu campo de incidência é extremamente amplo, pois pode ser associado a quase qualquer ponto de vista daquilo que é considerado bom ou desejável (ALEXY, 2011, p. 218).

Schwartz (2004, p. 2058) apresenta uma distinção valiosa ao distinguir “privacidade pessoal” com o que chama de “privacidade decisória”. A primeira é resultado de restrições legais e outras condições, como normas sociais, que regem o uso, transferência e processamento de dados pessoais. A segunda, que denomina “privacidade decisória”, presente na decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Roe v. Wade*,²⁶ tem por foco a liberdade de interferência quando alguém toma certas decisões fundamentais, incluindo aquelas relativas à reprodução e educação dos filhos. A proteção de dados de informação se preocupa tão somente com o uso, transferência e processamento dos dados pessoais gerados na vida diária. Porém, é de extrema importância que ambas não são independentes posto que o uso, transferência ou processamento de pessoal dados de organizações do setor público e privado afetarão as escolhas que fazemos (SCHWARTZ, 2004).

²⁵ “(1) *the right to be let alone—Samuel Warren and Louis Brandeis’s famous formulation for the right to privacy*; (2) *limited access to the self—the ability to shield oneself from unwanted access by others*; (3) *secrecy—the concealment of certain matters from others*; (4) *control over personal information — the ability to exercise control over information about oneself*; (5) *personhood—the protection of one’s personality, individuality, and dignity*; and (6) *intimacy—control over, or limited access to, one’s intimate relationships or aspects of life.*” (SOLOVE, 2002, p. 1092)

²⁶ O caso *Roe v.s. Wade* é paradigmático na Suprema Corte dos Estados Unidos, na medida em que legalizou o direito feminino pelo aborto consentido naquele país.

Partindo-se do “mais amplo dos direitos do homem”, expressão utilizada por Louis Brandeis, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Olmstead vs United States* (DONEDA, 2019, p. 101), para compreensão do conceito de privacidade na atualidade, que representa não somente o aspecto individual, dentro da esfera da intimidade do indivíduo, há que se pensar em um sentido mais amplo e interconectado, característico das redes sobre as quais a sociedade contemporânea se estrutura e que ecoa dentro do contexto de convivência paralela entre a esfera privada e a esfera pública, ambas também que se interconectam e se tornam indistinguíveis.

A privacidade,

[...] encerra valores que se desdobram em uma série de situações que não podem ser abrangidas dentro da lógica do direito subjetivo. Assim, a tradicional forma do ‘direito à privacidade’ revela-se faciosa, ou ao menos desaconselhável, ao aproximar-se de uma simbologia nos moldes de um direito subjetivo, inapto a colher a complexidade da situação. (DONEDA, 2019, p. 129)

Há a necessidade de que se proteja a liberdade do indivíduo de mensurar o quanto pretende tornar visível sobre os diferentes aspectos de sua vida, vida esta que, com o avanço da tecnologia de comunicação e da estruturação da sociedade em forma de redes cada vez mais informatizadas, encontra-se em um estado sobreposto de vida física (concreta) com a virtual.

4.2 Proteção de dados como direito fundamental

Habermas situa a origem do conceito de público e privado na antiguidade europeia, inicialmente na cultura helenística, posteriormente transmitida para o Império Romano, para os quais existiam duas esferas de atuação do homem, a “*polis*”, a esfera pública e a “*oikos*”, a esfera íntima, particular. Para que se possa estimar o valor ínsito da necessidade de proteção da individualidade, do que é privado, há que se tentar entender, qual seria o objeto da esfera pública, que se contrapõe à esfera privada, já que ambos os conceitos contrapostos constituem um fenômeno importante no desenvolvimento das ideias que irão desaguar na atual percepção dialética de vida privada e privacidade.

A “[...] construção da relação entre um poder público que garante as liberdades e uma sociedade econômica organizada de modo privado deve-se, por um lado às teorias liberais dos direitos fundamentais” (HABERMAS, 2014, p. 49). Há, segundo o autor, uma conotação política da esfera pública, que não se confunde com o Estado ou suas instituições formais. Aos tempos modernos surge uma nova dimensão de esfera pública que hoje não se manifesta apenas na interação social dos espaços físicos, mas também e principalmente nos espaços virtuais, que são as novas ágoras eletrônicas.

A esfera pública surge da dialética entre o público e o privado em um aparente imbricamento. De fato, Filipe Carreira da Silva menciona que, segundo o pensamento habermasiano,

[...] a esfera pública política surgiu, pois, do confronto entre dois tipos conflitantes de publicidade. Por um lado, a publicidade própria das cortes feudais, a publicidade representativa, e, por outro, a publicidade crítica e democrática, nascida com o iluminismo setecentista. Em rigor, esta última é definida por oposição àquela: não se pode pensar em publicidade crítica sem se conceber a noção de publicidade representativa, ancorada num contexto medieval, pré-moderno e sem a distinção estruturante entre público e privado. Isto significa que Habermas, recorrendo a uma argumentação dialética, constrói uma concepção de publicidade cujo processo de evolução compreende três fases distintas. Uma primeira de cariz feudal ou representativo, caracterizada pela sua neutralidade em relação aos critérios de público e privado; uma segunda, nascida com a modernidade e assente na distinção entre público e privado; e uma terceira, que emerge a partir de meados do século XIX com a interpenetração entre estado e sociedade, o mesmo é dizer, entre público e privado, justamente acompanhada por um processo de ‘refeudalização da esfera pública’. (SILVA, 2001, p. 120)

Stefano Rodotà (2008), por sua vez, localiza historicamente a origem da privacidade com a desagregação da sociedade feudal, sendo o isolamento privilégio de poucos, em geral místicos, monges, pastores ou bandidos, sendo um conceito plasmado com maior propriedade no fim do século XIX, a despeito do conteúdo normativo poderoso de textos legais como a quarta emenda à constituição dos

Estados Unidos, que traz as bases jurídicas de proteção contra buscas indevidas²⁷, nos seguintes termos

O direito das pessoas de estarem seguras em suas pessoas, casas, papéis e bens, contra buscas e apreensões irracionais, não deve ser violado e nenhum mandado deve ser emitido, mas por causa provável, apoiado por juramento ou afirmação, e particularmente descrevendo o local a ser revistado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas. (UNITED STATES, 1791, tradução nossa)

A privacidade ganha relevância como aspecto subjetivo integrado ao homem e à sua dignidade, transcendendo o sentido original trazido por Warren e Brandeis do *“right to be let alone”* em seu histórico artigo de 1890, assumindo sentido de proteção jurídica ampla a interesse fundamental do cidadão, se imiscuindo na dimensão mais profunda de liberdade política. O sentido semântico da expressão passou por diversas modificações no decorrer do tempo, sendo o próprio conceito não unívoco, mas pode-se dizer que privacidade assumiu o desenho institucional no fim no século XIX, tendo sido objeto de desenvolvimento na cultura jurídica, alcançando elevado nível de preocupação nas sociedades ocidentais graças ao poder de processamento massificado de dados dos sistemas computacionais.

É interessante que a discussão da juridicidade do instituto da privacidade se coaduna com o fenômeno da urbanização e do surgimento do proletariado urbano na esteira da revolução industrial. A esfera pública, política, que se contrapõe à intimidade do lar, surgiu como consequência da disseminação da cultura e da literatura no contexto do surgimento da imprensa e posteriormente do século das luzes, traduzindo tal fenômeno em forma de comunicação de massas. De acordo com Habermas (2014, p. 40),

[...] a Revolução Francesa foi o propulsor para o movimento de politização de uma esfera pública inicialmente de cunho literário e voltado para a crítica de arte. Isso vale não só para a França, mas também para a Alemanha. Uma ‘politicização da vida social’, a ascensão de uma imprensa opinativa e a luta contra a censura e pela

²⁷ “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects,[a] against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.” (UNITED STATES, 1791)

liberdade de opinião caracterizam a mudança de função da rede expandida da comunicação pública até a metade do século XIX.

O objeto da esfera pública, portanto, é tudo aquilo sobre o que se lança às luzes do conhecimento público que se aparta da esfera privada, traduzido por Allan Westin como sendo tudo aquilo que o indivíduo decide mostrar sobre si. A centralidade do tema no discurso jurídico surgiu com a preocupação dos juristas com as novas tecnologias de captura de imagem, como a fotografia, desenvolvida no século XIX por Niépce e Daguerre, que deram origem aos primeiros trabalhos destinados à reflexão sobre o objeto da privacidade, com destaque especial ao artigo publicado em dezembro de 1890 na *Harvard Law Review* denominado “*The Right to Privacy*” de Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis, cuja influência é imanente ao próprio conceito de privacidade e vida íntima adotado hodiernamente.

O desenho institucional de proteção à privacidade e à individualidade que se desenvolveu durante o século XX, especialmente no continente europeu, é tributária da construção teórica dos Direitos Humanos que se deu no pós-guerra. De fato, na Declaração Universal dos Direitos do Homem tem-se que a privacidade é direito humano fundamental²⁸, sendo tal preceito replicado pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem adotado em 1950 pelo Conselho da Europa.²⁹

A cultura legislativa e jurisprudencial europeia traz alguns balizadores relevantes no desenvolvimento do tema da privacidade dos dados pessoais, decorrentes do espírito de proteção aos direitos individuais que norteou a arquitetura do sistema jurídico da Europa ocidental posteriormente à Segunda Guerra Mundial, talvez como forma de prevenção aos extremos dos sistemas totalitários. A República Federal da Alemanha, antiga Alemanha Ocidental, editou a primeira lei estadual sobre a matéria “privacidade de dados” com a Lei de Hesse de 1970 (DONEDA,

²⁸ “Artigo 12. Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.” (NAÇÕES UNIDAS, 1948)

²⁹ “Artigo 8º. Direito ao respeito pela vida privada e familiar 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.” (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 1950)

2019, p. 165), sendo a primeira lei federal sobre o tema de 1977 (BDSG). A compreensão de que o direito à autodeterminação informativa integra os direitos do indivíduo não era inédito, traduzindo uma construção jurídica que estava se consolidando de que a privacidade é elemento ínsito à personalidade.

Com base na referida legislação, vale o apontamento da decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha sobre o senso alemão de 1983 que trouxe o princípio de autodeterminação dos dados pessoais como direito fundamental constitucional. Segundo Doneda (2019), os aspectos que geraram dissenso a respeito da constitucionalidade do referido censo foram três: possibilidade de confrontação dos dados com o registro civil para uma retificação; possibilidade de remessa dos dados para as autoridades federais e estaduais, mesmo que anonimizados; o estabelecimento de multa punitiva para os que se omitissem a fornecer as informações, bem como a criação de mecanismos de favorecimento àqueles que denunciasses tal condição.

O tribunal constitucional alemão, em 1983, declarou que o direito fundamental à autodeterminação informativa no julgamento referente à coleta de dados pessoais pelo poder público, autorizada pela Lei do Censo (BVerfGE 65, 1) em virtude de que referido ato normativo não continha as salvaguardas necessárias para impedir o uso das informações obtidas exclusivamente às finalidades da lei, bem como não garantia o anonimato dos indivíduos participantes. Assim, haveria incompatibilidade dela em relação ao sistema contido na Lei Fundamental do Estado Federal Alemão e a dignidade humana.

Estabeleceram-se os princípios de autodeterminação informativa e o de finalidade na coleta de dados pessoais (DONEDA, 2019, p. 167) como dois pilares que estabelecem os fundamentos do direito europeu sobre o tema da privacidade, que consolidou o entendimento de que os dados não poderiam ser recolhidos para finalidades diversas sem o conhecimento do cidadão, bem como trouxe a noção de que não é desprovido de tutela o tratamento de dados aparentemente irrelevante. Afirma Marcel Leonardi (2011, p. 69) sobre o tema que:

A ideia de privacidade como proteção de dados pessoais ganhou ainda mais força após o caso da lei alemã do censo, de 1983, que determinava o recenseamento geral da população, coletando-se dados relativos ao domicílio, profissão e renda dos indivíduos, com o objetivo de: a) reunir informações estatísticas, tais como crescimento populacional, densidade demográfica e atividades econômicas, entre

outras; b) compará-las com dados armazenados em registros públicos; e c) enviá-las, quando necessário, a repartições públicas. O Tribunal Constitucional alemão declarou a nulidade dos dispositivos legais que previam a comparação e a transmissão dos dados coletados para repartições públicas e reconheceu a existência de um direito à autodeterminação informativa, entendido como o direito de um indivíduo se proteger contra a coleta, o armazenamento, o uso e a revelação de seus dados pessoais, efetuados de modo ilimitado, direito esse que somente poderia ser restringido em caso de um interesse público superior, com base constitucional.

A referida decisão do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha tem sua influência nos fundamentos constitucionais do direito à privacidade na legislação europeia. Há assim a afirmação de que a proteção de dados pessoais constitui direito humano fundamental e requer um embasamento constitucional direto (DONEDA, 2019, p. 169). Estabelecidas as bases jurídicas concretas do tratamento da privacidade e por consequência, dos dados pessoais dos indivíduos, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia nos esclarece que de acordo com o sistema europeu de proteção aos Direitos Humanos “1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito” (UNIÃO EUROPEIA, 2000).³⁰

Dois instrumentos normativos da União Europeia assumem grande importância no desenvolvimento da moderna visão jurídica acerca da privacidade de dados pessoais que são a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção dos indivíduos ao tratamento de seus dados pessoais e o Regulamento (UE) 2016/279 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – “GDPR” na sigla em inglês), estabelecendo estes últimos princípios robustos de proteção individual, refletindo o aspecto axiológico adotado pelo legislador europeu sobre a relevância do tema da proteção de dados pessoais e da individualidade. Um dos eixos sobre o qual se assenta a GDPR é o conceito de autodeterminação informativa, ou seja, o sujeito tem o direito de determinar, de forma consciente e

³⁰ “1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito (UNIÃO EUROPEIA, 2000). 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 respetiva retificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.” (UNIÃO EUROPEIA, 2000)

informada, se um terceiro poderá ou não se utilizar dos dados que lhe digam respeito.

Referida legislação fundamentou sua arquitetura em princípios fortemente ligados aos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos sujeitos à coleta de dados pessoais, adotando como objetivo expresso programático a criação de um espaço de liberdade, segurança, justiça e bem-estar.³¹ Para além de uma abordagem puramente idealizada do Regulamento Europeu, trata-se de uma legislação que se reflete em diversas legislações de proteção de dados pessoais, incluindo a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (LGPD).

4.3 Privacidade e proteção de dados pessoais

Uma primeira visão sobre o tema da privacidade é que as “[...] novas dimensões da coleta e tratamento de informações [...]”, a despeito da profusão de apelos à proteção dos dados e privacidade mostram a inadequação do quadro institucional tradicionalmente identificados com esse conceito para a resolução das novas questões surgidas (RODOTÀ, 2008, p. 23). A conformação clássica de ligar a privacidade exclusivamente à esfera privada não se mostra mais suficiente em um momento histórico e social e em constante mutação, pois

[...] logo percebemos a inadequação das tradicionais definições jurídico-institucionais diante dos novos problemas impostos pela realidade dos sistemas informativos atuais. Ou seja, pode-se notar que não é suficiente elaborar um sistema de contenção do poder dos computadores em relação à suas particulares modalidades de utilização, mas é necessário analisar todas as potencialidades de seu uso, ligando-as aos diversos significados que possam assumir no conjunto do sistema político (RODOTÀ, 2008, p. 25).

Há a aparência, em especial em parte dos discursos adotados hodiernamente, de que privacidade e proteção de dados são expressões sinônimas.

³¹ Conforme regulamento europeu, “Os princípios e as regras em matéria de proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais deverão respeitar, independentemente da nacionalidade ou do local de residência dessas pessoas, os seus direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente o direito à proteção dos dados pessoais. O presente regulamento tem como objetivo contribuir para a realização de um espaço de liberdade, segurança e justiça e de uma união económica, para o progresso económico e social, a consolidação e a convergência das economias a nível do mercado interno e para o bem-estar das pessoas singulares (UNIÃO EUROPEIA, 2016b).

Não obstante, conceitualmente privacidade não pode ser confundida com proteção de dados. A primeira corresponde ao direito mais amplo, dentro do qual se insere a proteção de dados como instrumento para a seu atingimento. Por sua vez, dados são fragmentários e apenas quando qualificadas pelo vínculo com determinado objeto ganham a adjetivação de “informações”, criando, desse modo, um atributo especial. Quando o objeto do vínculo são as pessoas, estes têm agregados a si o atributo de “dados pessoais”. A informação obtida através dos dados identifica, mesmo que indiretamente, a pessoa, e pode revelar aspectos essenciais de sua personalidade. A proteção a tais informações deve ser entendida como direito fundamental humano que integra a personalidade.

Assim, organizando-se os dados, tem-se a informação, que denota utilidade. Informação é o objeto da comunicação e, como vimos, a comunicação é a essência, o fundamento da sociedade em rede, globalizada, e do novo informacionalismo que molda as relações sociais e a economia. Informação pessoal (ou dado pessoal), portanto, vincula objetivamente o dado a uma pessoa, um indivíduo, revelando algo sobre ele. De acordo com Danilo Doneda (2006), o vínculo objetivo é característica relevante pois afasta outras categorias de informações. Em resumo, dado é uma informação em estado potencial, antes de ser transmitida, e em um estado anterior à interpretação e elaboração. Considerada por si mesmo tem uma utilidade limitada. Partindo-se dessa premissa sobre informação pessoal o autor afirma que,

[...] uma determinada informação pode possuir um vínculo objetivo com uma pessoa, revelando algo sobre ela. Este vínculo significa que a informação se refere às características ou ações desta pessoa, que podem ser a ela atribuídas em conformidade com a lei, como no caso do nome civil ou domínio, ou então, às informações provenientes de seus atos, como os dados referentes ao seu consumo, informações provenientes de suas manifestações, como as opiniões que manifesta, e tantas outras (DONEDA, 2006, p. 156).

A informação, por sua vez, chega ao limiar da cognição, carregando um conteúdo instrumental, sendo assim capacitada a reduzir um estado de incerteza. A informação pessoal está ligada intimamente à privacidade. A sua proteção é reflexo direto da tutela do direito à privacidade, plasmando o seu próprio conceito (DONEDA, 2019).

Dentro dessa linha de ideias o direito comparado traz valiosa contribuição para o encaminhamento do tema. A Carta dos Direitos Fundamentais da União

Europeia (art. 8º, 1) e o tratado sobre o funcionamento da União Europeia (art. 16, 1), ambos documentos fundantes do sistema jurídico comunitário europeu, dispõem expressamente que todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

O regulamento europeu relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados (Regulamento – EU, 2016/679), também conhecido como Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GPDR), traz o conceito do que sejam dados pessoais nos seguintes termos:

Artigo 4º. Para efeitos do presente regulamento, entende-se por: 1) 'Dados pessoais', informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável ('titular dos dados'); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular. (UNIÃO EUROPEIA, 2016)

No horizonte do que se avizinha daquilo que alguns denominam “Quarta Revolução Industrial” do capitalismo, os discursos sobre os efeitos da liberdade do indivíduo ganharam ressonância ao se concluir que se está em um momento mudança histórica, com alteração fundamental dos pressupostos que estabelecem as bases das sociedades em todo o mundo. De fato, há que se levar em conta que as novas tecnologias modificaram e continuam modificando a estrutura social da civilização, pois “[...] estamos testemunhando um ponto de descontinuidade histórica” (CASTELLS, 2018, p. 135). Segundo o sociólogo espanhol que,

[...] a emergência de um novo paradigma tecnológico organizado em torno de novas tecnologias da informação mais flexíveis e poderosas, possibilita que a própria informação se torne o produto do processo produtivo. Sendo mais preciso: os produtos das novas indústrias de tecnologia da informação são dispositivos de processamento de informações ou o próprio processamento das informações. Ao transformarem os processos de processamento da informação, as novas tecnologias da informação agem sobre todos os domínios da atividade e possibilitam o estabelecimento de conexões infinitas entre diferentes domínios, assim como entre os elemento e agentes de tais atividades. Surge uma economia em rede profundamente interdependente que se torna cada vez mais capaz de aplicar seu progresso em tecnologia, conhecimentos e

administração, na própria tecnologia, conhecimentos e administração (CASTELLS, 2018, p. 136).

Parece evidente que a informação, que sempre assumiu um papel relevante em todas as sociedades e era objeto de domínio dos estamentos dominantes, passa a ser o grande motor propulsor da história neste início de século XXI. O controle dos dados pessoais, mais que simplesmente significar a apreensão de aspectos da privacidade do indivíduo, estabelece uma verdadeira relação potencial de domínio. É paradoxal que se esteja vivenciando um momento de suposta democratização da rede e que cada vez mais pessoas se integram na economia digital, ao mesmo tempo em que se observa uma concentração de poder sob a forma de dados pessoais apreendidos pelas corporações e pelos governos, que são os grandes nós do fluxo digital de informações. Os dados pessoais se tornaram commodities. Criou-se a percepção em parte da sociedade de que ocorre um fenômeno de comodificação dos dados pessoais, com a participação direta dos próprios titulares nesse fenômeno. Paralelamente, há uma percepção da necessidade de criarem-se limites à utilização e transferência de dados pelas corporações e pelo Estado.

4.4 O aspecto humano dos dados pessoais

Há que ser questionada qual a real necessidade de proteção de dados pessoais cuja resposta exige algumas ponderações. Em primeiro lugar, tem-se que o ser humano, em diferentes graus, tem a necessidade biológica de certo grau de reserva (WESTIN, 2015). Defende-se que para o pleno desenvolvimento de sua personalidade a pessoa tem direito aos pensamentos, sentimentos, desejos e convicções internas, que necessariamente devem permanecer em segredo e que, por diversas razões, tem sido objeto de captura e distribuição tanto por governos quanto por empresas privadas. Hipoteticamente, uma pergunta em um censo populacional pode revelar diversos aspectos relativos ao indivíduo. Basta imaginar-se algo como “que fé você professa”? ou “em qual conformação racial você se inclui”? Ou, ainda, informações sobre o estado de saúde do indivíduo atual e pregresso (doenças preexistentes, ou sexualmente transmissíveis, ou degenerativa, para ficar apenas em exemplos extremos). O histórico médico é um dos documentos mais fundamentais para que se enxergue a real condição da pessoa.

Em segundo lugar, além de tal conjectura relacionada à intimidade subjetiva há toda uma gama de relações sociais, econômicas e políticas e pessoais que se dão no mundo físico. No mundo tecnológico a interface entre usuários e fornecedores é mediada pelo instrumental técnico por meio de uma construção virtual da persona, ou seja, da imagem que a pessoa se apresenta em público, que se reflete na mensagem, em um fenômeno que se amplifica com as novas formas de relacionamento traduzidas nas “redes sociais”, nas quais somos aquilo que mostramos e que representa importante aspecto do desenvolvimento da identidade pessoal. Em outras palavras, a identidade passa a ser o reflexo dos dados que a pessoa fornece e que transitam no ambiente cibernético. Há a construção de um avatar, o vocábulo que tem origem na religião hinduísta, no termo sânscrito “*avatāra*”, que significa “descida” e se refere à encarnação material de uma deidade na terra, especialmente Vishnu. No contexto informacional, significa, de acordo com o dicionário Merriam-Webster (2020) uma imagem eletrônica que representa e é manipulada por um usuário de computador em um ambiente virtual e que interage com outros objetos no referido ambiente.

Nessa linha de ideias, deve-se ter em conta que o indivíduo assume várias identidades no seu íntimo, todas fazendo parte de sua personalidade. A rigor, todos dispõem de diferentes personas que transitam no tecido social: cada um pode ser, ao mesmo tempo, “pai”, “filho” “trabalhador”, “contribuinte”, “fornecedor”, “credor”, “devedor”, “marido”, entre outros. É infinito o número de papéis que cada um assume para atuar na sociedade e cada uma destas facetas faz parte indelével de si. O homem deve ter a liberdade para atuar segundo a sua individualidade, sendo esta indispensável para que seja assumida na integralidade a personalidade de cada um. Tal aspecto é corolário da liberdade. Como bem expressado por Westin (2015, p. 37), citando Young, “[...] sem privacidade não há individualidade. Há apenas tipos. Quem pode saber o que ele pensa e sente se não tem a oportunidade de ficar só com seus pensamentos e sentimentos.”

Para se compreender o fenômeno da privacidade e sua relação com a intimidade e personalidade, mostra-se positiva a análise da denominada “teoria das esferas” de Hubmann e Henkel, referendada pelo Tribunal Constitucional Alemão e com influência no direito brasileiro, na qual privacidade é dividida em três esferas concêntricas, com influência crescente dos mecanismos de tutela da privacidade. Marcel Leonardi cita Paulo José da Costa Júnior (2011, p. 60) quando afirma que:

[...] a esfera da vida particular ou privada é subdividida em outras esferas de dimensões progressivamente menores; o âmbito maior é abrangido pela esfera privada “stricto sensu”, que compreende todos os comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem públicos; para além da esfera privada, ao alcance da coletividade em geral (representada por um círculo indeterminado de pessoas) encontram-se os processos, episódios e condutas de natureza pública, juridicamente excluídos do campo dos delitos de indiscrição. [...] no interior da esfera privada, está a esfera da intimidade, ou confidencial, das quais somente participam aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade; por óbvio, o público em geral está excluído dessa esfera, assim como pessoas que não mantêm relações de proximidade com o indivíduo, fazendo parte desse campo conversações e acontecimentos íntimos.

Destaca Costa Júnior que, no âmago da esfera privada, encontra-se a esfera do segredo, que compreende a parcela da vida particular conservada em segredo pelo indivíduo, da qual pouquíssimas pessoas compartilham e que por isso deve ser objeto de especial proteção contra a indiscrição.

A conclusão é que para análise do aspecto da personalidade, na dimensão mais privada do indivíduo não há espaço nem mesmo para o sopesamento de princípios fundamentais, pois não há interferência de modo algum no estrato coletivo. Há liberdade absoluta aos indivíduos para que tenham pensamentos, vontades, reflexões, ideias, valores, desejos, todos na esfera mais central do íntimo psicológico. Há precedência da liberdade negativa em conjunto com o princípio da dignidade humana contra todos os princípios colidentes imagináveis (ALEXY, 2015).

A teoria das esferas, a despeito de sua importância, em especial para o desenvolvimento do instituto jurídico no Brasil, não foi imune a críticas, ao tratar de forma relativamente superficial cada uma das esferas de privacidade, que a gradação de eventual lesão aos direitos fundamentais encarnados na privacidade do indivíduo representada pelos círculos concêntricos pode se revelar desequilibrada, mas não se pode excluir a sua importância no desenvolvimento doutrinário do tema.

De qualquer forma, tem-se como esteio do pensamento liberal e democrático a proteção da privacidade como fundamento essencial para a vida plena. Quaisquer limitações à privacidade eventualmente impostas pelo Estado, por vezes por alegada necessidade de segurança coletiva, proteção do Estado ou para fins de investigação criminal deverão se submeter ao princípio da legalidade estrita

ou por decisão judicial, sempre de forma a permitir a apuração de responsabilidade estatal por eventual abuso.

4.5 Dados sensíveis

Tendo em vista que o sistema de proteção a dados pessoais se estabeleceu a partir de uma tradição jurídica europeia nascida em certa medida dos traumas da Segunda Guerra, as diferentes fontes do direito distinguiram certa categoria de dados como “especiais”. A Lei Geral de Proteção de Dados brasileira adotou uma nomenclatura que surge de modo lateral no regulamento geral de proteção de dados europeu, denominando tal classe especial de “dados sensíveis”, que são aqueles que podem implicar, por sua natureza de aspecto íntimo da personalidade, em potencial perseguição a minorias sociais e políticas merecendo, portanto, uma proteção mais robusta pelo Direito, pois se insere no aspecto mais particular de cada indivíduo. O inciso II do artigo 5º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira (Lei Federal 13.709, de 14 de agosto de 2018) traduz o conceito de dado pessoal sensível todo aquele relacionado à “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico” (BRASIL, 2018).³²

³² É de bastante valia as considerações contida no texto normativo do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu (Regulamento Geral de Proteção de Dados). Especificadamente, (51) “Merecem proteção específica os dados pessoais que sejam, pela sua natureza, especialmente sensíveis do ponto de vista dos direitos e liberdades fundamentais, dado que o contexto do tratamento desses dados poderá implicar riscos significativos para os direitos e liberdades fundamentais. Deverão incluir-se neste caso os dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, não implicando o uso do termo «origem racial» no presente regulamento que a União aceite teorias que procuram determinar a existência de diferentes raças humanas. O tratamento de fotografias não deverá ser considerado sistematicamente um tratamento de categorias especiais de dados pessoais, uma vez que são apenas abrangidas pela definição de dados biométricos quando forem processadas por meios técnicos específicos que permitam a identificação inequívoca ou a autenticação de uma pessoa singular. Tais dados pessoais não deverão ser objeto de tratamento, salvo se essa operação for autorizada em casos específicos definidos no presente regulamento, tendo em conta que o direito dos Estados-Membros pode estabelecer disposições de proteção de dados específicas, a fim de adaptar a aplicação das regras do presente regulamento para dar cumprimento a uma obrigação legal, para o exercício de funções de interesse público ou para o exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento. Para além dos requisitos específicos para este tipo de tratamento, os princípios gerais e outras disposições do presente regulamento deverão ser aplicáveis, em especial no que se refere às condições para o tratamento lícito. Deverão ser previstas de forma explícita derrogações à proibição geral de tratamento de categorias especiais de dados pessoais, por exemplo, se o titular

A construção de mecanismos opacos de captura e tratamento de dados pessoais, seja pelas grandes corporações da Internet, quanto pelos Estados, implicam na emergência de riscos reais de manipulação de vontades e de perseguição aos que se oponham aos grupos dominantes. Em 2013, um estudo de Kosinski, Stillwell e Thore Graepel (2013) revelou que os dados relativos à interação dos usuários com o botão de “like” no Facebook poderiam estabelecer de forma automática e precisa uma ampla gama de atributos pessoais que as pessoas normalmente presumem ser “privados”, incluindo orientação sexual, etnia, religião e visões políticas, traços de personalidade, inteligência, felicidade, uso de substâncias que causam dependência, separação dos pais, idade e gênero. De acordo com os autores:

[...] mostramos que registros digitais de comportamento facilmente acessíveis, como Facebook “Curtidas”, podem ser usados para prever automaticamente e com precisão um intervalo de atributos pessoais altamente confidenciais, incluindo: orientação sexual, etnia, pontos de vista religiosos e políticos, traços de personalidade, inteligência, felicidade, uso de substâncias que causam dependência, separação dos pais, idade e sexo. A análise apresentada é baseada em um conjunto de dados de mais de 58.000 voluntários que forneceram curtidas no Facebook, perfis demográficos detalhados e os resultados de vários testes psicométricos. O modelo proposto usa redução de dimensionalidade para processar os dados de “curtidas”, que são então inseridos em lógica de regressão linear para prever perfis psicodemográficos individuais de curtidas. O modelo discrimina corretamente entre homossexuais e homens heterossexuais em 88% dos casos, afro-americanos e americanos caucasianos em 95% dos casos, e entre democratas e republicano em 85% dos casos. Para o traço de personalidade “mente aberta”, a precisão da previsão é próxima da precisão de um teste padrão de padrão de personalidade. Damos exemplos de associações entre atributos e curtidas e discutimos as implicações para a personalização online e privacidade (KOSINSKI; STILLWELL; GRAEPEL, 2013, p. 5802, tradução nossa).³³

dos dados der o seu consentimento expresso ou para ter em conta necessidades específicas, designadamente quando o tratamento for efetuado no exercício de atividades legítimas de certas associações ou fundações que tenham por finalidade permitir o exercício das liberdades fundamentais. (UNIÃO EUROPEIA, 2016b)

³³ “We show that easily accessible digital records of behavior, Facebook Likes, can be used to automatically and accurately predict a range of highly sensitive personal attributes including sexual orientation, ethnicity, religious and political views, personality traits, intelligence, happiness, use of addictive substances, parental separation, age, and gender. The analysis presented is based on a dataset of over 58,000 volunteers who provided their Facebook Likes, detailed demographic profiles, and the results of several psychometric tests. The proposed model uses dimensionality reduction for pre-processing the Likes data, which are then entered into logistic/linear regression to predict individual psychodemographic profiles from Likes. The model correctly discriminates

Os autores do estudo alertaram que a construção de mecanismos automatizados para fins de previsão de comportamentos por parte de empresas, governos e do próprio Facebook abre a possibilidade de criação em ambiente computacional de milhões de perfis sem o consentimento individual ou notificação aos titulares dos dados (ZUBOFF, 2019). Referida conjectura se tornou instrumento de interferência em processos eleitorais, a se ver o exemplo da empresa “*Cambridge Analytica*”.

A premissa a ser estabelecida pelo Direito, portanto, como fundamental para a construção de um sistema adequado de proteção de dados, é que o tratamento, assim considerado qualquer operação que se realize com dados de natureza pessoal, deve ter por objeto servir as pessoas. Os dados pessoais, como fragmentos de informação relacionados às pessoas, permitem, da sua estruturação como informação, a construção de ferramentas de previsão de movimentos políticos por parte de populações com identidades distintas. O relacionamento de dados aparentemente desprovidos de relevância, permitem que diferentes populações com identidades próprias, passem a ser submetidas à vigilância, seja do Estado ou das empresas privadas, a se observar o exemplo mezinho de se incluir o componente “raça” ou religião em cadastros pessoais, ou ainda condição clínica específica, ou orientação sexual.

Para ilustrar a tese de necessidade de proteção aos dados, de acordo com Alan Westin (2015, p. 175) a “*Federal Housing Agency*” do governo dos Estados Unidos contratava empresas privadas para que promovam a investigação de mais de um milhão de cidadãos que fazem pedidos de empréstimos subsidiados para moradia popular naquele país. Uma das diversas informações levantadas diz respeito à estabilidade matrimonial dos solicitantes (não é estado civil), pois o algoritmo utilizado na avaliação de risco na contratação de empréstimos subsidiados pelo governo americano foi construído tomando como uma de suas variáveis a tese de que há maior risco de inadimplência dos mutuários que passam por processo de divórcio.

between homosexual and heterosexual men in 88% of cases, African Americans and Caucasian Americans in 95% of cases, and between Democrat and Republican in 85% of cases. For the personality trait “Openness,” prediction accuracy is close to the test-retest accuracy of a standard personality test. We give examples of associations between attributes and Likes and discuss implications for online personalization and privacy.” (KOSINSKI; STILLWELL; GRAEPEL, 2013, p. 5802).

Nesse contexto, dados sensíveis são aqueles que podem implicar, a depender da forma pela qual são utilizados ou expostos, em perseguição a minorias sociais e políticas, sendo expressão da própria personalidade do indivíduo, merecendo um tratamento distinto em virtude de seu maior peso valorativo. Novamente pode-se observar que o recôncavo íntimo do indivíduo se relaciona diretamente com sua liberdade de pensamento e novamente se pode fazer uma analogia com a teoria das esferas para que se possa efetuar o desenho da proteção a ser dada pelo sistema jurídico, a despeito das críticas à sua rudimentalidade (ALEXY, 2015).

A teoria das esferas concêntricas aplicada ao direito à privacidade, encontra bases no estudo dos direitos fundamentais sob um ponto de vista pós-positivista, na dimensão do direito geral de liberdade, a ser definida como uma concepção formal-material, sendo formal no sentido de pressupor a liberdade negativa, ou seja,

[...] o indivíduo tem que se conformar com as restrições à sua liberdade de ação impostas pelo legislador com o objetivo de manter e fomentar a convivência social dentro dos limites daquilo que é razoavelmente exigível diante das circunstâncias e desde que a independência da pessoa seja preservada. (ALEXY, 2011, p. 357)

E material, no sentido de se estabelecer no interior do indivíduo uma esfera nuclear inviolável, valorativamente fechada, com acesso vedado a quem quer que seja. Segundo Robert Alexy (2015, p. 361):

[...] a teoria das esferas pode, nos limites de sua correção e utilidade, ser concebida como o resultado de sopesamentos do princípio da liberdade negativa em conjunto com outros princípios contra princípios colidentes. Seria possível afirmar que isso não se aplicaria à esfera mais interior, porque sua extensão nada teria a ver com sopesamentos. Mas isso não é correto. Se se define a esfera mais interior como a esfera na qual o indivíduo não ‘influencia terceiros por meio de sua essência ou comportamento e, portanto, [não] afeta a esfera pessoal de outras pessoas ou interesses da vida social³⁴, então a esfera mais interior é, *per definitionem*, a esfera na qual os princípios favoráveis à proteção são sempre decisivos, pois princípios colidentes – que só poderia se referir a direitos de terceiros ou a interesses coletivos – não podem ser relevantes, visto que,

³⁴ Citação retirada do denominado caso Lebach (BVerfGE 35, 202, 1999) do Tribunal Constitucional Alemão, que fixou os aspectos hoje consagrados do chamado direito ao esquecimento.

nessa esfera, não são afetados direitos de terceiros ou interesses da vida social.

No direito à privacidade, o objeto é sinteticamente a integridade moral do sujeito e como efeito das mudanças fundamentais trazidas pela nova tecnologia, mostra-se necessária a criação de uma nova cidadania, baseada na privacidade, a “cidadania eletrônica” com uma nova carta de direitos a lhe ser própria (RODOTÀ, 2008, p. 145).

Com a possibilidade de construção de perfis de comportamento a partir de dados esparsos no mundo digital passa a ser possível o direcionamento da opinião pública com base em construções de cunho publicitário ou difamatório conhecidos como “*fake news*”³⁵ (ou notícias falsas), cujo conceito é o de informação falsa que é transmitida ou publicada como notícia por propósitos fraudulentos ou politicamente motivados. A eventual influência da manipulação de informação visando à construção de estratégias eleitorais, cujo caso paradigmático é o da empresa britânica Cambridge Analytica, acabam por poluir o debate público.

Não se pode esquecer que os movimentos identitários constituem um motor poderoso para a política. A identidade dos diversos grupos tem um papel fundamental nas sociedades informacionais, sendo, para bem ou para mal, elementos propulsores das pautas que movimentam a definição das políticas públicas dos Estados, assim como a própria estruturação do sistema jurídico como elemento de proteção (ou não) a direitos fundamentais. O fato é, como afirma Manuel Castells (2018), que o surgimento da sociedade em rede traz à tona os processos de construção de identidade e introduz novas formas de transformação social, causadas pelo desencontro entre o local e o global para a maioria dos indivíduos e grupos sociais. Paralelamente, a democracia liberal deixou de ser encarada como o ponto alto do desenvolvimento político dos povos ou como objetivo a ser alcançado para a resolução de todos os problemas sociais e econômicos. O voto, como instrumento de mudança à disposição do cidadão, teve o seu valor mitigado pela força política dos grandes grupos de pressão econômica, corporativa e de comunicação. Não obstante, há um movimento de resistência na era da

³⁵ O termo “*fake news*” foi escolhida pela editora britânica Harper Collins como a palavra do ano para 2017. (BBC, 2017)

informação com características distintas dos momentos históricos anteriores, pois ligado com maior amplitude à questão da identidade. Tem-se que

[...] enquanto na modernidade a identidade de projeto fora constituída a partir da sociedade civil (como, por exemplo, no socialismo, com base no movimento trabalhista), na sociedade em rede, a identidade de projeto, se é que se pode desenvolver, origina-se a partir da resistência comunal. É esse o significado real da nova primazia da política de identidade na sociedade em rede. (CASTELLS, 2018, p. 59)

O espírito dos tempos é de desconfiança em relação às instituições políticas, à imprensa e à intelectualidade. Há, inclusive, aversão ao conhecimento fundamentado e ao método científico, os quais foram os responsáveis por grande parte de todo o desenvolvimento tecnológico desde a revolução industrial o que se trata de um paradoxo, pois foi exatamente o desenvolvimento técnico que permitiu a construção de nosso mundo interconectado.

4.6 Dados pessoais e privacidade sob a ótica da liberdade

Afirmamos que o homem, para o pleno exercício de sua personalidade necessita de um espaço individual, apartado de terceiros e de influências externas, no qual se permite o recolhimento da mente em seu interior de modo a estar só com seus pensamentos, desejos, sentimentos e valores. José Afonso da Silva (2014) nos apresenta que a vida privada, com o segredo que lhe é ínsito, estabelece os pressupostos para o desenvolvimento pleno da personalidade, sendo indispensável que o indivíduo usufrua de forma plena e sem a interferência de terceiros a sua vida privada.

Segundo Stefano Rodotà (2008, p. 25),

[...] não é mais possível considerar os problemas da privacidade somente por meio de um pêndulo entre 'recolhimento' e divulgação'; entre o homem prisioneiro de seus segredos e o homem que nada tem a esconder; entre a 'casa-fortaleza' que glorifica a privacidade e favorece o egocentrismo, e a 'casa-vitrine', que privilegia as trocas sociais; e assim por diante. Essas tendem a ser alternativas cada vez mais abstratas, visto que nelas se reflete uma forma de encara a privacidade que negligencia justamente a necessidade de dilatar esse conceito para além de sua dimensão estritamente individualista,

no âmbito da qual sempre esteve confinada pelas circunstâncias de sua origem.

O resguardo da privacidade é elemento essencial para o desenvolvimento espiritual pleno do indivíduo, ou seja, para que este seja completo e livre e exerça sua personalidade em toda a plenitude. A sua proteção tem efeitos não somente nos aspectos individuais, mas também nos processos de escolha política e ideológica, assumindo uma dimensão coletiva que interfere na própria esfera pública. Retomando a ideia de que privacidade se relaciona de forma íntima com a própria liberdade do indivíduo, afirmamos que o termo possui um significado aberto, podendo a ele serem atribuídos sentidos diversos, desde liberdade física, liberdade de ação, liberdade econômica e outros.

Para os fins de um estudo que se propõe trabalhar com a privacidade de dados pessoais como elemento essencial para a expressão da plenitude da personalidade do indivíduo, implica em dizer que esta liberdade traz reflexos para a dimensão da liberdade de pensamento, de expressão e de informação do indivíduo.

De acordo com Hannah Arendt (2018, p. 16), “A política trata da convivência entre diferentes. Os homens se organizam politicamente para certas coisas em comum, essenciais num caos absoluto, ou a partir do caos absoluto das diferenças”, ou em outras palavras, a “[...] política organiza, de antemão, as diversidades absolutas de acordo com uma igualdade relativa e em contrapartida às diferenças relativas” (ARENDT, 2012, p. 52). O homem é naturalmente um animal que se associa. É aspecto essencial da ação humana sua dimensão social, ou seja, de se aproximar e travar relações com outros, os quais partilham conceitos, ideias, objetivos. É por isso que o homem também é um ser político, como afirmaram os clássicos como Aristóteles (“*zonn politikon*” traduzido como “animal político”) ou São Tomás de Aquino que apresenta sua quota como “*homo est naturaliter politicus, id est, socialis*”, que pode ser traduzido como “o homem é, por natureza, político, isto é, social” (ARENDT, 2014, p. 32).

Arendt (2018, p. 37) amplia o sentido da política expressando claramente que o sentido desta é a liberdade, que se relaciona com o agir, com a liberdade do indivíduo, sendo a tarefa o objetivo da política a garantia da vida no sentido mais amplo, tornando possível ao indivíduo buscar seus objetivos, em paz e tranquilidade, ou seja, “sem ser molestado pela política”. Afirmar a referida autora,

[...] a diferença decisiva entre as “infinitas improbabilidades” nas quais se baseia a vida terrestre-humana e o acontecimento-milagre no âmbito dos assuntos humanos é, claro, existir aqui um taumaturgo e o fato de o próprio homem ser dotado, de um modo extremamente maravilhoso e misterioso, de fazer milagre. No uso idiomático habitual e comum, nós chamamos essa aptidão de agir. É característico do agir a capacidade de desencadear processos, cujo automatismo depois parece muito semelhante ao dos processos naturais; é-lhe característico, inclusive, o poder impor um novo começo, começar algo de novo, tomar iniciativa ou, adotando-se o estilo de Kant, começar uma cadeia espontaneamente. O milagre da liberdade está contido nesse poder-começar que, por seu lado, está contido no fato de que cada homem é em si um novo começo, uma vez que, por meio do nascimento, veio ao mundo que existia antes dele e vai continuar existindo depois dele.

Essa concepção de que a liberdade é idêntica ao começar ou, falando de novo à maneira de Kant, à espontaneidade, é-nos bastante estranha porque faz parte do caráter e das características de nossas tradições do pensamento, identificar liberdade com livre-arbítrio e entender como livre-arbítrio a liberdade de escolha entre coisas dadas - grosso modo, entre o bem e o mal, mas não a liberdade; simplesmente querer que isso ou aquilo seja assim ou de outra maneira. Essa tradição tem, é claro, suas boas razões - as quais não é o caso de detalhar aqui - e foi extraordinariamente fortalecida pela convicção espalhada desde o final da Antiguidade de a liberdade não estar no agir e na coisa política, mas somente ser possível quando o homem renuncia ao agir, quando se retira do mundo para si mesmo e evita a política. Contra essa tradição abstrata e categórica está não apenas a experiência de cada homem, seja ela de tipo privado ou público, contra ela está sobretudo também o testemunho jamais esquecido das línguas antigas, nas quais o grego “*rachei*” significa começar e dominar, quer dizer, ser livre, e o latim *agere* significa pôr alguma coisa em andamento, desencadear um processo.

Portanto, se esperar um milagre for um traço característico da falta de saída em que nosso mundo chegou, então essa expectativa não nos remete, de modo nenhum, para fora do âmbito político original. Se o sentido da política é a liberdade, isso significa que nesse espaço - e em nenhum outro - temos de fato o direito de esperar milagres. (ARENDT, 2018, p. 33)

De acordo com Rossiter (2015), a autonomia política do indivíduo tem relação direta com a privacidade, na medida em que assegura ao titular do direito a liberdade para tomar as suas escolhas de modo autônomo. Segundo o referido autor:

[...] privacidade é um tipo especial de independência, entendida como uma tentativa de assegurar autonomia em pelo menos alguns aspectos pessoais e espirituais, se necessário em desafio às pressões da sociedade moderna. Ela procura construir um muro inviolável de dignidade e reserva contra de todo o mundo. O homem

livre é o homem privado, o homem que guarda alguns de seus pensamentos e julgamentos inteiramente para si mesmo. (ROSSITER, 2015 *apud* WESTIN, 2015, p. 37, tradução nossa)³⁶

A conclusão que se admite é que a forma pela qual se enxerga a privacidade nos sistemas jurídicos contemporâneos, por seu desenho institucional de garantia fundamental necessária à proteção da dignidade da pessoa e de seu livre desenvolvimento da personalidade, como indispensável para a construção de uma democracia plena e com legitimidade. Percebe-se uma relação direta entre a intimidade e a liberdade de pensamento e espírito. Não é possível a criação de uma consciência política nos indivíduos sem a estruturação de um sistema firme de proteção à privacidade. Não se trata de um direito vazio e passível de abandono, mas está ligado diretamente e de forma indelével aos direitos de livre pensamento, livre expressão, liberdade de imprensa e de assembleia. Nesse contexto pode-se apontar que a Suprema Corte estadunidense por diversas vezes deu amplitude à proteção constitucional à privacidade, em um modelo institucional que consiste em um amálgama entre “privacidade”, “dignidade” e “liberdade” do indivíduo (BENDICH, 1966, p. 407).

4.7 Instrumentos técnicos como forma de controle social

O conteúdo do Direito à Privacidade, com o desenvolvimento da informática e das tecnologias de comunicação, nos últimos quarenta anos passou a se confundir com a própria “proteção de dados pessoais”, ou seja, passou refletir no interior de seu conceito a questão da informação, que é extraída dos dados pessoais sendo as referências mais significativas a criação de uma “*informational law*” nos Estados Unidos composto em especial pelo direito do cidadão de acesso aos dados armazenados pelos órgãos públicos e companhias de crédito, e na Europa, pela disciplina da Diretiva 95/46/CE da União Europeia, que, no esteio da decisão do

³⁶ “*Privacy is a special kind of independence, which can be understood as an attempt to secure autonomy in at least a few personal and spiritual concerns, if necessary, in defiance of all the pressures of modern society [...] It seeks to erect an unbreachable wall of dignity and reserve against the entire world. The free man is the private man, the man who still keeps some of his thoughts and judgments entirely to himself, who feels no overriding compulsion to share everything of value with others, not even those he loves and trusts.*” (ROSSITER, 2015 *apud* WESTIN, 2015, p. 37).

Tribunal Constitucional Alemão estabeleceram as bases da autodeterminação informativa como direito fundamental (DONEDA, 2019, p. 172).

Como mencionado, dados pessoais são meros fragmentos pré informacionais que, ao receberem o tratamento adequado, transformam-se em informação. Esta, por sua vez, tem a conotação dada por Allan Wiener sendo

[...] termo que designa o conteúdo daquilo que permutamos com o mundo exterior ao ajustar-nos a ele, e que faz com que o nosso ajustamento seja nesse percebido. O processo de receber e utilizar informações é o processo de nosso ajuste às contingências do meio ambiente e do nosso efetivo viver nesse ambiente.

[...]

Destarte, comunicação e controle fazem parte da essência da vida interior do homem, mesmo que pertençam à sua vida em sociedade. (WIENER, 1958, p. 17)

A proteção de dados pessoais necessita ser vista de modo abrangente. Os instrumentos técnicos permitem a utilização de controles sobre os indivíduos de modos inimagináveis, conforme a capacidade técnica informacional passa com o seu desenvolvimento a permitir formas de tratamento e de interrelação entre dados e pessoas que subvertem quaisquer sistemas de proteção da privacidade e da intimidade (DONEDA, 2019).

Os movimentos de globalização econômica e financeira, dominantes no mundo das ideias econômicas no final do século XX, acabaram por não promover a redução das desigualdades, nem acarretaram melhoria de vida das pessoas nas mais diferentes sociedades. Ao contrário, há movimentos de concentração de renda e de restrições ao sistema de proteção social dos Estados, visando a promoção de políticas econômicas de austeridade e atender aos interesses dos grandes credores da dívida pública (RODRICK, 2019). É notável que a criação de riqueza decorrente da introdução das novas tecnologias, que permitiram um aumento de produção e produtividade em níveis jamais imaginados não se transformaram em instrumentos inclusivos para grande parte da sociedade, que pode se considerar como aqueles que foram abandonados na dinâmica da sociedade em rede (PIKETTY, 2014). A consequência foi um afastamento de parte das pessoas da defesa dos princípios democráticos, com o surgimento de líderes com visão nacionalistas, que negam a necessidade de integração internacional das nações e demonstram aversão aos órgãos multilaterais de resolução de conflitos. A despeito de terem subido ao poder

de forma democrática (ao menos na aparência), os novos e velhos regimes autocratas se valem das eleições e do populismo para consolidar seu poder, minando a democracia do seu interior.

O ponto de contato mais relevante para que se compreenda os riscos à liberdade democrática é que a falta de privacidade dos dados pessoais, sob a ótica do capitalismo de vigilância de Shoshana Zuboff (2019), é que o esgarçamento da proteção coletiva da privacidade dos dados pessoais na sociedade em rede transfere o poder sobre o comportamento do sujeito, o ser humano, detentor da individualidade protegida pelos Direitos Fundamentais, para terceiros, corporações, entidades ou mesmo ao Estado. A referida autora é contundente ao estabelecer que o capitalismo de vigilância consiste em,

1. Uma nova ordem econômica que reivindica a experiência humana como matéria-prima gratuita para práticas comerciais ocultas de extração, previsão e vendas; 2. Uma lógica econômica parasitária em que a produção de bens e serviços está subordinada a uma nova arquitetura global de modificação comportamental; 3. Uma mutação desonesta do capitalismo marcada por concentrações de riqueza, conhecimento e poder sem precedentes na história humana; 4. A estrutura básica de uma economia de vigilância; 5. Uma ameaça tão significativa para a natureza humana no século XXI quanto o capitalismo industrial foi para o mundo natural nos séculos XIX e XX; 6. A origem de um novo poder instrumentário que afirma domínio sobre a sociedade e apresenta desafios surpreendentes para a democracia de mercado; 7. Um movimento que visa impor uma nova ordem coletiva baseada na certeza total; 8. Uma expropriação de direitos humanos essenciais que é melhor entendida como um golpe de cima: uma derrubada da soberania do povo. (ZUBOFF, 2019, p. 2, tradução nossa)³⁷

Não se pode deixar de considerar que o Direito se move a partir das demandas sociais. O quadro institucional polarizado se traduz na formação de um

³⁷ “1. A new economic order that claims human experience as free raw material for hidden commercial practices of extraction, prediction, and sales; 2. A parasitic economic logic in which the production of goods and services is subordinated to a new global architecture of behavioural modification; 3. A rogue mutation of capitalism marked by concentrations of wealth, knowledge, and power unprecedented in human history; 4. The foundational framework of a surveillance economy; 5. As significant a threat to human nature in the twenty-first century as industrial capitalism was to the natural world in the nineteenth and twentieth; 6. The origin of a new instrumentarian power that asserts dominance over society and presents startling challenges to market democracy; 7. A movement that aims to impose a new collective order based on total certainty; 8. An expropriation of critical human rights that is best understood as a coup from above: an overthrow of the people’s sovereignty.” (ZUBOFF, 2019, p. 2).

modo de atuação política de características tribais, com os algoritmos informacionais apenas reforçando ideias preestabelecidas no íntimo de cada um. A esfera pública, entendida como o ambiente de troca de ideias, conceitos e motivações políticas a se imaginar em um desenho semelhante a um mercado, deixa de ser um ambiente limitado pelas regras da comunicação analógica, física. Segundo Gaspardo (2016, p. 66),

[...] a instância em que se forma a vontade e a opinião pública por meio do discurso ou do debate público também recebe o nome de esfera pública. Trata-se de uma concepção de esfera pública que tem em Habermas um de seus principais expoentes, e fundamenta-se na crença de que, por meio da comunicação, os conflitos sociais podem ser racionalmente resolvidos, considerando-se os interesses comuns de todos os afetados, que participariam do processo em condições de igualdade, e atuariam de forma imparcial, ou seja, estariam dispostos a se desfazerem de suas preferências pessoais de convencidos de que outra posição estaria correta.

Talvez a posição de Habermas se mostre com certa dose de utopia em sua aplicação à sociedade em rede. É fundamental que se vislumbre que as novas tecnológicas de comunicação de massa inseridas no contexto da rede informática transformaram o mundo estabelecendo um novo padrão para a disseminação de ideologias, centradas em especial na identidade dos diferentes grupos. Manuel Castells (2018, p. 79) afirma que

[...] por identidade pode ser entendido o processo pelo qual um ator social se reconhece e constrói significado principalmente com base em determinado atributo cultural ou conjunto de atributos, a ponto de excluir uma referência mais ampla a outras estruturas sociais. Afirmação de identidade não significa necessariamente incapacidade de relacionar-se com outras identidades (por exemplo as mulheres ainda se relacionam com os homens), ou abarcar toda a sociedade sob essa identidade (por exemplo, o fundamentalismo religioso aspira converter todo mundo). Mas as relações sociais são definidas 'vis-à-vis as outras, com base nos atributos culturais.

Pode-se especular sobre as razões da construção de tais barreiras ideológicas, fundadas na identidade dos diferentes grupos, mas o fato marcante do mundo do início do século XXI é que todas as sociedades informacionais são capitalistas, diferentemente das sociedades industriais, incluindo nações como China ou Brasil, que são e serão em um grau ainda maior, sociedades

informacionais. Seus processos econômicos, políticos e culturais foram objeto de transformação pelas novas tecnologias de comunicação e de informação (CASTELLS, 2018). Nesse diapasão como afirma Zuboff ao se referir ao trabalho de Thomas Piketty em seu “Capitalismo do Século XXI” (PIKETTY, 2014), pode ser afirmado simplesmente que o capitalismo “não deve ser comido cru”. Afirmar a autora que

[...] o capitalismo, como a salsicha, deve ser cozinhado por uma sociedade democrática e suas instituições porque o capitalismo bruto é antissocial. Como Piketty adverte, ‘uma economia de mercado ... se deixada por si mesma ... contém poderosas forças de divergência, que são potencialmente ameaçadoras para as sociedades democráticas e para os valores de justiça social em que se baseiam.’ Muitos estudiosos começaram a descrever essas novas condições como o neofeudalismo, marcado pela consolidação da riqueza e do poder da elite, muito além do controle das pessoas comuns e dos mecanismos de consentimento democrático. Piketty chama isso de um retorno ao ‘capitalismo patrimonial’, uma reversão a uma sociedade pré-moderna na qual a vida é possível dependem da riqueza herdada em vez de conquistas meritocráticas. (PIKETTY, 2014 *apud* ZUBOFF, 2019, p. 44)

Mais grave que o tratamento dos dados pessoais que os usuários colocam graciosamente à disposição das grandes companhias de tecnologia é o aspecto da vigilância estatal sobre o cidadão. Trata-se de aspecto relevante ao tema da proteção de dados implicando em potencial ameaça à Direitos Fundamentais. A possibilidade de vigilância por parte do Estado sobre os indivíduos é realidade em regimes fechados como o da China, que se valem de tecnologias como o reconhecimento facial e a identificação com geolocalização, bem como monitoramento do tráfego na Internet, como forma de controle social e exercício do poder.³⁸ As relações entre Poder Público e dados pessoais merecem uma visão crítica, tendo em vista que o Estado se encontra em uma posição de extrema assimetria em relação ao cidadão, que dispõem somente do Direito para a sua proteção.

³⁸ Sobre o tema, a revista Time publicou matéria em sua edição on-line antes mesmo da pandemia de Covid-19 cujo título era “*The Entire System Is Designed to Suppress Us.’ What the Chinese Surveillance State Means for the Rest of the World*”. De acordo com a reportagem, a cidade de Xunquim conta com mais de 2,5 milhões de câmeras de vigilância na cidade de 15 milhões de habitantes, o que equivale a cerca de 1 câmera para cada 6 habitantes. (CAMPBELL, 2019)

5 PODER PÚBLICO E OS DADOS PESSOAIS

Ao se ter em perspectiva o papel do Estado no momento atual, um dos grandes temas a ser analisado sob a ótica dos direitos fundamentais é o equilíbrio entre a segurança do público e do Estado em relação às liberdades do indivíduo, em um conflito cujo tema mais sensível é a proteção à privacidade. Eventos como o 11 de setembro de 2001 trouxeram à baila a ideia da necessidade de controle sobre as informações visando a prevenção de atentados terroristas e crimes. Não obstante, com a evolução da tecnologia de câmeras e vigilância e o desenvolvimento de instrumentos que permitem a interceptação de comunicações e mais recentemente, com o reconhecimento biométrico, genético, facial e de geoposicionamento, traz-se à tona a necessária discussão acerca dos limites para o Estado na captura e tratamento de tais dados. Segundo Klaus Günther, tais limites não se submetem mais às fronteiras tradicionais nem à lógica de soberania pós-colonialista, mas se funde em uma rede transnacional cuja arquitetura,

[...] intervém profundamente nas liberdades civis individuais, tanto nos direitos básicos dos cidadãos dos Estados como nos direitos humanos dos cidadãos mundiais ("world citizens"). A liberdade garantida ao cidadão tomado como cidadão do mundo parece ser suprimida pelas regras que tratam da segurança. (GÜNTHER, 2009, p. 12)³⁹

A despeito da importância da proteção à privacidade e aos dados pessoais do indivíduo, esta não é e nem poderia ser absoluta. Para o Estado, o controle de informações assume uma posição de grande importância para que se alcance o pressuposto da eficiência administrativa, causando, assim, uma relação direta entre o surgimento do chamado "Estado de bem-estar social" com o aumento do

³⁹ Klaus Günter (2009, p. 12) traz um exemplo da própria Alemanha, considerada uma nação que busca traduzir para o seu sistema constitucional a aspectos de firme proteção aos direitos fundamentais, que "esclarece essa dialética de ganhos e perdas de liberdade. Após a abertura das fronteiras estabelecida pelo Acordo de Schengen, os controles que eram feitos originalmente na fronteira foram transferidos para dentro do país. Alguns estados alemães introduziram a assim chamada "*Schleierfahndung*" [investigação velada], que permite abordar pessoas, independentemente de qualquer suspeita, dentro do marco do "combate preventivo à criminalidade". Ou seja, a expansão da liberdade de movimento através das fronteiras (sem controle na travessia) foi acompanhada de uma perda de liberdade no interior do Estado (maior controle interno antes mesmo de se concretizar a situação limite em que se configuraria a suspeita de um perigo ou crime).

apetite voraz da administração pública por dados populacionais, como quem são os indivíduos e suas demandas. Tais dados passaram a ser adquiridos por meio da realização de sensores e pesquisas, bem como com a criação de legislação própria tornando compulsória a remessa de informações pessoais pelos indivíduos, empresas e entidades.

Por outro lado, sociedades totalitárias se fundam em princípios ideológicos e necessitam de instrumentos de vigilância e controle para prosperar. Nosso novo horizonte informacional é campo fértil para a introdução de tais instrumentos que, com o aumento do poder e das ferramentas computacionais, permitem que a vigilância se torne ubíqua, seja para fins comerciais, seja para fins de controle político. Em um sentido amplo, o processamento massificado de dados e o desenvolvimento das máquinas registradoras miniaturizadas, como câmeras de segurança e leitores faciais, podem ser considerados instrumentos das polícias das grandes cidades ocidentais direcionados ao incremento da segurança pública. Já para Estados policiais, como a China ou Arábia Saudita, que aplicam mecanismos de vigilância não somente individual, mas ideológica e comportamental, passam a ser instrumento de controle dos cidadãos.

5.1 Novas relações virtuais e a relativização do conceito de privacidade

De acordo com Alan Westin (2015), para que seja possível entender as pressões atuais sobre a privacidade criadas pela revolução do processamento de informações, tem-se que compreender a arquitetura da modernidade que a coloca no contexto de expansão geral da coleta de informações e manutenção de registros sobre tudo. A economia industrial, que se desenvolveu posteriormente no sistema econômico fundado nas finanças e a globalização, no limiar do século XXI, transformou-se na nova economia informacional, tornando-se cada vez mais complexa e obrigando a crescente assunção de funções regulatórias pelos Estados, que necessitam de informações amplas e mais dados para o exercício de suas funções.

Por vezes se perde a magnitude do volume de dados produzidos e entregues graciosamente, ou em troca da prestação de serviços aos diferentes agentes, mas a sociedade em rede é a maior geradora e consumidora de dados da história e, como exposto, é, em grande parte, o próprio indivíduo que se integra à rede como produtor

e portador dos dados a serem inseridos nos bancos de dados privados e governamentais. O Estado passa a exigir mais informações para a realização de suas funções e o indivíduo assume os dois papéis em tal conjuntura, torna-se tanto o objeto da informação, medido e quantificado, quanto sujeito, sobre o qual agirá o Estado quando do exercício de suas funções públicas. Para além de tais funções, o indivíduo atua ativamente na concessão graciosa de seus dados para fins de alimentação da máquina pública,

[...] para ajudar a si mesmo, para ajudar a ciência e para ajudar a sociedade a funcionar de forma eficiente, o indivíduo agora derrama um fluxo constante de informações sobre si mesmo para arquivo e registro - registros de nascimento e casamento, registros de escolas públicas, dados do censo, registros militares, dados de passaporte, empregos públicos e registros privados, registros de saúde pública, registros de defesa civil, registros de liberações de segurança, declarações de imposto de renda, declarações de segurança e serviço social, registro de terras e de habitação, registros de seguros, registros bancários, formulários de relatórios de negócios ao governo, pedidos de licenciamento, declarações financeiras exigidas por lei, contribuições de caridade, aplicações e registros de crédito, registros de automóveis, registros de correio, registros de telefone, registros psicológico e psiquiátricos, registros de bolsas de estudos ou bolsas de pesquisa, registros na igreja - e assim por diante. (WESTIN, 2015, p. 174, tradução nossa)⁴⁰

A mobilidade das pessoas e a standardização da vida na sociedade de massas permitiu o desenvolvimento de grandes estruturas privadas e governamentais de coleta de dados. Esse é o modelo, como vimos, adotado pelas grandes corporações de tecnologia para oferecer ao mercado publicitário a previsibilidade do comportamento do cliente; é usado pelas grandes empresas, que agem com base nos perfis privados de redes sociais, para o fim de contratar, demitir, emprestar recursos; e pelo Estado, para conceder ou não passaporte, auxílios

⁴⁰ “To help himself, to help science, and to help society run efficiently, the individual now pours a constantly flowing stream of information about himself into the record files - birth and marriage records, public-school records, census data, military records, passport data, government and private employment records, public-health records, civil-defense records, loyalty-security clearance records, income-tax returns, social-security returns, land and housing records, insurance records, bank records, business reporting forms to government, licensing applications, financial declarations required by law, charitable contributions, credit applications and records, automobile registration records, post-office records, telephone records, psychological and psychiatric records, scholarship or research-grant records, church records - and on and on.” (WESTIN, 2015, p. 174)

governamentais, ou conceder um visto, obter um emprego público, para ficarmos em exemplos singelos.⁴¹

Um exemplo extremo, mas real, das possibilidades de vigilância universal que as tecnologias atuais tornam possível pode ser visto com o Estado Chinês na implementação do que foi denominado “Créditos Sociais” ou SCS, cuja estrutura de pontuação ao indivíduo é dada em decorrência do seu bom ou mal comportamento, impactando na atribuição de pontos ou na sua subtração atitudes como atravessar a rua na faixa de pedestres, não tomar multas de trânsito, pagar em dia suas dívidas. Tal nível de controle é possível e está fortemente baseado no controle por meio de smartphones, câmeras de vigilância e reconhecimento facial, naquilo que pode ser traduzido como uma ditadura panóptica, com a característica distintiva de que grande parte da população participa voluntariamente do experimento, sendo “[...] apresentado pelo governo chinês como um meio para aumentar o nível de integridade moral dos cidadãos, com vistas a facilitar e dinamizar as transações econômicas e financeiras com segurança” (PRISQUE, 2020, p. 7).

Bem antes de a literatura nos apresentar a sociedade de vigilância ubíqua, representada na figura do “Grande Irmão” na distopia 1984 de George Orwell, Jeremy Benthan⁴² nos havia apresentado a sua concepção de vigilância e controle perfeitos representados pelo seu modelo panóptico, mostrado por Michael Foucault (FOUCAULT, 1987). Para Foucault (1987), o panoptismo traduz metaforicamente o momento histórico no qual é exercido o controle da população por meio da vigilância, possibilitada, hoje, pela coleta e utilização de dados pessoais sem que haja uma real percepção do fato e de suas consequências para os alicerces democráticos do Estado Liberal.

De modo inquietante Lyon (2013 *apud* BAUMAN, 2013, p. 16) apresenta seu questionamento

[...] será que a organização meticulosa, a cuidadosa distinção entre o agente e a vítima, a eficiência mecânica da operação observada nos

⁴¹ Segundo reportagem do O Globo, os Estados Unidos passaram a exigir dos indivíduos as informações de redes sociais, para o fim de efetuar o julgamento da concessão ou não de vistos para ingresso no país. (G1, 2019)

⁴² Trata-se da concepção de uma suposta prisão ideal, concebida pelo jurista e filósofo Jeremy Benthan no século XVIII, que permitiria a apenas um vigilante observar todos os prisioneiros, sem que estes saibam que estão sendo vigiados. Hoje é uma concepção que traduz vigilância, disciplina e controle.

comboios de gado humano e nos campos de extermínio agora se devotam não mais à violência física, mas à classificação da população em categorias, tendo em vista um tratamento diferencial? Como as tecnologias eletrônicas e em rede provocam essas consequências menos catastróficas, porém não menos insidiosas, em particular para os grupos já discriminados? Indiferença, distanciamento e automação hoje desempenham cada qual o seu papel, com a ajuda do computador.

O panoptismo da sociedade atual gera perplexidade na medida em que as fronteiras tradicionais do público e do privado passaram a ser mais tênues, ampliando seu campo de incidência à dimensão coletiva. David Lyon, em seu diálogo com Bauman, afirma que se vive hoje em uma sociedade pós-panóptica, já que há uma verdadeira indiferença do indivíduo em relação às novas formas de controle (LYON, 2013 *apud* BAUMAN, 2013). Ao contrário, pelo público em geral é a percepção de que a vigilância é inescapável.

5.2 A necessidade de informações por parte do Estado

A pandemia de COVID-19 trouxe à luz tecnologias de vigilância de amplo espectro, tais como a geoposicionamento para fins de localização e acompanhamento de potenciais infectados e a utilização de biometria para a identificação de forma massificada. De fato, os métodos de vigilância massificada têm o potencial de salvar vidas, na medida em que permitem aos Estados identificar e tratar rapidamente eventuais surtos da doença, com uma acurácia e rapidez jamais pensada, com tecnologias que são conhecidas pela expressão em inglês “*contact tracing*”.⁴³

No contexto, a primeira reflexão a se fazer é se, a rigor, a necessidade do fornecimento de dados pessoais pode ser condição do usuário para o acesso a todos os serviços públicos específicos e servir de parâmetro qualitativo e quantitativo para a atuação do Estado em políticas públicas e na alocação dos recursos econômicos disponíveis. Por outro lado, a informação é, para o Estado, a

⁴³ De acordo com a Organização Mundial da Saúde (WHO, 2020), “‘*Contact Tracing*’ é o processo de identificação, avaliação e gerenciamento de pessoas que foram expostas a uma doença para prevenir a transmissão progressiva. Quando aplicado sistematicamente, o rastreamento de contato romperá as cadeias de transmissão de uma doença infecciosa e é, portanto, uma ferramenta essencial de saúde pública para controlar surtos de doenças infecciosas”.

possibilidade de direcionamento racional de seus esforços para a construção do bem comum, não sendo ilegítimo, “*a priori*”, a construção de mecanismos jurídicos que visem à obtenção dos dados dos administrados, seja sob a forma de requisição direta à pessoa, no preenchimento de formulários, seja sob a forma de requisição de bancos de dados existentes de posse de particulares ou ainda a captura de dados pessoais por meio de sistemas automatizados. Este último, porém, é elemento integrante da característica de sociedade de vigilância contemporânea.

Ao se tratar do tema da vigilância governamental não se pode estabelecer uma relação simplista entre abuso do poder estatal, em um cenário de rejeição absoluta à utilização de mecanismos técnicos de vigilância sobre os cidadãos e totalitarismo político. A coleta de dados biométricos, de imagem e de localização, para dizer alguns, fazem parte dos atributos do Estado como entidade destinada a promover o bem comum. De acordo com Allan Westin (2015), o uso governamental de mecanismos de vigilância se insere em contextos bem diferente dos usos privados, na medida em que o Estado tem a obrigação, decorrente da sua própria constituição e existência, de se responsabilizar pela proteção às pessoas, propriedades e segurança nacional. Assim, as instituições que atuam na garantia do cumprimento da lei têm legitimidade para proceder à vigilância física e virtual, sempre nos limites da lei e da Constituição.

Por outro lado, tem-se que o direito à privacidade não consiste em direito absoluto e, por vezes, é legítima a coleta de dados pela administração pública, mas ainda indispensável o estrito cumprimento das leis por parte dos agentes públicos, inclusive de sigilo. Questões relevantes como segurança da informação não podem ser negligenciadas, tendo em vista que a relação entre cidadão e Estado, pressupõe uma correlação de formas desequilibrada diante da posição de poder do Leviatã. As consequências de uma violação de dados são distintas para a administração e para o administrado, que podem implicar em eventos de maior impacto para sua dignidade.⁴⁴

Repita-se que não se pretende afirmar que ao Estado é vedado o acesso ao conjunto de informações, mas a legitimidade dos instrumentos se submete à necessidade de uma arquitetura jurídica adequada visando o equilíbrio do sistema

⁴⁴ Note-se que nem sempre o Estado cumpre o seu dever de proteção dos dados pessoais. (CAMBRICOLI, 2020)

entre segurança e privacidade e, por consequência, proteção a direitos fundamentais essenciais ao indivíduo. Nesse diapasão, o sistema de proteção à privacidade contempla exceções previstas nos diferentes ordenamentos jurídicos que permitem que as informações sejam obtidas e tratadas. Note-se o sistema europeu de proteção de dados é assertivo ao incluir como consideração a seu Regulamento Geral de proteção de Dados Pessoais (UNIÃO EUROPEIA, 2016b) que,

[...] o direito à proteção de dados pessoais não é absoluto; deve ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade. O presente regulamento respeita todos os direitos fundamentais e observa as liberdades e os princípios reconhecidos na Carta, consagrados nos Tratados, nomeadamente o respeito pela vida privada e familiar, pelo domicílio e pelas comunicações, a proteção dos dados pessoais, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, a liberdade de expressão e de informação, a liberdade de empresa, o direito à ação e a um tribunal imparcial, e a diversidade cultural, religiosa e linguística. (UNIÃO EUROPEIA, 2016b)

Tal fórmula não inibe a validade da Diretiva do Parlamento Europeu nº 2016/680 que estabelece como premissa que,

[...] a livre circulação de dados pessoais entre as autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública a nível da União, e a sua transferência para países terceiros e organizações internacionais deverão ser facilitadas, assegurando simultaneamente um elevado nível de proteção dos dados pessoais. Este contexto obriga ao estabelecimento de um regime de proteção de dados pessoais sólido e mais coerente na União, apoiado por uma aplicação rigorosa das regras. (UNIÃO EUROPEIA, 2016a)

No contexto, tanto o marco civil da Internet (Lei Federal nº 12.965/2014, artigo 25) quanto à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei Federal nº 13.709/2018, artigo 23 e seguintes) estabelecem parâmetros que visam um equilíbrio entre as necessidades do Estado e a privacidade do cidadão a partir de princípios que dialogam com o sistema historicamente consagrado de que qualquer tratamento de dados pessoais por autoridades públicas deverá estar em conformidade com as

regras gerais de proteção ao indivíduo. Há importante asserção na Diretiva 2016/690 do Parlamento Europeu na qual se direciona aos Estados Membros que

[...] a proteção eficaz dos dados pessoais na União exige não só que sejam reforçados os direitos dos titulares dos dados e as obrigações de quem trata dados pessoais, mas também que haja reforço dos poderes equivalentes para controlar e assegurar a conformidade com as regras de proteção dos dados pessoais nos Estados-Membros. (UNIÃO EUROPEIA, 2016a)

De qualquer forma, o que aparentemente não gera dissenso é a constatação de que o Estado, para o bom cumprimento de suas funções econômicas e sociais, demanda informações que podem ser obtidas dos fatos da natureza, dos dados fornecidos pelos concidadãos quando utilização de serviços públicos, ou coletados por instrumentos técnicos de monitoramento. Quando se joga luz sobre a posição de conflito Público vs. Privado, a conformação jurídica do sistema, que historicamente se originou do direito de propriedade oitocentista, não se mostra mais adequado. Não basta mais que se desenhe o núcleo da proteção de dados sem considerar a sua dimensão coletiva, com a sociedade se baseando cada vez mais na acumulação e circulação das informações, em uma nova estrutura de poder fundada na informação (RODOTÀ, 2008), na comunicação, na interrelação de dados, perfis e pessoas, e no controle do discurso. A reformulação do poder sobre a mente das pessoas ocorre em especial nas novas mídias de massa, nas redes sociais que se encontram livres da mediação editorial dos meios de comunicação tradicionais.

5.3 Segurança, vigilância e acesso às informações

É fato que a revolução das comunicações e da informática permitiu o aumento da capacidade de processamento de dados em volumes jamais pensados, como explorado aqui. Alan Westin (2015, p. 259) situa sua preocupação nos seguintes termos,

[...] a questão da privacidade levantada pela informatização é se a maior coleta e processamento de informações para diversos fins públicos e privados, se não for cuidadosamente controlada, pode levar a um amplo poder de vigilância do governo sobre as vidas individuais e atividades organizacionais. Como somos forçados mais e mais a cada dia a deixar impressões digitais e pegadas

documentais para trás, e como estas são cada vez mais colocadas em sistemas de armazenamento capazes de recuperação por computador, o governo pode adquirir uma posição de poder através dos dados que exércitos de investigadores do governo não poderiam criar em eras passadas.

Klaus Günther (2009) menciona que ao lado do direito penal, as regras que disciplinam o poder de polícia são elementos constituintes básicos da arquitetura da segurança, entre os quais se incluem medidas de inteligência e operações militares. Juntos, constituem equivalentes funcionais para a criação de um “espaço de segurança interna”, cujos limites externos não coincidem mais com as fronteiras nacionais, mas abrangem todos os Estados que buscam conjuntamente o objetivo de fornecer segurança. Bauman, por sua vez, afirma que a vigilância universal é característica básica do mundo moderno, adaptando-se às mudanças e se expandindo, por vezes silenciosamente, insinuando “em estado líquido” visto que “[...] os atuais cidadãos, trabalhadores, consumidores e viajantes também descobrem que seus movimentos são monitorados, acompanhados e observados.” (BAUMAN; LYON, 2013, p. 3). E a desculpa sempre é a busca por “segurança” pública ou de Estado, seja no monitoramento remoto por câmeras, sinais de celular ou drones; seja pelo acesso não autorizado a mensagens, documentos e dados arquivados; ou mesmo, seja pela interceptação ilegal de comunicações telefônicas.

Concretamente, a primeira prisão no Brasil decorrente de identificação por meio de reconhecimento facial se deu em março de 2019 durante o carnaval de Salvador (LAVADO, 2020; REVISTA PIAUÍ, 2021) quando um suspeito de homicídio, que estava foragido desde 2017, foi identificado pelo sistema empregado pelo governo do Estado da Bahia. Até o presente momento as informações oficiais indicam que até dezembro de 2020 quase 200 pessoas foram presas com a utilização da referida tecnologia (GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA, 2020), indicando uma tendência de reforço dos mecanismos de encarceramento do Estado brasileiro. Paralelamente, a experiência tem mostrado que a adoção de sistema de monitoramento se encontra sujeita aos vieses culturais e raciais da sociedade, servindo, portanto, como instrumento de manutenção de estruturas de *status quo* discriminatórias de minorias, como o experimento da pesquisadora do Media Lab do Instituto de Tecnologia de Massachusetts (M.I.T.), Joy Buolamwini, no qual se

demonstrou que o algoritmo de reconhecimento facial somente reconheceu seu rosto como humano após a colocação de uma máscara facial branca.⁴⁵

Quando se menciona segurança se torna necessária a compreensão de que a referida expressão não é unívoca e seu sentido se altera a depender do objeto sobre o qual incide o seu sentido semântico. Tem-se a “segurança” da informação considerada em si própria, na medida em que corporações e Estado se apropriam diariamente um volume imenso de dados, que permanecem guardados naquilo que se convencionou chamar de “banco de dados”, que consiste em meio técnico de armazenamento de informações de forma estruturada de acordo com determinada lógica utilitarista, ou seja, “[...] que procura proporcionar a extração do máximo de proveito possível a partir de um conjunto de informações” (DONEDA, 2011).

A segurança em relação a acessos não autorizados aos dados pessoais é aspecto levado em consideração em boa parte das legislações sobre a privacidade e o Estado não está imune a eventual responsabilização sobre o vazamento não autorizado ou a divulgação em desacordo com os princípios de proteção da privacidade. Nesse diapasão, são importantes exemplos de como a privacidade, por vezes, não recebe do Poder Público a devida atenção a invasão por hackers nos sistemas e bancos de dados de dois importantes tribunais brasileiros em novembro de 2020⁴⁶, que se somam a outras falhas de segurança decorrentes da omissão do Estado brasileiro na defesa da privacidade de seus administrados.

Não obstante, é fato que a tecnologia permitiu o solapamento de estruturas de poder altamente hierarquizadas como os Estados, permitindo que a baixo custo a mensagem, seja qual for, alcance um número imenso de pessoas, mas por outro lado, abre a possibilidade ao Estado de permitir uma vigilância ubíqua e sem controle social. Sobre este ponto específico, mecanismos de vigilância universalmente aceitos como o reconhecimento facial ou identificação genética,

⁴⁵ Sobre o tema, a Revista Piauí trouxe artigo sobre o tema denominado “Reconhecimento facial aposta no encarceramento e pune preferencialmente população negra” no qual se demonstra que os vieses já existentes na sociedade tendem a ser mantidos quando da elaboração dos algoritmos de inteligência artificial utilizados nos sistemas de vigilância eletrônica. Assim, a máquina, ao invés de se mostrar um sistema imparcial de identificação, traz consigo elementos de racismo e sexismo já inerentes ao tecido social. (NUNES, 2021)

⁴⁶ Sobre a invasão hacker aos computadores do Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior Eleitoral em novembro de 2020 (PONTES, 2020; AMORIM, 2020). O Superior Tribunal de Justiça chegou a ficar inoperante por 15 dias até o restabelecimento normal do funcionamento de seus sistemas, com óbvios impactos para a administração da justiça.

alimentados por dados inseridos em algoritmos são preparados para identificar e monitorar pessoas. Tal tecnologia serve tanto para a vigilância de nossas cidades como para a localização de um potencial alvo de um drone da “guerra ao terror”, o que implica em custos humanos reais, no extremo, trazendo-se a necessária discussão sobre a ética aplicada aos algoritmos, cujos problemas de falta de transparência e responsabilidade não se circunscrevem somente às empresas privadas, mas também ao Estado e seu mecanismo de vigilância, que devem seguir a lei e à Constituição e deve ter sua abrangência limitada institucionalmente (HOFFMANN-RIEM, 2020, p. 91).

Com a pandemia de COVID-19 e a possibilidade de utilização de tais instrumentos técnicos de vigilância por parte do Estado com a alegação de proteção sanitária os meios institucionais de proteção do cidadão precisam estar ainda mais ativos, pois se trata da concessão de imenso poder. Clarisa Long, da *Columbia Law School*, ao fazer uma análise da privacidade em tempos de Covid-19, alerta que os mecanismos de vigilância introduzidos devido à pandemia, como o monitoramento de celulares, poderiam se tornar permanentes (PISTOR 2020, p. 92). Segundo a autora,

[...] as ameaças à privacidade da informação, seja na coleta de dados não anonimizados de celular, dados de localização ou de estado de saúde, surgem após o fim da pandemia.

[...]

E os governos enfrentam todas as tentações de deixar protocolos de vigilância em vigor. A história nos ensina que, uma vez estabelecidos, os poderes governamentais de vigilância e coleta de dados sobre seus cidadãos e residentes é improvável que seja voluntariamente reduzido. E a história também nos ensinou que, uma vez que os dados são coletados para um determinado propósito, é difícil evitar que seja usado para outros fins não relacionados (tradução nossa).⁴⁷

⁴⁷ “The threats to information privacy, whether in the collection of nonanonymized cell phone location data or of health status, arise after the pandemic is over. Once the mechanisms to gather and use PII and PHI have been established to meet a public health emergency, they may well prove difficult if not impossible to dismantle. And governments face every temptation to leave surveillance protocols in place. History teaches us that once established, governmental powers of surveillance of, and data collection on, its citizens and residents is unlikely to be voluntarily scaled back.¹⁴ And history has also taught us that once data is collected for one purpose it is difficult to prevent it from being used for other unrelated purposes.” (PISTOR, 2020, p. 92)

De outra volta, quando se discute segurança no contexto da proteção de dados e privacidade, outro aspecto a ser levado em conta se relaciona diretamente com a segurança do Estado e do cidadão. Por definição constitucional segurança pública é a prestação de serviços diretamente pelo estado no exercício da violência legítima visando a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e patrimônio. Como mencionado antes, visando o atingimento de tais objetivos, por vezes o Estado extrapola os limites sendo indispensável que se discuta nos sistemas de proteção a direitos individuais a necessidade de uma regulamentação orgânica para a proteção de dados pessoais pelo Poder Público.⁴⁸ Deve-se compreender que por vezes há a necessidade de sigilo para que haja o atingimento da finalidade pública do Estado quando da utilização dos dados. Tal se dá com as investigações de natureza criminal ou fiscal por exemplo. Mas independentemente disso é indispensável ao Estado, ao menos nos regimes democráticos, que as regras constitucionais sejam respeitadas e que as ações dos agentes públicos estejam lastreadas na legislação.

5.4 Binômio publicidade *versus* privacidade

Um dos aspectos mais interessantes para avaliar a qualidade da democracia nos Estados contemporâneos é a possibilidade de fiscalização por parte da sociedade da implementação de políticas públicas, naquilo resumido na palavra inglesa “*accoutability*”. Por força da aplicação de princípios específicos da Administração Pública, como da publicidade e responsabilidade, tem-se a notação de “Dados Abertos” (Open Data), que podem ser acessados por força das chamadas leis de acesso à informação. O salário de um servidor público é claramente um dado pessoal, mas sujeito à publicidade em virtude de expressa determinação legal, em cumprimento a princípio da Administração. Segundo Rodotà (2008, p. 33),

[...] a liberação do acesso à informação econômica, sua “socialização”, é indispensável para colocar em um plano de paridade todos aqueles que estão interessados em contribuir,

⁴⁸ Nesse contexto se pode tomar como exemplo o sistema europeu de estabelece diretivas para a proteção de dados pessoais pelas pessoas de Direito Público e confere mecanismos de regulamentação por meio das agências de proteção de dados dos Estado Membros da União Europeia.

através da livre discussão, para a determinação da política do próprio país; para desfrutar melhor das possibilidades de avaliação dos dados disponíveis, possibilidades enormemente ampliadas justamente pela utilização do computador; para reduzir a desproporção entre os dados coletados e os dados tornados públicos, que cresceu vertiginosamente desde que, ao aumento das capacidades de coleta, não correspondeu igual capacidade de orar públicas e de fazer circular as informações.

Mais do que apenas informações patrimoniais, a transparência das ações governamentais em sua integralidade é ferramenta indispensável do “*accoutability*” e do controle e limites ao poder. O cidadão não pode ser considerado mais apenas um “fornecedor de dados” sem ter à sua disposição alguma forma de controle do poder pois

[...] de fato, a obrigação de fornecer dados não pode ser simplesmente considerada como contrapartida dos benefícios sociais que, direta ou indiretamente, o cidadão pode chegar a aproveitar. As informações coletadas não somente tornam as organizações públicas e privadas capazes de planejar e executar os seus programas, mas permitem o surgimento de novas concentrações de poder ou o fortalecimento de poderes já existentes: conseqüentemente, os cidadãos têm o direito de pretender exercer um controle direto sobre aqueles sujeitos aos quais as informações fornecidas atribuirão um crescente ‘plus-poder’. (RODOTA, 2008, p. 36)

A esse “plus-poder” do controle sobre os dados, que constitui elemento integrante de uma verdadeira nova cidadania informacional não se restringe às informações individualmente consideradas, mas se dilata em uma dimensão social mais ampla, surgindo a necessidade de toda uma nova construção institucional destinada à responsabilidade do Estado e das empresas de tecnologias. Ainda Rodotá sobre o tema afirma que

[...] raramente o cidadão é capaz de perceber o sentido que a coleta de determinadas informações pode assumir em organizações complexas e dotadas de meios sofisticados para o tratamento de dados, podendo escapar a ele próprio o grau de periculosidade do uso destes dados por parte de tais organizações. Além disso, é evidente a enorme defasagem de poder existente entre o indivíduo isolado e as grandes organizações de coleta de dados: nessas condições, é inteiramente ilusório falar em ‘controle’. Aliás, a insistência em meios de controle exclusivamente individuais pode ser o álibi de um poder público desejoso de esquivar-se dos novos problemas determinados pelas grandes coletas de informações, e

que assim se refugia em uma exaltação ilusória dos poderes do indivíduo, o qual se encontrará, desta forma, encarregado da gestão de um jogo do qual somente poderá sair como perdedor. (RODOTÀ, 2008, p. 37)

A concentração em poucas pessoas da informação fundamental ao funcionamento dos sistemas informatizados - como funcionam os algoritmos – pode favorecer a apenas uma pequena elite funcional, com riscos quando colocado sob a ótica da política, do favorecimento da narrativa de apenas um grupo ao invés de permitir a dialética entre diversos grupos (RODOTÀ, 2008). Nesse novo quadro institucional, a difusão da informação é indispensável, inclusive acerca da forma pela qual são formados os bancos de dados tanto pelo Estado quanto pelas empresas. Os algoritmos necessários à sua formação permanecem obstruídos pela aura do segredo e pela falta de conhecimento por parte da maioria dos cidadãos, como consequência de um novo analfabetismo informacional.

5.5 A tensão entre a democracia e a devassa de informações

Foi mencionado que a privacidade e a proteção de dados pessoais constituem direitos fundamentais dentro do próprio contexto da liberdade do indivíduo. Considerando que controle sobre a informação é instrumento de poder, a nova “sociedade em rede” altera toda a perspectiva de poder estatal já que a tecnologia trouxe mudanças profundas na forma pela qual a informação e os indivíduos se inter-relacionam, ou seja, o fluxo de informações que representa a revolução da comunicação altera definitivamente o balanço de poder na sociedade. Paradoxalmente, a revolução das comunicações e das ferramentas computacionais foi o mecanismo catalisador de um fenômeno social que, ao mesmo tempo, enfraqueceu o papel do Estado como fonte de poder, colocou sobre o Estado obrigações que antes não tinha, e lhe deu mecanismos que permitem um maior controle social. Danilo Doneda faz o alerta:

[...] em relação ao controle, basta acenar às várias formas de controle social que podem ser desempenhadas pelo Estado e que seriam potencializadas com a maior disponibilidade de informações sobre os cidadãos, aumentando o seu poder sobre os indivíduos – não é por outro motivo que um forte controle da informação é característica comum aos regimes totalitários. (DONEDA, 2019, p. 34)

Boaventura de Sousa Santos menciona que, a despeito de estarmos em vésperas de uma nova revolução tecnológica dominada por aspectos tecnológicos como inteligência artificial, automação e robótica, há a construção de verdadeiras fábricas do medo, do ódio e da mentira cujo objetivo é “[...] orientar a revolução tecnológica no sentido da maior concentração do poder económico, social, político e cultural”. A sociedade, para o referido autor, torna-se tão injusta que trata a justiça como uma “monstruosidade repugnante” (SANTOS, 2019).

Nesse plano de ideias, uma das formas de ver o problema sob o ponto de vista de proteção institucional do indivíduo é avaliarmos a sua capacidade de autoproteção quando da demanda de informações pelas empresas e pelo Estado. Sobre o ponto, Rodotà aponta a eventual necessidade de intervenções externas nesse desiderato. Conforme o autor:

[...] situações, em que o cidadão fornece informações sobre ele, nem sempre são tais que levam à conclusão de que ele tem agido em um estado de plena liberdade: há restrições físicas ou psicológicas, como no caso de interrogatórios policiais; ou estado de necessidade, como ao fornecer informações ou autorização é dada para realizar a análise a quem deve conceder um empréstimo; ou situações necessárias, como o envio da documentação para o reembolso mutualístico ou a resposta a um questionário do potencial empregador. Em todos esses casos, o indivíduo não pode deixar de “consentir”, sob pena de sanção legal, desvantagem econômica, renúncia de um serviço, a colocação em movimento de um mecanismo de exclusão social. Consequentemente, para dizer que certas informações podem ser assumidas, arquivadas ou circuladas apenas porque o interessado deu o seu consentimento significa ser cego ou hipócrita, a partir do momento que a prestação de consentimento não é o resultado de uma escolha real entre alternativas possíveis e não pode representar, portanto, nem um instrumento de defesa do indivíduo, nem uma forma de controle sobre quem solicita ou obtém informações (RODOTÀ, 1973, p. 44, tradução nossa).⁴⁹

⁴⁹ “Le situazioni, in cui il cittadino fornisce informazioni che lo riguardano, non sempre sono tali da far concludere che egli abbia agito in stato di piena libertà: esistono costrizioni fisiche o psicologiche, come nel caso degli interrogatori di polizia; o stati di bisogno, come quando si forniscono informazioni o si dà autorizzazione a svolgere indagini a chi deve concedere un prestito; o situazioni necessitate, come la presentazione della documentazione per un rimborso mutualistico o la risposta a un questionario del potenziale datore di lavoro. In tutti questi casi il singolo non può non « consentire », pena una sanzione giuridica, uno svantaggio economico, la rinuncia a un servizio, la messa in movimento di un meccanismo di esclusione sociale. Di conseguenza, dire che talune informazioni possono essere assunte, schedate o fatte circolare solo perché l'interessato ha dato il suo consenso, significa essere ciechi o ipocriti, dal momento che la prestazione del

Na medida em que as relações sociais e os indivíduos, devido à comodificação de ambos, que se transmudam em “dados pessoais” não qualificados e passíveis de controle e rastreamento, a questão nodal da proteção aos dados pessoais passa a transcender a proteção à intimidade e privacidade. A abrangência de tais ferramentas constitui uma das grandes preocupações ao se realizar a reflexão sobre o tema da disrupção das novas tecnologias no tecido da sociedade atual. Há tempos o tema tem sido objeto e preocupações dos juristas, legisladores e juízes. Danilo Doneda cita magistral lição do Ministro Ruy Rosado de Aguiar em acórdão proferido no Recurso Especial nº 22.337/RS, que em 1995 alertava para a importância da reflexão sobre o tema da proteção de dados pessoais como elemento fundamental para a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo:

[...] a inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído 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 mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo a área que deveria ficar restrita à 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 e 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. A importância do tema cresce de ponto quando se observa o número imenso de atos da vida humana praticados através da mídia eletrônica ou registrados nos disquetes de computador. (DONEDA, 2019, p. 173)

O momento histórico volta seu olhar para a Itália, onde surgiu o “tecnopopulismo” dos dias atuais no Movimento 5 Estrelas, primeira estrutura política que se valeu da ciência de dados para a tentativa de tomada de poder, desprovido de ideias motoras da sociedade, mas no cultivo do absurdo, da conspiração, do

consenso non è il risultato di una reale scelta tra alternative possibili e non può rappresentare, quindi, né uno strumento di difesa del singolo, né una forma di controllo su chi richiede o ottiene le informazioni.” (RODOTÁ, 1973, p. 44)

populismo, potencializados pelos algoritmos criados pelo que Empoli (2019) denomina “Engenheiros do Caos”. A relação entre dados e o sistema político passam a ser claras quando se avalia as consequências do seu controle sobre o sistema de escolhas eleitorais e, principalmente, no espaço público, a ponto do esgarçamento de instituições democráticas consolidadas e seculares, como a norte-americana.⁵⁰ O “*modus operandi*” da manipulação política de eleições é apresentado de forma clara por Giuliano da Empoli (2019, p. 12),

[...] os defeitos e vícios dos líderes populistas se transformam, aos olhos dos eleitores, em qualidades. Sua inexperiência é a prova de que eles não pertencem ao círculo corrompido das elites. E sua incompetência é vista como garantia de autenticidade. As tensões que eles produzem em nível internacional ilustram sua independência, e as fake news que balizam sua propaganda são a marca de sua liberdade de espírito. No mundo de Donald Trump, de Boris Johnson e de Jair Bolsonaro, cada novo dia nasce com uma gafe, uma polêmica, a eclosão de um escândalo. Mal se está comentando um evento, e esse já é eclipsado por um outro, numa espiral infinita que catalisa a atenção e satura a cena midiática.

E ainda,

[...] cultivando a cólera de cada um sem se preocupar com a coerência do coletivo, o algoritmo dos engenheiros do caos dilui as antigas barreiras ideológicas e rearticula o conflito político tendo como base uma simples oposição entre “o povo” e “as elites”. No caso do Brexit, assim como nos casos de Trump e da Itália, o sucesso dos nacional-populistas se mede pela capacidade de fazer explodir a cisão esquerda/direita para captar os votos de todos os revoltados e furiosos, e não apenas dos fascistas. (EMPOLI, 2019, p. 14)

Um tema constante quando da análise dos tecnopopulistas, assim consideradas aquelas lideranças políticas que se valem de estratégias de comunicação eleitoral baseadas em dados dos eleitores adquiridos de redes sociais e na remessa massificada de informações falsas e mensagens manipuladas, é sua capacidade de gerar respostas emocionais agudas, mesmo que irreais, permitindo que se crie efeito manada, orientado pelo por um viés de confirmação potencializado. O Direito deve, portanto, a bem da proteção de um sistema

⁵⁰ Sobre o tema volta-se a indicar como grande paradigma o caso da empresa “Cambridge Analytica”. (DIÁRIO DE NOTÍCIAS, 2018)

democrático e do próprio Estado, estabelecer mecanismos de proteção robustos visando que se impeça a depravação da esfera público e a sua manipulação por grupos organizados ou por elementos integrantes do próprio sistema político eventualmente (e temporariamente) no poder.

6 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Na década de 1970, foi concebido no Brasil o chamado projeto RENAPE ou RNPN (Registro Nacional para Pessoas Naturais) que consistia em unificar em um indicador único, em meio informático, todas as informações do cidadão, desde o nascimento até sua morte, passando por todas as suas atividades econômicas e sociais. A iniciativa do governo militar não prosperou devido a críticas dentro da própria estrutura estatal, o que a tornou inviável (VIANNA, 2014). De acordo com o relatório de Eneu Garcez dos Reis ao Ministério da Justiça, em 25 de abril de 1975, o sistema RENAPE seria

[...] um componente ativo no conjunto de serviços que colaboram para que o Governo alcance o bem comum do povo e satisfaça às necessidades e às aspirações de cada cidadão e participará do grupo de instituições que cooperam entre si para a coordenação das forças sociais e a adequação do governo ao desenvolvimento da Nação, dentro do planejamento geral. (VIANNA, 2014)

Tal ideia foi reeditada em um projeto mais poderoso representado no Cadastro Base do Cidadão (CBC), criado pelo Decreto nº 10.046/2019, que regulamenta o compartilhamento e a centralização das bases de dados do Estado brasileiro de forma ampla, sem as devidas salvaguardas. As informações ali concentradas foram acessadas por 28 órgãos estatais inclusive a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), o Comando do Exército e o Ministério da Justiça e Segurança Pública (THE INTERCEPT, 2020). Tão ampla concentração de dados pessoais e sem as devidas salvaguardas de controle institucional nas mãos de agentes públicos sob o véu do sigilo não deveria passar despercebida.

Após a promulgação da Constituição Federal em 1988 o legislador aprovou importante marco legislativo, que serviu de fundamento para o desenvolvimento da legislação de proteção à privacidade dos dados pessoais dos consumidores de produtos e serviços, que é a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) que prevê expressamente a garantia expressamente ao consumidor o acesso aos bancos de dados públicos que contenham informações ao seu respeito, a possibilidade de sua retificação em virtude da inexatidão ou erro, bem como estabelecia de forma expressa que os bancos de dados relativos aos consumidores deveriam ser considerados como entidades de caráter público, a eles

sendo aplicável o remédio do “*Habeas Data*”, previsto no artigo 5º, LXXII, da Constituição Federal.

Um dos primeiros artigos jurídicos de impacto sobre o tema da proteção dos dados pessoais, do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, publicado na Revista de Direito da Universidade de São Paulo na edição de nº 88 (1993), não trouxe à luz as vicissitudes relacionadas com eventual perda da proteção à privacidade de dados pessoais sob o ponto de vista da expressão e da liberdade do indivíduo de escolher o que e a quem expõem suas informações, atendo-se, em um primeiro momento, a analisar o fenômeno sob a ótica da proteção à comunicação e não aos dados objetivamente considerados.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, na esteira do pensamento do Professor Tércio Sampaio Ferraz, em um primeiro momento, adotou a tese de que estariam protegidos de forma especial não os dados pessoais singularmente considerados, mas a “comunicação” dos dados informatizados. Conforme o autor:

[...] feita, pois, a distinção entre a faculdade de manter sigilo e a liberdade de omitir informações, este, objeto correlato ao da privacidade, e entendido que aquela não é uma faculdade absoluta pois compõe, com diferentes objetos, diferentes direitos subjetivos, exigindo do intérprete o devido temperamento, cumpre agora, na análise do texto constitucional, esclarecer, com referência ao art. 5º, XII, o que significam ali os dados protegidos pelo sigilo e em que condições e limites ocorre esta proteção.

Em primeiro lugar, a expressão “dados” manifesta uma certa impropriedade (Celso Bastos/Ives Gandra; 1989:73). Os citados autores reconhecem que por “dados” não se entende o objeto de comunicação, mas uma modalidade tecnológica de comunicação. Clara, nesse sentido, a observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990:38) - “Sigilo de dados. O direito anterior não fazia referência a essa hipótese. Ela veio a ser prevista, sem dúvida, em decorrência do desenvolvimento da informática. Os dados aqui são os dados informáticos (v. incs. XIV e LXXII)”. A interpretação faz sentido. O sigilo, no inciso XII do art. 5º, está referido à comunicação, no interesse da defesa da privacidade. Isto é feito, no texto, em dois blocos: a Constituição fala em sigilo “da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas”. Note-se, para a caracterização dos blocos, que a conjunção e uma correspondência com telegrafia, segue-se uma vírgula e depois, a conjunção de dados com comunicações telefônicas. Há uma simetria nos dois blocos. Obviamente o que se regula é comunicação por correspondência e telegrafia, comunicação de dados e telefônica. O que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. Se alguém elabora para si

um cadastro sobre certas pessoas, com informações marcadas por avaliações negativas, e o torna público, poderá estar cometendo difamação, mas não quebra sigilo de dados. Se estes dados, armazenados eletronicamente, são transmitidos, privadamente, a um parceiro, em relações mercadológicas, para defesa do mercado, também não está havendo quebra de sigilo. Mas, se alguém entra nesta transmissão como um terceiro que nada tem a ver com a relação comunicativa, ou por ato próprio ou porque uma das partes lhe cede o acesso indevidamente, estará violado o sigilo de dados. A distinção é decisiva: o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação. Doutro modo, se alguém, não por razões profissionais, ficasse sabendo legitimamente de dados incriminadores relativo a uma pessoa, ficaria impedido de cumprir o seu dever de denunciá-lo. (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 446)

Pode-se dizer que a comunidade jurídica brasileira apenas na década 2010 passou a considerar a relevância de se trazer para o centro do debate a questão da proteção de dados privados e não somente a sua comunicação, o que culminou na edição da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), que estabelece de forma expressa como princípios da disciplina jurídica da Internet, dentre outros, a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento; proteção da privacidade, e a proteção dos dados pessoais (Art. 3º). Nesse diapasão, iniciaram-se as discussões acerca de uma lei geral de proteção de dados, com a influência da legislação da União Europeia, em especial o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais (GDPR na sigla em inglês), que culminou na edição da Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018 (LGPD).

6.1 Proteção de dados a partir da Constituição Federal

Um primeiro aspecto a ser destacado é que o sistema constitucional brasileiro, ao contrário de outros países lusófonos, optou por não incluir um dispositivo expresso e específico em sua carta fundamental visando a proteção de dados pessoais em ambientes informatizados, a exemplo de disposições que podem

ser encontradas em constituições como a de Portugal, que dispõe de forma expressa a proteção aos dados pessoais como direito do cidadão.⁵¹

O tema da proteção dos dados pessoais passa necessariamente pelo inciso X do Art. 5º da Constituição Federal, que determina a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando a estas o domínio exclusivo de tais aspectos em vários sentidos. Pelo inciso XII do mesmo dispositivo constitucional, ainda, é determinada a inviolabilidade da comunicação dos dados.⁵² O destaque aplicado indica que o legislador constituinte protegeu especificamente a transmissão e não os dados armazenados nos bancos de dados, o que, em princípio, não se coaduna com o tratamento contemporâneo do tema.

No fim das contas, a construção de um sistema jurídico de proteção às informações do cidadão constitui elemento fundamental para o reconhecimento do papel relevante das relações mediadas pelos sistemas informáticos na sociedade e pode ser encontrado com a utilização de remédios constitucionais de proteção ao direito ao acesso e retificação de dados pessoais como o instituto do Habeas Data (art. 5º, LXXII). O texto constitucional nos apresenta um remédio poderoso contra a arbitrariedade, que tem reflexos claros na matéria aqui apresentada pois prescreve

⁵¹ “Artigo 35 (utilização da informática): 1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua retificação e atualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei. 2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua proteção, designadamente através de entidade administrativa independente. 3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis. 4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei. 5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos. 6. A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de proteção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional. 7. Os dados pessoais constantes de ficheiros manuais gozam de proteção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei.” (PORTUGAL, 2020)

⁵² “Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. [...]; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.” (BRASIL, 1988)

um comando direto de proteção às informações constantes em bancos de dados públicos.⁵³

No Brasil há o estabelecimento “*a priori*” como direitos individuais especialmente protegidos aspectos relacionados à privacidade, intimidade e comunicação telefônica, que são consideradas invioláveis, bem como às liberdades de informação (art. 5º, XIV) e expressão (art. 5º, IX),⁵⁴ que se complementam servindo de base para a cláusula democrática do Estado, na medida em que qualificam o espaço público e permitem a livre difusão de informações, ideias, opiniões e da expressão do indivíduo. Sob o ponto de vista constitucional, a chave para a compreensão da proteção de dados pessoais no direito brasileiro é o direito fundamental à privacidade, inserida dentro da cláusula geral da personalidade. Segundo José Affonso da Silva (2014, p. 210),

[...] não é fácil distinguir vida privada de intimidade. Aquela, em última análise, integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo. Mas a Constituição não considerou assim. Deu destaque ao conceito, para que seja mais abrangente, como conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida. Parte da constatação de que a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. A vida interior, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos, é a que integra o conceito de vida privada, inviolável nos termos da Constituição.

[...]

O segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade. Para tanto, é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros.

Deve-se fazer, no entanto, uma crítica à forma pela qual, em geral, a cultura jurídica brasileira confere proteção de dados pessoais, sujeitando-a a uma

⁵³ Por bancos de dados públicos compreendemos não somente aqueles em poder do Estado, mas todos aqueles que possuam interesse público intrínseco, tais como relação de consumidores, devedores, cadastros fiscais e registros públicos.

⁵⁴ A carta constitucional no capítulo relativo à comunicação social traz importante elemento condutor da intenção do legislador originário de proteger a plenitude dos aspectos de expressão quando traz comando axiológico em seu artigo 220 no sentido de afirmar que a “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição” nos termos da constituição (BRASIL, 1988).

categorização limitada em relação à amplitude e universalidade dos bancos de dados, valendo-se de leis como o Código de Defesa do Consumidor que, apesar de trazer importante inovação no que diz respeito à proteção dos cidadãos⁵⁵ assim considerados como consumidores de produtos e serviços, deixa-os sujeitos à inclusão de seu nome em listas de devedores ou relação de nomes para fins publicitários.

Parece evidente que a massificação dessa modalidade de organização informacional abre margem para a ocorrência de danos coletivos severos caso não sejam adotadas as salvaguardas regulatórias adequadas, pois, como visto, não há apenas uma dimensão privada inerente aos dados pessoais, mas uma dimensão pública, ligada de forma direta à personalidade e liberdade do indivíduo. Não se mostra mais possível, com o desenvolvimento tecnológico atual, olhar somente para a proteção dos dados enquanto elemento incidental ao direito à privacidade. Tal é a crítica de Danilo Doneda, para quem,

[..] parece existir, no direito brasileiro, de forma generalizada, uma consciência de que seria possível tratar de forma satisfatória dos problemas relacionados às informações pessoais em bancos de dados a partir de uma série de categorizações geralmente generalistas e um tanto abstratas: sobre o caráter rigidamente público ou particular de uma espécie de informação; sobre a característica sigilosa ou não de uma determinada comunicação, e assim por diante. Enfim: com um sistema baseado em etiquetas, permissões ou proibições para uso de informações específicas, sem levar na devida conta os riscos objetivos potencializados pelo tratamento informatizados das informações pessoais (DONEDA, 2019, p. 260).

É relevante indicar que se encontra em discussão na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda Constitucional nº 17/2019. De acordo com o projeto substitutivo apresentado, de autoria do Deputado Orlando Silva, caso aprovada a proposta de emenda haverá a inclusão do inciso LXXIX no artigo 5º da Constituição com o seguinte teor: “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. De acordo com o relator, demonstra-

⁵⁵ A seção VI da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), cuida dos bancos de dados e cadastro de consumidores, estabelecendo alguns aspectos que seriam aprofundados posteriormente, em especial pela Lei Geral de Proteção de Dados, tais como a obrigatoriedade de transparência dos controladores de dados, consentimento e respeito à privacidade.

se a necessidade de formalização do direito à proteção dos dados pessoais como direito fundamental, a despeito do constituinte originário estabelecer critérios de proteção e tutela da privacidade no sigilo de comunicação e correspondência. Todavia, o conceito se ampliou não somente diante dos avanços tecnológicos, mas também da própria ciência jurídica que passou a compreender o indivíduo em sua integralidade moral. Assim a proteção do sistema deverá também abranger todos os dados sobre a pessoa, cabendo a esta decidir sobre o que manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, e ainda, a quem, quando, onde e em que condições assim o fará, sem que a lei estabeleça limites quanto a isso.

6.2 Análise de julgados do Supremo Tribunal Federal

A corte constitucional, em concordância com as primeiras ideias acerca da privacidade adotadas nos meios jurídicos nacionais, em seus primeiros assentos sobre a privacidade de dados e informações em ambiente computacional expõe o entendimento de que o direito à proteção de dados pessoais deve ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais e que se relaciona em princípio com a inviolabilidade da transmissão dos dados.

O primeiro caso de relevo sobre o tema foi a Ação Penal nº 307⁵⁶ – do Distrito Federal (caso Collor), que debateu a validade de prova obtida por meio de

⁵⁶ No voto do relator Ilmar Galvão fica assentado que “[...] mesmo que a apreensão material do microcomputador, no recinto da empresa, se houvesse dado em uma das situações fáticas previstas no inc. XI do art. 5º da Carta Federal, ou houvesse sido feita em cumprimento a determinação judicial, ainda assim, não estaria nela compreendido o conteúdo ideológico de sua memória, razão pela qual a Polícia Federal não poderia ter-se apropriado dos dados contidos naquele microcomputador, para mandar decodificá-los ao seu alvedrio, como fez, acobertados que se achavam pelo sigilo, o qual, conquanto se possa ter por corolário da inviolabilidade do próprio recinto dos escritórios da empresa acha-se especificamente contemplado no inc. XII, do mesmo artigo, ao lado da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.

Aliás, nos tempos modernos, em que todos os trabalhos datilográficos das empresas é realizado por meio de digitação, a invasão da memória dos computadores implica fatalmente a quebra do sigilo não apenas de dados em geral, desde os relativos a simples agenda até os relacionados a fórmulas e cálculos, mas também de toda correspondência, epistolar e telegráfica, em relação aos quais o manto constitucional é de natureza absoluta, já que não deixou espaço reservado ao trabalho normativo do legislador ordinário, como se fez com as comunicações telefônicas.

Acresce, no caso, que os dados objeto da degravação, conforme esclarece o respectivo laudo, haviam, inclusive, sido “apagados” pelos responsáveis pela empresa “Verax”, o que não constituiu obstáculos a que a Polícia Federal, com auxílio de modernos aparelhos especialmente importados para esse fim, os houvesse desvendado”.

Segundo o voto do revisor Moreira Alves, a inviolabilidade de dados é admitida — RTJ 162/140:

decodificação de dados armazenados em microcomputador apreendido. No caso foi reconhecida a ilegalidade da prova em virtude de ser decorrente da apreensão de computador realizada sem mandado de busca e apreensão e a questão da inviolabilidade dos dados reconhecida pelos votos do relator Ministro Ilmar Galvão e do revisor, Ministro Moreira Alves.

Sob outra roupagem, mas no sentido de afirmar a necessidade de proteção aos dados pessoais em uma sociedade de consumo, colheu-se o voto do relator Sepúlveda Pertence de 23/04/1998 na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.790 (STF, 1998) no qual afirmou que a convivência entre a proteção da privacidade e os arquivos de consumo, integrados em bancos de dados, tornou-se um imperativo da economia da sociedade de massas, aplicando-se a eles o CDC.

De grande importância para a construção jurisprudencial do tema ainda o Recurso Extraordinário nº 418.416, no qual o Ministro Sepúlveda Pertence avaliou a validade das provas obtidas por meio da análise pericial de dados gravados em microcomputador apreendido por meio de mandado regularmente expedido. Na ocasião entendeu-se que o sigilo de dados não é absoluto e o inciso XII protege apenas a comunicação dos dados. O Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento convergente pelo qual o sigilo mencionado no inciso XII do artigo 5º trata apenas da comunicação de dados e não dos dados considerados em si mesmos.⁵⁷

“Mas a ilicitude não se adstringiu a isso. Ainda que se pretendesse que a apreensão do microcomputador fosse lícita, dando margem posteriormente à declaração de perdimento dele em favor do Estado, nem por isso poderia a Polícia Federal apoderar-se dos dados contidos nesse microcomputador, mandando decodificá-lo para deles utilizar-se como prova em processo penal. E - note-se -, pelos termos do “laudo de exame em microcomputador” (fls. 1193/1195), houve, inclusive, a recuperação de arquivos apagados pelos dirigentes da Verax. Também com relação aos dados em geral - e, consequentemente, os constantes de computador que pode armazenar as mais sigilosas informações de seu proprietário -, estão eles cobertos pela garantia do disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição [...]. Pelos termos em que está redigido esse dispositivo, que só abre exceção para as comunicações telefônicas, é possível sustentar-se que as demais inviolabilidades só admitem sejam afastadas por texto constitucional expresse. Mas, ainda quando se admita que possam ser postas de lado nas hipóteses e na forma prevista na lei, o que é certo é que não há lei que disponha a respeito no concernente - que é o que importa no momento - à inviolabilidade dos dados aludidos no citado texto constitucional” (STF, 1997).

⁵⁷ Do voto do relator colhe-se o seguinte trecho: III. Decreto de busca e apreensão: validade. 1. Decreto específico, que somente permitiu que as autoridades encarregadas da diligência selecionassem objetos, dentre aqueles especificados na decisão e na sede das duas empresas nela indicadas, e que fossem “interessantes à investigação” que, no caso, tinha pertinência com a prática do crime pelo qual foi efetivamente condenado o recorrente. 2. Ademais não se demonstrou que as instâncias de mérito tenham invocado prova não contida no objeto da medida judicial, nem tenham valorado qualquer dado resultante da extensão dos efeitos da decisão determinante da

Da análise das decisões mencionadas, observa-se que a questão do sigilo de dados ainda não havia trazido a discussão sobre o seu aspecto de direito coletivo e não somente individual. Com efeito, a questão do sigilo de dados é, pois, hipótese trazida pela Constituição Federal de 1988 e está relacionada de forma intrínseca com o direito fundamental de intimidade. Como afirmado antes, a informação pessoal está ligada intimamente à privacidade, sendo a sua proteção reflexo da tutela do direito à privacidade, plasmando o seu próprio conceito.

No fim das contas, o objeto da proteção não se refere aos dados pessoais em si considerados, mas sim ao direito inerente ao indivíduo de controlar as finalidades e as formas de utilização de seus dados. Em 2020 ocorreu, pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, importante julgamento de pedido de liminar em medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Medida Provisória nº 954/2020 (ADI 6393), de relatoria da Ministra Rosa Weber, cuja ementa é assertiva no que diz respeito ao tratamento constitucional que deve ser dado à questão dos dados pessoais. No caso concreto cuidou-se de Medida Cautelar no bojo da ADI 6.393 movida pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) contra a MP 954/2020 que dispunha sobre o compartilhamento de dados pelas concessionárias de serviços de telefonia móvel com o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) para produção de estatísticas durante a situação de emergência em saúde decorrente do coronavírus (Sars-CoV-2 / COVID-19).

A Ministra relatora, indo ao encontro da moderna doutrina constitucional sobre a questão da proteção à privacidade de dados pessoais, quando da confirmação da

busca e apreensão, para que a Receita Federal e a "Fiscalização do INSS" também tivessem acesso aos documentos apreendidos, para fins de investigação e cooperação na persecução criminal, "observado o sigilo imposto ao feito". IV - Proteção constitucional ao sigilo das comunicações de dados - art. 5º, XVII, da CF: ausência de violação, no caso. 1. Impertinência à hipótese da invocação da AP 307 (Pleno, 13.12.94, Galvão, DJU 13.10.95), em que a tese da inviolabilidade absoluta de dados de computador não pode ser tomada como consagrada pelo Colegiado, dada a interferência, naquele caso, de outra razão suficiente para a exclusão da prova questionada - o ter sido o microcomputador apreendido sem ordem judicial e a consequente ofensa da garantia da inviolabilidade do domicílio da empresa - este segundo fundamento bastante, sim, aceito por votação unânime, à luz do art. 5º, XI, da Lei Fundamental. 2. Na espécie, ao contrário, não se questiona que a apreensão dos computadores da empresa do recorrente se fez regularmente, na conformidade e em cumprimento de mandado judicial. 3. Não há violação do art. 5º, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve "quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial". 4. A proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da comunicação 'de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador cf. voto no MS 21.729. Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira - RTJ 179/225, 270. (STF, 2006)

medida liminar, assentou que a recém editada Lei Geral de Proteção de Dados positivou os direitos fundamentais à privacidade e o respeito à autodeterminação informativa como elementares à disciplina da proteção de dados pessoais, sendo decorrentes diretos dos direitos da personalidade do indivíduo. Torna-se aparente que a Constituição brasileira estabelece balizamentos à utilização sem regulamentação dos dados pois, como consta na ementa da decisão proferida,

[...] na medida em que relacionados à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, o tratamento e a manipulação de dados pessoais hão de observar os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII), sob pena de lesão a esses direitos. O compartilhamento, com ente público, de dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público há de assegurar mecanismos de proteção e segurança quanto a esses dados. (STF, 2020)

Segundo a relatora Rosa Weber, “[...] a adequada tutela do direito à intimidade, privacidade e proteção de dados pessoais é estruturada pela característica da inviolabilidade.” (STF, 2020).⁵⁸ Mais do que isso, há uma ligação direta entre princípios a serem ponderados quando da disponibilização do acesso aos dados pessoais, da privacidade e liberdade, sendo necessária a comprovação do interesse público na mitigação de tais princípios para concessão de acesso ao Poder Público aos dados pessoais que devem ter os atributos de necessidade e proporcionalidade.

⁵⁸ A Ministra Rosa Weber em seu voto ainda faz o alerta nos seguintes termos: “Pontuo que situações de crise, como a deflagrada pela pandemia global da COVID-19 e marcada pela medidas excepcionais que têm sido adotadas para o seu enfrentamento, tendem a favorecer o enfraquecimento de direitos, especialmente porque as instituições que em outro momento estariam menos permeáveis a tais investidas se tornam, em momentos tais, menos vigilantes ou aderem às narrativas que visam a justificá-las a partir da crise posta. Tais movimentos têm sido objeto da literatura jurídica internacional, em que identificada, na pandemia de COVID-19 em curso ‘uma oportunidade sem precedentes para os governos justificarem a expansão pós-pandêmica de políticas de vigilância e de coleta de dados tanto de cidadãos quanto de não-cidadãos’ (STF, 2020).

6.3 A regulamentação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

As diretivas do Conselho Europeu, de acordo com o Tratado de Constituição da União Europeia, detêm uma carga deontológica direcionada ao Estado Membro quanto ao resultado, mas não tem aplicação imediata como os regulamentos, que são normas gerais e abstratas, na medida em que demandam que seja produzida a legislação interna do Estado para sua implementação. Por sua vez, o Regulamento constitui tipo normativo de aplicação imediata a toda a União Europeia. O Estado brasileiro, dentro do contexto de regulamentação da proteção de dados pessoais que passou a fazer parte da legislação de diversos países ocidentais e influenciado primeiramente pela Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, que sistematizou e trouxe parâmetros para a regulamentação do tema da proteção de dados pessoais na legislação comunitária e posteriormente do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais (GDPR na sigla em inglês), buscou trazer ao debate público a possibilidade de edição de uma norma geral de proteção de dados e regulamentação de seu tratamento por entidades privadas e públicas sob a forma de uma legislação unificada nacional.

De qualquer forma, as discussões para a criação de um marco legal para a proteção de dados se iniciaram dentro da estrutura institucional do Estado brasileiro na esteira da Diretiva 95/46/CE da União Europeia e das discussões na década de 2010 para aprovação do novo regulamento de proteção de dados europeu, que serve de base para a legislação brasileira em diversos princípios aplicáveis à matéria, em especial aquele estabelece de forma clara que ao indivíduo pertence seus próprios dados.

O início formal das discussões no âmbito institucional para a criação de uma legislação de proteção de dados pessoais se iniciou com um anteprojeto de lei do Ministério da Justiça em 2010, sujeito a consulta pública. A Lei Federal 13.709, de 14/08/2020 (LGPD), originou-se do Projeto de Lei nº 4.060/2012 de autoria do Deputado Milton Monti, sendo a ele apensados diversos projetos de lei em tramitação junto à Câmara dos Deputados referentes ao tema. A referida lei foi promulgada com vetos direcionados a dois aspectos principais: o compartilhamento de dados ao Poder Público, e à criação da Agência Nacional de Proteção de Dados.

Referida legislação assume explicitamente sua fundamentação ao tutelar basicamente os direitos fundamentais de liberdade e privacidade do indivíduo (Art.

5º, caput e incisos IV, IX, X, XII, XIV da CF/88), tendo por fundamentos, de acordo com o próprio texto legal (Art. 2º), o respeito à privacidade; à autodeterminação informativa; à liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania.

A legislação nacional estabeleceu também balizamentos para o tratamento de dados pessoais pelo poder público, conforme os artigos 23 e seguintes da LGPD, que, explicitamente, demanda a necessidade de atendimento de finalidade pública, interesse público e sempre com a demonstração de objetivo na execução das competências legais. O comando legislativo determina ainda a obrigatoriedade de publicidade sobre as hipóteses e as condições de tratamento dos dados pessoais (Art. 23, I, LGPD), com submissão aos fundamentos do sistema de proteção de dados pessoais.

Há que ser colocada uma ressalva: a despeito da existência de limites ao acesso e tratamento de dados pessoais pelas pessoas públicas existente no artigo 23 da LGPD, nos parece que se trata de uma regulamentação frágil. Tais limites que tutelam o direito do cidadão estão condicionados a uma expressão de conceito aberto, qual seja, “interesse público”, sujeito a interpretações que variam em função da ideologia da Administração. No fim das contas, há que ser definido para aplicação dos limites ao Poder Público o que é “interesse público”.

Vale lembrar, como mencionado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 44), que o Direito Administrativo pressupunha a existência de prerrogativas nas relações entre os particulares, classificadas, portanto, como exorbitantes, pois “[...] exorbitavam dos direitos e faculdades que se reconheciam aos particulares em suas recíprocas relações”. Conforme José Sérgio da Silva Cristóvam (2013, p. 226):

[...] a ideia de ‘supremacia do interesse público’, alçada à condição de verdadeiro axioma do moderno Direito Público, acabou por ser entronado no posto máximo e inapelável de justificação de toda a atividade administrativa. Como um “verdadeiro mantra de legitimação da atividade administrativa”, o argumento da supremacia do interesse público a tudo explica e tudo justifica, inclusive escamoteando toda sorte de arbitrariedades, autoritarismos e ofensas aos princípios constitucionais (mormente a impessoalidade e a moralidade administrativa). Tudo passou a ser “legitimado” a partir

de uma retórica frouxa e órfã de racionalidade, o que não escapou à percuciente crítica do constitucionalista Lenio Luiz Streck, para quem o interesse público traduz-se atualmente em uma ‘expressão que sofre de intensa ‘anemia significativa’, nela ‘cabendo qualquer coisa’. A rigor, como vimos, o Governo Federal em especial, mantém um arcabouço legislativo e regulamentar que lhe permite o acesso aos dados pessoais dos cidadãos sem a necessidade de mandado judicial, desde que não sejam dados bancários ou fiscais, como pode ser visto pela leitura do Decreto 10.046, de 2019 que estabelece como princípio a ser adotado o compartilhamento entre órgãos de governo de forma mais ampla possível.⁵⁹

Nota-se que o arcabouço normativo criado pelo Decreto nº 10.046/2019, “[...] que estabelece as normas e as diretrizes para o compartilhamento de dados entre os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e os demais Poderes da União” (BRASIL, 2019), estabeleceu diretrizes amplas para o compartilhamento entre os órgãos do Estado de informações pessoais, incluindo atributos biográficos, assim considerados os dados da pessoa natural relativos aos fatos da sua vida, tais como nome civil ou social, data de nascimento, filiação, naturalidade, nacionalidade, sexo, estado civil, grupo familiar, endereço e vínculos empregatícios; atributos biométricos, que são as características biológicas e comportamentais mensuráveis da pessoa natural que podem ser coletadas para reconhecimento automatizado, tais como a palma da mão, as digitais dos dedos, a retina ou a íris dos olhos, o formato da face, a voz e a maneira de andar; e ainda dados cadastrais - informações identificadoras perante os cadastros de órgãos públicos (BRASIL, 2019).

⁵⁹ “Art. 3º O compartilhamento de dados pelos órgãos e entidades de que trata o art. 1º observará as seguintes diretrizes: I - a informação do Estado será compartilhada da forma mais ampla possível, observadas as restrições legais, os requisitos de segurança da informação e comunicações e o disposto na Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais; II - o compartilhamento de dados sujeitos a sigilo implica a assunção, pelo receptor de dados, dos deveres de sigilo e auditabilidade impostos ao custodiante dos dados; III - os mecanismos de compartilhamento, interoperabilidade e auditabilidade devem ser desenvolvidos de forma a atender às necessidades de negócio dos órgãos e entidades de que trata o art. 1º, para facilitar a execução de políticas públicas orientadas por dados; IV - os órgãos e entidades de que trata o art. 1º colaborarão para a redução dos custos de acesso a dados no âmbito da administração pública, inclusive, mediante o reaproveitamento de recursos de infraestrutura por múltiplos órgãos e entidades; V - nas hipóteses em que se configure tratamento de dados pessoais, serão observados o direito à preservação da intimidade e da privacidade da pessoa natural, a proteção dos dados e as normas e os procedimentos previstos na legislação; e VI - a coleta, o tratamento e o compartilhamento de dados por cada órgão serão realizados nos termos do disposto no art. 23 da Lei nº 13.709, de 2018.” (BRASIL, 2019)

Nos parece, até tomando por base o vazamento e a captura constante de informações advindas de bancos de dados públicos, que envolvem inclusive informações de interesse da proteção do Estado⁶⁰, que a permissão ampla, na forma estabelecida pelo indigitado decreto, de consulta e compartilhamento de dados pessoais, constitui enfraquecimento do sistema de proteção de dados pessoais do governo brasileiro, na medida em que não foram estabelecidas salvaguardas para garantir a privacidade dos dados privados pelos bancos de dados públicos.⁶¹

Os vetos presidenciais à Lei Geral de Proteção de Dados se coadunam com essa visão, tendo sido retirados artigos que se relacionavam ao estabelecimento de limites à atuação do Estado no acesso e compartilhamento dos dados pessoais. Podemos destacar o veto ao inciso II do artigo 23 que vedava expressamente o compartilhamento de dados pessoais dos requerentes de acesso à informação (Lei nº 12.527/2011) no âmbito do Poder Público com pessoais jurídicas de direito privado. Segundo mensagem de veto,

[...] ocorre que o compartilhamento de informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável é medida recorrente e essencial para o regular exercício de diversas atividades e políticas públicas. É o caso, por exemplo, do banco de dados da Previdência Social e do Cadastro Nacional de Informações Sociais, cujas informações são utilizadas para o reconhecimento do direito de seus beneficiários e alimentados a partir do compartilhamento de diversas bases de dados administrados por outros órgãos públicos. Ademais, algumas atividades afetas ao poder de polícia administrativa poderiam ser inviabilizadas, a exemplo de investigações no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, dentre outras. (BRASIL, 2018)

No mesmo sentido os vetos ao inciso II do §1º do art. 26 da LGPD que dispensaram a necessidade de cumulação de autorização legal e respaldo em contratos administrativos para o compartilhamento de dados do Poder Público com entidades privadas; ou o artigo 28 da LGPD, que previa que toda a comunicação

⁶⁰ Vide reportagem na Revista Época que indica a captura de dados de mais de 223 milhões de brasileiros, vendidos na chamada “*Dark Web*”, incluindo informações como nome completo, data de nascimento, CPF, nível escolaridade, imposto de renda e saldo bancário. (MERGULHÃO, 2021)

⁶¹ Convém mencionar também que o governo federal instituiu por força do Decreto 8.764/2016 o denominado SINTER – Sistema Nacional de Gestão de Informações Territoriais, a qual, segundo o artigo 1º do mencionado decreto “[...] integrará, em um banco de dados espaciais, o fluxo dinâmico de dados jurídicos produzidos pelos serviços de registros públicos ao fluxo de dados fiscais, cadastrais e geoespaciais de imóveis urbanos e rurais produzidos pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios”.

entre órgãos e entidades de direito público seria objeto de publicidade, o que fortaleceria o controle pela sociedade das formas de transferência de dados entre entidades públicas e privadas. Dentre todos os vetos, pode destacar ainda o imposto sobre a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (Arts. 55 a 59 da LGPD), que será tratada a seguir.

Por fim, cumpre apontar que a LGPD não se aplica ao tratamento realizado para fins exclusivos de proteção à segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais. Uma comissão de juristas criada pela Câmara dos Deputados, chefiada pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Nefi Cordeiro apresentou anteprojeto de Lei de Proteção de Dados de segurança pública e persecução penal. Segundo a minuta apresentada pela comissão de juristas para a Câmara dos Deputados (2020a),

[...] de fato, destaca-se que a grande lacuna legislativa existente hoje no ordenamento jurídico brasileiro nessa matéria se manifesta em duas problemáticas centrais. O primeiro problema diz respeito à própria eficiência investigativa dos órgãos brasileiros, visto que a falta de adequação aos padrões internacionais de segurança quanto ao fluxo e ao tratamento de dados obsta a integração do Brasil com órgãos de inteligência e de investigação de caráter internacional (v.g., INTERPOL), obstando o próprio acesso a bancos de dados e a informações relevantes, e coloca o uso de aplicações tecnológicas em segurança pública e a adoção de técnicas modernas de investigação sob questionamento de sua validade jurídica.

Em segundo lugar, há um enorme déficit de proteção dos cidadãos, visto que não há regulação geral sobre a licitude, a transparência ou a segurança do tratamento de dados em matéria penal, tampouco direitos estabelecidos ou requisitos para utilização de novas tecnologias que possibilitam um grau de vigilância e monitoramento impensável há alguns anos. Apesar do crescimento vertiginoso de novas técnicas de vigilância e de investigação, a ausência de regulamentação sobre o tema gera uma assimetria de poder muito grande entre os atores envolvidos (Estado e cidadão). Nesse contexto, o titular dos dados é deixado sem garantias normativas mínimas e mecanismos institucionais aplicáveis para resguardar seus direitos de personalidade, suas liberdades individuais e até a observância do devido processo legal.

De fato, há uma lacuna na legislação a ser preenchido por um sistema de proteção mais robusto do que o da LGPD, na medida em que esta, como vimos, não contempla de forma ampla o controle democrático dos dados pessoais destinados ao Estado tanto para a implementação de políticas públicas, quanto utilizados na vigilância de seus cidadãos ou de “inimigos” da segurança nacional. Os vetos à

LGPD, e o sistema de compartilhamento de dados dos órgãos públicos regulamentado pelo Decreto n. 10.406/2019, demonstram a adoção de uma política que vai de encontro à efetivação por parte do Estado brasileiro dos direitos fundamentais voltados à proteção da intimidade e privacidade.

6.4 A autoridade nacional de proteção de dados

Quando da promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados, foram vetados pelo Presidente Michel Temer os artigos 55 a 59 que dispunham sobre a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), sob o regime jurídico autárquico especial, equivalente às agências reguladoras, tendo, sob o regime vetado, independência administrativa, mandato e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira. A alegação para o veto foi de inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa, consistente na aplicação do artigo 61, §1º, da Constituição Federal,⁶² que determina a necessidade de iniciativa do Presidente da República para ações de descentralização administrativa. A natureza jurídica da Autoridade Nacional de Proteção de Dados difere da tradição brasileira autárquica na criação de agências reguladoras e sua inserção como integrante da administração indireta, na medida em que estas possuem personalidade jurídica própria, ao contrário do modelo adotado pela legislação brasileira, havendo certa perplexidade na inserção da ANPD nacional dentro do Poder Executivo, mais especificadamente na Presidência da República.

De acordo com Newton De Lucca e Cintia Rosa Pereira de Lima (2020, p. 391),

⁶² “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: I – [...]; II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; [...]” (BRASIL, 1988)

[...] o dilema entre regular ou não a coleta e o tratamento de dados pessoais esteve sempre presente no Congresso Nacional quando da aprovação da LGPD, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. ‘Regular’ é conciliar os interesses econômicos, públicos e sociais. Neste sentido, uma legislação sobre proteção de dados não busca frear o desenvolvimento econômico. Ao contrário, assim como outras leis setoriais, denominadas microssistemas jurídicos, a LGPD pretende consolidar um sistema de proteção de dados para viabilizar inserção do Brasil no capitalismo informacional, considerados os bancos de dados em escala global e a circulação transfronteiriça dessas informações de um modo revolucionário (global e interconectado) de estruturação do mercado e circulação dos produtos e serviços.

A ANPD, que foi gestada durante o processo legislativo para ser uma agência autônoma submetida a regime jurídico especial, por questões orçamentárias, assumiu com a edição da Medida Provisória 869/2018, posteriormente convertida na Lei n. 13.853/2019, a feição de órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República. Apesar da previsão de transitoriedade de tal condição submissa ao Poder Executivo, conforme § 1º do Art. 55-A da LGPD, causa preocupação a vinculação da Autoridade Nacional ao Poder Executivo, inédita nos países que adotam agências de proteção a dados pessoais, a exemplo os países da União Europeia.

A rigor, ficaram mantidos na lei de conversão signos característicos das “autarquias de regime especial” (MELLO, 2016, p. 178) tais como, escolha do Diretor-presidente e membros do conselho diretor pelo Presidente da República, condicionada sua condução à aprovação do Senado Federal, com mandatos fixos (Art. 55-D) e não passíveis de demissão “*ad nutum*” (Art. 55-E); autonomia técnica e decisória (Art. 55-B), mas a vinculação direta ao Poder Executivo permite o surgimento de dúvidas sobre a sua real autonomia e liberdade decisória.

Não se pode olvidar do fato que, para que o sistema de proteção de dados pessoais adotado pelo legislador brasileiro adquirisse concretude, seria indispensável adoção de uma autoridade nacional destinada à regulamentação e fiscalização do sistema. Tal constatação não é diferente daquela constante na Convenção nº 108, de 28/01/1981, do Conselho Europeu (Art. 13) pela qual já se previa a existência de autoridades internas aos Estados Membros destinadas à implementação do sistema de proteção de dados. De fato, “[...] a aprovação de uma lei geral de proteção de dados pessoais sem a criação desse órgão representaria um sistema inócuo e pouco eficiente.” (DE LUCCA; PEREIRA DE LIMA, 2020, p.

373). Há o enfraquecimento do sistema de proteção da Lei Geral de Proteção de Dados quando a Autoridade Nacional de Proteção de Dados deixa de ser uma agência autônoma, como previsto nas legislações mais modernas do mundo, e passa a ser órgão do Poder Executivo, vinculado diretamente à Presidência da República.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As evoluções tecnológicas têm um papel fundamental nos movimentos históricos, sendo o motor que movimenta o mundo. A revolução da informática, das comunicações, da técnica computacional e de processamento de dados, constitui o fenômeno cultural mais importante do fim do século XX e início do Século XXI, trazendo implicações profundas na sociedade contemporânea, promovendo mudanças sociais, econômicas e políticas profundas, que ainda demandam uma melhor compreensão.

Na crescente complexidade do mundo atual, o Estado, na qualidade de promotor de políticas públicas e titular da violência legítima, demanda informações, ou seja, dados relacionados aos fatos e, principalmente, aos indivíduos, a fim de racionalizar o exercício de sua função. Tais dados são o ativo mais importante do capitalismo informacional, indispensáveis às corporações e ao Estado. São, em suma, poder e, como qualquer forma de poder, faz-se necessário controle a fim de que se evite seu abuso. O Estado Democrático encontra limites à utilização dos “dados” na lei e na constituição, nos direitos fundamentais, assim como na finalidade pública de sua ação. A edição de leis com conteúdos modernos como o CDC, o Marco Civil da Internet, a Lei de Acesso à Informação e a LGPD são avanços importantes para que a legislação brasileira atinja o mesmo nível de proteção existente na legislação europeia, mas ainda falta uma regulamentação dos algoritmos utilizados pelas corporações de internet e pelo Estado para a extração de informação.

Pensamos, nesse sentido, que a avaliação de critérios de legalidade e constitucionalidade da atuação estatal na coleta e tratamento de dados deva ser realizada por entidade necessariamente autônoma, de modo que não haja interferência pelo Estado nos direitos fundamentais à privacidade e ao exercício pleno e livre da democracia.

A Democracia, além de ser o modo de limitação do exercício do poder do Estado pela participação popular, pode ser considerada como modo de resolução pacífica de conflitos, uma vez que exercida por meio da troca de ideias em um espaço público. A democracia é também baseada no conceito de cidadania, que, por sua vez, deveria ser exercida com a participação e voto livre e informado.

Na realidade, a democracia como instituição do Estado é uma experiência relativamente recente na história, ou seja, ainda se mostra frágil diante dos desafios da realidade que se agudizaram com o desenvolvimento das tecnologias de comunicação e informação e ainda deve ser protegida. Os cidadãos não dispõem de todas as informações para realizar uma escolha eleitoral que seja plenamente racional. Mais do que isso, o voto, em geral, está ligado a aspectos emocionais e pode se dar sob fundamento de ideologias e elementos pouco racionais, muitas vezes reativos, tais como raiva, empatia ou rejeição a um ou outro candidato ou partido político. Tal lapso de racionalidade, porém, abre margem para a manipulação emocional, principalmente se o manipulador tiver as informações necessárias para tanto. A ocorrência de tal premissa macula a democracia com um problema estrutural, não somente porque os cidadãos são instados a participar das decisões políticas, sujeitos não somente a informações falsas, parciais ou incompletas sobre os potenciais candidatos ou assuntos, mas também às máquinas de propaganda que se valem de dados pessoais para construção de perfis que recebem publicidade direcionada. A política, nesse sentido, passa a ser tribal. Há uma busca de ligação e identidade entre aqueles que se encontram características comuns entre si em pensamentos e ideologia.

O regime democrático, não obstante, pode ser entendido como regime de liberdade em que um grupo de pessoas é escolhido para discutir e deliberar sobre os assuntos relevantes. Todavia, há o questionamento sobre se a Democracia está em crise ou se foram cumpridas as promessas do liberalismo político. Há que se apontar que, apesar do discurso de democratização da informação, o acesso à informação ainda é extremamente desigual, refletindo o distanciamento econômico-social dentro da própria sociedade. O corte socioeconômico é fundamental para a contextualização de um dos problemas que a desigualdade social e regional agudiza em países com níveis tão elevados de diferença de renda e acesso aos serviços essenciais como o Brasil. Uma das consequências da desigualdade é que o acesso é para os mais privilegiados e, para os menos, além de raro, quando existe é de má qualidade.

Vimos que a o direito à proteção da privacidade de dados pessoais decorre da própria personalidade do indivíduo e também de sua liberdade íntima e no espaço público. A guarda de informações dos indivíduos pelos órgãos estatais sem as devidas salvaguardas institucionais se torna elemento de fragilidade de todo o

sistema de proteção à privacidade no Brasil. Há a necessidade de buscar um desenho institucional adequado para a estabilidade do sistema. Torna-se necessário que seja estabelecido um pacto para o futuro para que se evite que os tecnopopulistas possam utilizar suas máquinas de mentiras.

Há que se destacar, ainda, que os reflexos da desigualdade extrema da sociedade brasileira também resvalam na forma pela qual a tecnologia é utilizada pelas denominadas “forças de segurança”, refletindo estruturas arcaicas de discriminação social e racial. A vigilância estatal é um dos temas mais importantes que passarão a fazer parte das preocupações dos formuladores do Direito e merece uma atenção especial. É imperativo que sejam criadas salvaguardas aos direitos fundamentais, na medida em que a automação da vigilância e o reforço de elementos autônomos de segurança pública como algoritmos de reconhecimento facial abrem a margem para a criação de uma sociedade de controle absoluto. O desejo de parte da sociedade por maior vigilância não pode servir para a adoção de instrumentos técnicos que violem os fundamentos da sociedade democrática

A luta contra a desigualdade certamente também passa por um maior acesso à Internet e por uma postura crítica com relação ao conteúdo recebido, na medida em que a compreensão dos temas discutidos traduz elemento fundamental da inserção do cidadão no debate público, bem como da formação do que se denomina “opinião pública” que, no final das contas, é o fundamento e o alicerce das democracias liberais e expressão do espaço público do debate de ideias. A rigor, mostra-se necessário que seja trazida ao debate público a discussão acerca da regulação sobre a formação, acesso e tratamento dos grandes bancos de dados públicos e privados, vez que são elementos sociais inescapáveis da sociedade em rede. A questão não é apenas que aos atores institucionais (Estado e empresas) é dado o poder de controle dos bancos de dados. O que é feito desse poder é de interesse público direto. Inadiável a discussão sobre o controle e não apenas do Estado, mas também das “*Big Techs*”, pois a estas foi relegado o controle do espaço público que, inexoravelmente, deixa de ser físico passando a ser virtual.

Com maior acesso à rede, por outro lado, o indivíduo pode passar a ser enxergado como somente mais um número, mais uma fonte de dados para as máquinas e coleta de informações das empresas de informática e do Estado, acarretando na relativização de diversos conceitos como liberdade e privacidade, tendo como consequência, perda do valor boa parte das grandes narrativas sobre

conceitos abstratos como “Democracia”, uma vez que deixam de ter um sentido objetivo fundamentado nas teorias iluministas e ganham uma tonalidade individual, baseado nas ideologias e preferências de cada um. É uma “Democracia Líquida”, pedindo-se licença para usar a expressão de Bauman.

No fim das contas, questiona-se a quem realmente importam os conceitos como democracia, freios e contrapesos, liberdade de expressão, quando está em risco o próprio bem-estar ou sobrevivência.

Nesse cadinho, como vimos, tem-se que o Estado que, ao mesmo tempo em que detém o poder da supremacia, atuando no papel de regulador, pode exercer tal poder de maneira imprópria. O problema não são as ferramentas tecnológicas em si consideradas, por serem instrumentos, mas um mercado desregulamentado, considerando os poderes das empresas de tecnologia, que dispõem de toda uma estrutura que atua sem regras e sem competição. Tal comportamento se replica no Estado, como se viu, que ainda dispõe de poderes exorbitantes, abrindo margem para ataques à democracia e liberdade. A construção de um sistema de regulação autônomo e sujeito ao controle político por parte da sociedade seria um caminho possível para o sistema brasileiro.

A noção de competição livre de ideias, característica das democracias saudáveis (se existirem) precisa ser reavaliada, também em razão da extensão do poder tanto das “*Big Techs*” quanto do Estado, sem dúvida o grande ator institucional que concentra em si boa parte dos dados relevantes acerca dos indivíduos. A modernidade trouxe uma discussão maniqueísta entre bem e mal que traduz um reducionismo ao amplo espectro da política. Tal visão tacanha é potencializada pelas redes sociais e, em certa medida, alimentada por governos que se podem dizer iliberais⁶³ e traduzem um empobrecimento na disputa. Uma solução possível passa pelo amadurecimento do debate institucional sobre a proteção de dados do indivíduo e a construção de um sistema regulatório que seja realmente adequado à realidade contemporânea e não apenas reativa.

⁶³ O termo “democracia iliberal” foi criado de forma brilhante pelo jornalista Fareed Zakaria, em 1997, em um importante e influente artigo para a revista *Foreign Affairs*. (ZAKARIA, 1997)

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

AMORIM, Felipe. Ataque hacker ao TSE também acessou dados de 2020 do tribunal. **Uol**, Eleições 2020, Brasília, 19 nov. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/eleicoes/2020/11/19/ataque-hacker-ao-tse-tambem-acessou-dados-de-2020-do-tribunal.htm>. Acesso em: 31 dez. 2020.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ARENDT, Hannah. **O que é política?** 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2018.

ARENDT, Hannah. **O que é política?** Tradução de Reinaldo Guarany. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BBC. 'Fake News' é eleita palavra do ano e vai ganhar menção em dicionário britânico. [S.l.], 2 nov. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/fake-news-e-eleita-palavra-do-ano-e-vai-ganhar-mencao-em-dicionario-britanico.ghtml>. Acesso em: 31 dez. 2020.

BENDICH, Albert M. Privacy, Poverty, and the Constitution. **California Law Review**, Berkeley, v. 54, n. 2, p. 407-442, mai. /1966.

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

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

BRADSHAW, Samantha; NEUDERT, Lisa-maria; HOWARD, Philip N. **Government Responses to Malicious Use of Social Media**. Riga: Nato Stratcom Coe, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 dez. 2020.

BRASIL. Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019. Dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados. **Diário**

Oficial da União, Brasília, DF, 10 out. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10046.htm.

BRASIL. Mensagem nº 451, de 14 de agosto de 2018. **Diário Oficial da União**, 15 out. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-451.htm. Acesso em: 31 ago. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Apresentação do Parecer do Relator, PRL 1 PEC 01719, pelo Dep. Orlando Silva**. Brasília, DF, 2020a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1841176&filename=Tramitacao-PRL+1+PEC01719+%3D%3E+PEC+17/2019. Acesso em: 25 set. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Rodrigo Maia recebe anteprojeto para controle de dados de investigações criminais. **Agência Câmara de Notícias**, Brasília, DF, 5 nov. 2020b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/705293-rodrigo-maia-recebe-anteprojeto-para-controle-de-dados-de-investigacoes-criminais/>. Acesso em: 31 dez. 2020.

CAMBRICOLI, Fabiana. Vazamento de senha do ministério da Saúde expõe dados de 16 milhões de pacientes de covid. **O Estado de S. Paulo**, [S./], 26 nov. 2020. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,vazamento-de-senha-do-ministerio-da-saude-expoe-dados-de-16-milhoes-de-pacientes-de-covid,70003528583>. Acesso em: 31 dez. 2020.

CAMPBELL, Charlie. 'The Entire System Is Designed to Suppress Us.' What the Chinese Surveillance State Means for the Rest of the World. **Time**, [S./], 21 nov. 2019. Disponível em: <https://time.com/5735411/china-surveillance-privacy-issues/>. Acesso em: 31 dez. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet**: Reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2018.

CASTELLS, Manuel. El poder en la era de las redes sociales. **Nexos en linea**, Mexico, set. 2012. Disponível em: <https://www.nexos.com.mx/?p=14970>. Acesso em: 12 abr. 2020.

CASTELLS, Manuel. **O poder da comunicação**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

CEGLOWSKI, Maciej. Privacy is the New Wilderness We Must Protect. **Global Policy Journal**, [S./], 7 aug. 2019. Disponível em:

<https://www.globalpolicyjournal.com/blog/07/08/2019/privacy-new-wilderness-we-must-protect>. Acesso em: 30 dez. 2020.

CISCO. Cisco Annual Internet Report (2018–2023) White Paper. [S./], 2020. Disponível em: <https://www.cisco.com/c/en/us/solutions/collateral/executive-perspectives/annual-Internet-report/white-paper-c11-741490.html>. Acesso em: 30 jul. 2020.

CORMEN, Thomas H; LEISERSON, Charles E.; Rivest, Ronald L.; STEIN Clifford. **Algoritmos: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

CORONA, Sonia; FARIZA, Ignacio. Apple dobra de valor em plena pandemia e supera valor do PIB do Brasil. **El País**, [S./], 19 ago. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/economia/2020-08-20/apple-dobra-de-valor-em-plena-pandemia-e-supera-valor-do-pib-do-brasil.html>. Acesso em: 31 dez. 2020.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. European Convention on Human Rights. Strasbourg, 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 5 out. 2020.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O conceito de interesse público no Estado Constitucional de Direito. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 20, n. 26, p. 223-248, jan. 2013. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/78/71>. Acesso em: 2 ago. 2020.

DALLARI, Dalmo Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 27. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2007.

DIÁRIO DE NOTÍCIAS. O documento que explica como a Cambridge Analytica ajudou a eleger Trump. [S./], 23 mar. 2018. Disponível em: <https://www.dn.pt/mundo/como-a-cambridge-analytica-ajudou-na-eleicao-de-trump-9209379.html>. Acesso em: 31 dez. 2020.

DIAS, Tatiana. Abin e outros 27 órgãos do governo já acessam megabase de dados que o governo Bolsonaro coleciona sobre você. **The Intercept Brasil**, Brasil, 8 dez. 2020. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/12/08/abin-e-outros-27-orgaos-do-governo-ja-acessam-megabase-de-dados-que-o-governo-bolsonaro-coleciona-sobre-voce/>. Acesso em: 29 dez. 2020.

DONEDA, Danilo. A proteção de dados como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, dez. 2011.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DUBY, Georges (org.). **História da vida privada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

EL PAÍS. Facebook foi crucial para limpeza étnica do século XXI em Myanmar. [S./], 13 abr. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/12/internacional/1523553344_423934.html. Acesso em: 14 set. 2020.

ELLUL, Jacques. **A técnica e o desafio do século**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

EMPOLI, Giuliano Da. **Os engenheiros do caos**. São Paulo: Vestígio, 2019.

FERRAZJÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 88, n. 1, p. 439-459, jan. 1993.

FINANTIAL TIMES. Big Tech collaborates to conquer. [S./], 2020. Disponível em: <https://www.ft.com/content/eacb3e89-59fa-4251-bc5c-8137774022c2>. Acesso em: 3 dez. 2020.

FONSECA FILHO, Clézio. **História da computação**: O caminho do pensamento e da tecnologia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

G1. Estados Unidos passam a solicitar redes sociais no processo de pedido de visto. [S./], 1 jun. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/06/01/estados-unidos-passam-a-solicitar-informacoes-de-redes-sociais-no-processo-de-pedido-de-visto.ghtml>. Acesso em: 31 dez. 2020.

GASPARDO, Murilo. **Democracia e policentrismo de poder**. São Paulo: Alameda, 2016.

GOOGLE. Google Flu Trends Estimates. [S./], 19 ago. 2015. Disponível em: https://www.google.com.br/publicdata/explore?ds=z3bsqef7ki44ac_&hl=pt&dl=p. Acesso em: 3 out. 2020.

GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA. Reconhecimento Facial chega ao 199º foragido da Justiça. Salvador, 7 dez. 2020. Disponível em: <http://www.ssp.ba.gov.br/2020/12/8811/Reconhecimento-Facial-chega-ao-199o-foragido-da-Justica.html>. Acesso em: 15 dez. 2020.

GÜNTHER, Klaus. Os cidadãos mundiais entre a liberdade e a segurança. **Novos Estudos**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 83, p. 11-25, mar. 2009.

GUSTIN, Miraci Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Teresa Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

GUTENBERG. The Project Gutenberg EBook of The Anglo-Saxon Chronicle. [S./], 3 aug. 2008. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/cache/epub/657/pg657-images.html>. Acesso em: 31 dez. 2020.

HABERMAS, Jurgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade. São Paulo: Unesp, 2014.

HELBING, Dirk *et al.* Will Democracy Survive Big Data and Artificial Intelligence? **Towards Digital Enlightenment**, Zurich, v. 1, n. 1, p. 73-98, fev. 2017. Disponível em: http://sgpwe.izt.uam.mx/files/users/uami/atm/BOOKS/Libros_AI-DS-Programing/Helbing_et_al_Towards_Digital_Enlightenment2019.pdf#page=82. Acesso em: 2 dez. 2020.

HELD, David. Democracy, the nation-state and the global system. **International Journal of Human Resource Management**, London, v. 20, n. 2, p. 138-172, maio 1991.

HELLER, Hermann. **Teoria del Estado**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2015. *E-book*.

HENRY, John. **A revolução científica e a origem da ciência moderna**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Desafios jurídicos no uso de dados**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

INTERNET SOCIETY. 2019 Impact Report. Suíça, 2020. Disponível em: https://www.Internetsociety.org/wp-content/uploads/2020/03/2019_ImpactReport-EN-1.pdf. Acesso em: 1 out. 2020.

KOSINSKI, Michal; STILLWELL, David; GRAEPEL, Thore. Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior. **PNAS**, Washington, v. 110, n. 15, p. 5802-5805, abr. 2013. Disponível em: <https://www.pnas.org/content/pnas/110/15/5802.full.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2020.

LA CRUZ, Fernanda. As origens e guerras do Anonymous, o grupo hacker mais poderoso do mundo. **Superinteressante**, São Paulo, 1 jun. 2020. Disponível em: <https://super.abril.com.br/tecnologia/as-origens-e-as-guerras-do-anonymous-o-grupo-hacker-mais-poderoso-do-mundo/>. Acesso em: 30 dez. 2020.

LAVADO, Thiago. Aumento do uso de reconhecimento facial pelo poder público no Brasil levanta debate sobre limites da tecnologia. **G1**, [S./], 21 fev. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/02/21/aumento-do-uso->

de-reconhecimento-facial-pelo-poder-publico-no-brasil-levanta-debate-sobre-limites-da-tecnologia.ghml. Acesso em: 11 nov. 2020.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Cintia Rosa Pereira de; LUCCA, Newton de. **Comentários à lei Geral de Proteção de Dados**: Lei n. 13.709/2018, com alteração da Lei n. 13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o Governo**. São Paulo: Lebooks Editora, 2018.

LONG, Clarissa. **Law in the time of COVID-19**. Nova York: Katharina Pistor (org.); Columbia Law School, 2020.

MADRIGAL, Alexis C. What Facebook Did to American Democracy? **The Atlantic**, [S.l.], 12 out. 2017. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2017/10/what-facebook-did/542502/>. Acesso em: 12 maio 2020.

MARCONI, Marina Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big Data**: Como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MCLUHAN, Marshall. **A Galaxia de Guttemberg**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MERGULHÃO, Alfredo. Hacker rouba dados de 223 milhões de brasileiros e vende na dark web. **Época**, [S.l.], 23 jan. 2021. Disponível em: <https://epoca.globo.com/brasil/hacker-rouba-dados-de-223-milhoes-de-brasileiros-vende-na-dark-web-24851406>. Acesso em: 31 jan. 2021.

MERRIAM-WEBSTER. **Definition of Avatar**. [S.l.], 2020. Disponível em: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/avatar>. Acesso em: 25 fev. 2020.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

MOROZOV, Evgeny. **Big tech**: A ascensão dos Dados e a Morte da Política. São Paulo: Ubu, 2018.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12 out. 2020.

NASA ADVANCED SUPERCOMPUTING DIVISION. Application-Controlled Demand Paging for Out-of-Core Visualization. Califórnia, jul. 1997. Disponível em: <https://www.nas.nasa.gov/assets/pdf/techreports/1997/nas-97-010.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2020.

NUNES, Pablo. O algoritmo e o racismo nosso de cada dia. **Piauí**, [S.l.], 2 jan. 2021. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/o-algoritmo-e-racismo-nosso-de-cada-dia/>. Acesso em: 3 jan. 2021.

PIKETTY, Thomas. **O Capital do Século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PODER360. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS: Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/11/DADOS-Anteprojeto-comissao-protecao-dados-seguranca-persecucao-FINAL.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2020.

PONTES, Felipe. STJ é alvo de ataque de hacker e Polícia Federal investiga o sistema. **Agência Brasil**, Brasília, 4 nov. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-11/stj-e-alvo-de-ataque-de-hacker-e-policia-federal-investiga-o-sistema>. Acesso em: 31 dez. 2020.

POOL, Ithiel de Sola. **Technologies of freedom: on free speech in an Electronic Age**. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Lisboa, 25 abr. 1974. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 21 jul. 2020.

PRISQUE, Emmanuel Dubois de. O sistema de crédito social chinês: Como Pequim avalia, recompensa e pune a sua população. **Futuribles**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 7-24, set. 2020. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Arquivos/Futuribles2/Ed03/Futuribles_PT_ED_03_A01_Osistemadecreditochines.pdf. Acesso em: 31 out. 2020.

PUGLIESI, Márcio; BRANDÃO, André Martins. Uma conjectura sobre as tecnologias de Big Data na prática jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 1, n. 67, p. 453-482, dez. 2015.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: A privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. **Elaboratori elettronici e controllo sociale**. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1973.

RODOTÀ, Stefano. Relazione per l'anno 1999: discorso del presidente. **Garante Per La Protezione Dei Dati Personali**, Roma, maio 2000. Disponível em: <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3529165>. Acesso em: 31 jan. 2021.

RODRIGUES, Artur. Agência vendia em site cadastro para envio ilegal de WhatsApp na eleição de 2018. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/03/agencia-vendia-em-site-cadastro-para-envio-ilegal-de-whatsapp-na-eleicao-de-2018.shtml>. Acesso em: 3 nov. 2020.

ROUSSEAU, Jean-jacques. **Do contrato social: ou Princípios do direito político** (edição eletrônica). São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SALDAÑA, Maria Nieves. The Right to Privacy». La genesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: El centenario legado de Warren y Brandeis. **UNED - Revista de Derecho Politico**, Madrid, v. 1, n. 85, p. 195-240, dez. 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. As incessantes fábricas do ódio, do medo e da mentira. **Jornal de Letras**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1262, p. 30-30, fev. 2019. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Boaventura_As%20incessantes%20f%C3%A1bricas%20do%20%C3%B3dio_JL_12Fev2019.pdf. Acesso em: 28 jun. 2020.

SCHMITT, Carl. **O conceito de político**. Lisboa: Edições 70, 2015.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo, SP: Edipro, 2016.

SCHWARTZ, Paul M. Property, Privacy, and Personal Data. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 117, n. 1, p. 2055-2128, jan. 2003.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. São Paulo, SP: Cortez, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA; DA, Filipe Carreira. Habermas e a Esfera Pública: Reconstruindo a história de uma ideia. **Sociologia, Problemas e Práticas**, Lisboa, v. 35, n. 1, p. 117-138, jan. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/spp/n35/n35a05.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

SOLOVE, Daniel J. Conceptualizing Privacy. **California Law Review**, Berkeley, v. 90, n. 1, p. 1087-1156, jul. 2002.

THE GUARDIAN. NSA Files Decoded: What the revelations mean for you. Londres, 2013. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/interactive/2013/nov/01/snowden-nsa-files-surveillance-revelations-decoded#section/1>. Acesso em: 5 jun. 2019.

THE GUARDIAN. Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach. Londres, 17 mar. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>. Acesso em: 1 dez. 2020.

THE NEW YORK TIMES. How Trump Consultants Exploited the Facebook Data of Millions. Londres, 17 mar. 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge-analytica-trump-campaign.html>. Acesso em: 2 ago. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Bruxelas, 2000. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-n%C3%A3o-Inseridos-nas-Delibera%C3%A7%C3%B5es-da-ONU/carta-dos-direitos-fundamentais.html>. Acesso em: 30 dez. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho. Bruxelas, 17 abr. 2016a. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L0680&from=EN>. Acesso em: 25 maio 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho. Bruxelas, 2016b. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-protection-eu_pt. Acesso em: 31 maio 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o funcionamento da União Europeia. Bruxelas, 2016c. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em: 7 out. 2020.

UNITED STATES. Constitution of the United States. 17 set. 1787. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-4/>. Acesso em: 4 ago. 2020.

VEJA. O Complexo Militar Industrial. São Paulo, 11 jun. 1969. Disponível em: https://web.archive.org/web/20120208184249/http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/guerras_eua/capas/materias/quanto_custa_isto.html. Acesso em: 1 nov. 2020.

VÉLIZ; CARISSA. **Privacy is power: Why and How You Should Take Back Control of Your Data**. Edição do Kindle. London: Transworld, 2020.

VIANNA, Marcelo. Um novo "1984"? O projeto RENAPE e as discussões tecnopolíticas no campo da informática brasileira durante os governos militares na década de 70. **I Encontro de Pesquisas Históricas da PUCRS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 1448-1471, out. 2014. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/oficinadohistoriador/article/view/18998/0>. Acesso em: 8 nov. 2020.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. Right to Privacy. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1321160?seq=1#metadata_info_tab_contents. Acesso em: 31 jan. 2021.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. 4. ed. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 2015.

WESTIN, Alan. **Privacy and Freedom**. Nova York: Ig Publishing, 2015.

WHO. Contact tracing in the context of COVID-19. [S.l.], 1 fev. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/contact-tracing-in-the-context-of-covid-19>. Acesso em: 1 jun. 2020.

WIENER, Norbert. **Cibernética e Sociedade**. São Paulo: Cultrix, 1958.

WU, Tim. **The attention merchants**. Londres: Atlantic books, 2017.

ZAKARIA, Fareed. The Rise of Illiberal Democracy. **Foreign Affairs**, [S.l.], v. 76, n. 6, p. 22-43, nov./dec. 1997. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/i20048268>. Acesso em: 31 dez. 2020.

ZUBOFF, Shoshana. **The age of surveillance capitalism**: the fight for a human future at the new frontier of power. Nova York: PublicAffairs, 2019.