V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS

ROSANE LEAL DA SILVA

MARCELO EDUARDO BAUZA REILLY

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito, governança e novas tecnologias [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/ URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Marcelo Eduardo Bauza Reilly, Rosane Leal Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-251-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito. 3. Governança. 4. Novas tecnologias. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS

Apresentação

Vive-se sob o impacto crescente do desenvolvimento tecnológico. Diariamente incontáveis produtos e serviços são projetados e disponibilizados no mercado global de consumo e a cada novo lançamento se renovam as promessas de mais qualidade de vida, redução de distâncias, maior conexão e felicidade.

A indústria desenvolvedora de tecnologia não mede esforços na criação de produtos e aplicativos mais dinâmicos e inteligentes e, amparados em poderosas campanhas de marketing, criam e/ou antecipam desejos de consumo. Novos lançamentos se sucedem num curto espaço de tempo, ditados mais pelo ritmo frenético da obsolescência programada do que por qualquer real necessidade dos usuários. No outro lado da cadeia de produção, consumidores ávidos por novidades não medem esforços para a aquisição de um novo dispositivo eletrônico e, cativados pelo discurso publicitário, apostam nas promessas mercadológicas como verdadeiras fórmulas garantidoras de uma vida plena e feliz.

Não é diferente no segmento das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), cujos produtos, aplicativos e serviços seduzem milhares de usuários em todo o mundo. Em nenhum outro período histórico foi tão fácil e rápido obter informação e o acesso aos bens culturais como livros, músicas e filmes também experimentou relativa democratização.

Ao lado da pluralidade de fontes de consultas, a tecnologia alçou o consumidor, antes reduzido a um papel mais passivo, à condição de produtor de conteúdos, fato que se revela atrativo, especialmente para os internautas mais jovens, denominados nativos digitais. E as anunciadas vantagens não cessam no campo da informação, pois as experiências comunicativas também se renovam sob a promessa de conexão global.

Para permitir a comunicação instantânea e sem fronteiras são criados dispositivos móveis e variados aplicativos que tanto possibilitam contatos reservados entre um número limitado de atores, quanto interações mais amplas e públicas, ocorridas nos inúmeros sites de redes sociais. E o ato de comunicar ganha novos matizes, pois ao lado da palavra falada e escrita novos signos são incorporados, encontrando nas imagens e símbolos aliados para dar vazão à liberdade de expressão e comunicação.

Todas essas facilidades introduzem modos próprios de ser e estar no mundo, típicos da era digital, e incorporam ao vocabulário cotidiano verbos como “publicar”, “curtir” e “compartilhar”. Quando esses verbos se transformam em ações, experiências de vida tornam-se insumos de um mercado que não cessa de se expandir. Grande parte dessa expansão ocorre graças aos dados pessoais dos internautas, captados durante as interações on-line, momento em que os usuários das TIC abrem mão de sua privacidade em nome de experiências compartilhadas nos mais variados ambientes virtuais. Ao lado da disponibilização voluntária de informações também são utilizadas técnicas mais veladas de captura dos dados pessoais, tanto realizadas pelo mercado quanto pelos Estados.

Em grande medida essa foi a tônica das discussões que se realizaram no GT Direito, Governança e Novas Tecnologias, realizado no dia 09 de setembro de 2016, na Universidad de la República Oriental del Uruguay, em Montevidéu, aos auspícios do V Encontro Internacional do CONPEDI.

A seleção dos trabalhos que compõem a presente obra foi realizada após criteriosa avaliação (com dupla revisão cega por pares), o que resultou na qualidade dos dezesseis artigos apresentados nesta obra. Ainda que com enfoques distintos, os artigos guardam em comum a preocupação com os impactos produzidos pelo uso crescente das tecnologias da informação e comunicação, quer isso se revele como um desafio para a regulação da internet, nos efeitos que vai produzir na sua regulação, quer se manifeste nas relações entre os particulares.

Para dar maior coerência aos debates ao longo da apresentação, ocorrida no dia 09 de setembro de 2016, os trabalhos foram divididos em três eixos temáticos, assim distribuídos:

1) Temas mais gerais, que situam o leitor sobre os desafios impostos à sociedade e Estado em decorrência do uso das tecnologias da informação e comunicação, tanto pelo aspecto da governança, quanto em razão dos processos de regulação, o que pode ser encontrado nos artigos: A governança do endereçamento da rede: breve análise comparativa; A regulamentação da internet à luz da violação à liberdade de uso; Apartheid tecnológico ou tragédia dos comuns: a América Latina na sociedade da informação; Crimes de informática e cruzamento de informação a partir de dispositivos móveis; Os contratos eletrônicos e os deveres anexos: aspectos da boa-fé objetiva e as novas tecnologias.

2) Os potenciais das tecnologias da informação e comunicação como instrumento para atuação política, tema que foi objeto de atenção nos trabalhos: A influência das novas tecnologias no processo democrático; As novas tecnologias da informação e o e-gov como instrumento de participação social; Em tempos de comunicação digital a transparência e o

acesso à informação como condições indispensáveis para o exercício da cidadania democrática.

3) O terceiro eixo é composto por trabalhos que versam sobre novas formas de violação da privacidade e de dados pessoais, discutindo-se as estratégias para a sua proteção na sociedade em rede, temática que perpassa os trabalhos: A proteção de dados no e-processo: entre a publicidade do processo e a privacidade na era internet; A tutela da privacidade e a proteção à identidade pessoal no espaço virtual; A sociedade da informação como ambiente de transmissão de dados; Breves considerações sobre desafios à privacidade diante do big data na sociedade da informação; Os comunicadores instantâneos e o direito fundamental à privacidade nos ambientes corporativos; Privacidade e proteção de dados pessoais na era pós-Snowden: o Marco Civil da Internet mostra-se adequado e suficiente para proteger os internautas brasileiros em face da cibervigilância? Sociedade virtual do risco vs. Filosofia libertária criptoanarquista: livre manifestação do pensamento, anonimato e privacidade ou regulação, segurança e monitoramento da rede; Anotações sobre o marco civil da internet e o direito ao esquecimento.

Com nossos votos de boa leitura!

Profa. Dra. Rosane Leal da Silva - UFSM/Brasil

Prof. Dr. Marcelo Eduardo Bauzá Reilly - UDELAR/Uruguay

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE DESAFIOS À PRIVACIDADE DIANTE DO BIG DATA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

BRIEF OBSERVATIONS ON CHALLENGES TO PRIVACY REGARDING BIG DATA IN THE INFORMATION SOCIETY

Rodrigo Dias De Pinho Gomes [1]

Resumo

10 bilhões de dispositivos eletrônicos online, 3.2 bilhões de pessoas conectados à internet: vivemos na era do big data. Considerando que os benefícios do big data ocorrem através da utilização de grande quantidade de informações, muitas vezes distante da finalidade inicial de coleta. A privacidade e a tutela dos dados pessoais são desafiados, especialmente diante dos regramentos jurídicos que os garantem tutela. O estudo exemplifica benefícios e riscos do big data, narra evolução histórica da privacidade e busca gerar reflexão sobre o rigor da sua tutela no ordenamento jurídico brasileiro, diante deste cenário disruptivo.

Palavras-chave: Sociedade informacional, Privacidade, Big data

Abstract/Resumen/Résumé

10 billion online electronic devices, 3.2 billion people connected to the internet: we live in the big data era. Whereas the benefits of big data occur through the use of large amounts of information, often far from the original purpose of collection, privacy and protection of personal data are challenged especially on the legal framework that guarantee protection. The study illustrates the benefits and risks of big data, narrates historical evolution of privacy and seeks to generate reflection on the accuracy of its protection in the Brazilian legal system, regarding this disruptive scenario .

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Informational society, Privacy, Big data

[1] Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Civil Privado Patrimonial pela PUC-Rio. Advogado.

1. Introdução.

A expressão *big data* surgiu no início do século XX[1], sendo inicialmente utilizada por astrônomos e geneticistas, em momento onde a memória dos computadores não se mostrava capaz de armazenar toda a quantidade de informação disponível, os obrigando a pensar em novas formas e instrumentos para analisar estes grandes bancos de dados.

Não há, no entanto, uma definição consensual e uníssona do termo *big data.* Hodiernamente, autores e entidades que se debruçam sobre o tema têm lançado algumas definições que parecem sintetizar o universo no qual se insere o *big data*, valendo destacar duas das quais compactuamos.

Em 2011, lançando um programa com orçamento de 25 milhões de dólares para custear projetos de pesquisas sobre o tema, a Fundação Nacional de Ciência[2] dos Estados Unidos da América assim o definiu:

> *"The phrase "big data" in this solicitation refers to large, diverse, complex, longitudinal, and/or distributed data sets generated from instruments, sensors, Internet transactions, email, video, click streams, and/or all other digital sources available today and in the future."* [3]

Professor da Universidade Oxford, onde leciona sobre regulação da internet, Viktor Mayer-Schonberger defende que:

> *"big data refers to things one can do at a large scale that cannot be done at a smaller one, to extract new insights or create new forms of value, in ways that change markets, organizations, the relationship between citizens and governments, and more."*[4]

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema ou oferecer uma definição jurídica, parece possível entender que *big data* se refere à prática de analisar de grande quantidade de dados. Não resta dúvidas que esta atividade é de grande relevância para o direito, especialmente para o ramo do direito civil.

---

[1] MAYER-SCHONBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think. New York : Houghton Mifflin Harcourt, 2013. p. 6.

[2] Disponível em http://www.nsf.gov/about/ . Acesso em 20/01/2016.

[3] Tradução livre: "*A frase big data nesta solicitação refere-se ao conjunto de dados grande, diverso, complexo, longitudinal e / ou distribuídos, gerados a partir de instrumentos, sensores, transações pela Internet, e-mail, vídeo, cliques, e / ou todas as outras fontes digitais disponíveis hoje e no futuro."* Core Techniques and Technologies for Advancing Big Data Science & Engineering (BIGDATA) PROGRAM SOLICITATION NSF 12-499. Disponível em *http://www.nsf.gov/pubs/2012/nsf12499/nsf12499.htm . Acesso em 20/01/2015.*

[4] Tradução livre: *big data refere-se a coisas que se pode fazer em grande escala que não pode ser feito em escala menor, de forma a extrair novas idéias ou criar novas formas de valor, de maneira que acabam mudando mercados, organizações, a relação entre os cidadãos e os governos, dentre outros.* MAYER-SCHONBERGER, Viktor. *op. cit.* p. 6

Diante do grande crescimento do número de pessoas e dispositivos conectados à rede mundial de computadores, bem como do exponencial barateamento dos custos de armazenamento de dados, a quantidade de informação gerada e armazenada é estarrecedora[5], gerando interesse de governos e empresas na utilização destas informações disponíveis para os mais variados fins.

Segundo pesquisa realizada pela União Internacional de Telecomunicações - agência especializada do tema nas Nações Unidas, atualmente existem 3.2 bilhões de pessoas utilizando a Internet em todo o planeta[6], demonstrando que quase metade da população mundial[7] dispões de conexão à rede mundial de computadores.

Significativa parcela dos dados disponíveis na rede são voluntariamente compartilhados pelos próprios usuários: 500 milhões de fotos são enviadas e compartilhadas na rede todos os dias, juntamente com 200 horas de vídeo a cada minuto[8], e mais de 14 milhões de avaliações escritas são submetidas pelos usuários ao aplicativo Airbnb em um período de 12 meses[9]. Estamos vivendo uma verdadeira era[10] do *big data*.

Além de pessoas criando conteúdo refletido em dados disponíveis na internet, vivemos o início da era da Internet das Coisas, ou *Internet of Things*[11], o que significa dizer que sensores de todos as formas se encontram espalhados em nosso ambiente, captando grande quantidade de dados como imagens, temperatura, localização, dentre outros.

Este cenário não retrata um filme de ficção científica, muito pelo contrário, pois já se reflete em uma realidade empresarial, residências automatizadas e locais públicos, propiciado

---

[5] Disponível em http://www.kpcb.com/internet-trends. Acesso em 20/01/2016.

[6] *ICT Facts & Figures 2015 - The world in 2015 - International Telecommunication Union* - Disponível em http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/ICTFactsFigures2015.pdf . Acesso em 28/08/2015.

[7] Dispoível em http://esa.un.org/unpd/wpp/Publications/Files/World_Population_2015_Wallchart.pdf. Acesso em 20/01/2016.

[8] Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values," Executive Office of the President, May 2014. Disponível em https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/big_data_privacy_report_may_1_2014.pdf . Acesso em 20/01.2016. Apenas na rede social facebook, os seus mais de 1 bilhão de usuários enviam por volta de 350 milhões de fotos por dia. Disponível em http://blog.wishpond.com/post/115675435109/40-up-to-date-facebook-facts-and-stats. Acesso em 22/01/2016.

[9] Disponível em http://www.kpcb.com/internet-trends. Acesso em 20/01/2016.

[10] *We live in an age of "big data." Data has become the raw material of production, a new source of immense economic and social value.* TENE, Omer. POLONETSKY, Jules. *Privacy in The Age of Big Data: A Time for Big Decisions.* (September 2, 2012). Stanford Law Review, Vol. 64, No. 63, 2012. Disponível em: http://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox/big-data. Acesso em 20/02/2016.

[11] O termo "*Internet of Things"* foi criado em 1999 por Kevin Ashton, gerente de marcas, à época, da multinacional Procter & Gamble. Ashton inventou a expressão quando preparava uma apresentação à sua equipe, cujo objetivo era tornar mais eficiente a distribuição dos produtos no mercado. Disponível em http://www.rfidjournal.com/articles/view?4986 . Acesso em 25/06/2015.

sobretudo pelo barateamento dos sensores e demais *hardwares*, das conexões em alta velocidade e do armazenamento e circulação de dados na nuvem[12].

Percebe-se ainda que a difusão em larga de escala de dispositivos conectados pela internet, captando, analisando e armazenando grande quantidade de dados, estabelecendo conexões entre si e realizando tarefas de maneira autônoma, deu início a uma verdadeira revolução digital[13] e comportamental, e ainda abrindo novas oportunidades de negócios[14] e sobretudo desafiando o Direito.

Para ser ter uma singela noção da onipresença destes produtos componentes do universo da Internet das Coisas, em 2012 foram baixados 44 milhões de aplicativos para monitoramento de dados vitais e médicos, com previsão de aumento para 142 milhões em 2016[15]. Quase 30 milhões de pulseiras inteligentes – como exemplo FitBit / Nike+ Fuel Band – foram vendidas em 2012[16].

Diante desta nova realidade digital, que caminha a passos largos[17] e se revela como verdadeiro caminho sem volta[18], questionamentos diversos[19] são lançados pela utilização das novas tecnologias, especialmente diante dos enormes bancos de dados captados, armazenados e analisados por governos, pessoas físicas e jurídicas.

---

[12] "*Yet that impressive growth is about to be overshadowed as the things around us start going online as well, part of what is called 'the Internet of Things.' Thanks to advances in circuits and software, it is now possible to make a Web server that fits on (or in) a fingertip for $1."* Neil Gershenfeld & J. P. Vasseur, As Objects Go Online: The Promise (and Pitfalls) of the Internet of Things, FOREIGN AFFAIRS, Mar.–Apr. 2014. Disponível em http://www.foreignaffairs.com/articles/140745/neil-gershenfeld-and-jp-vasseur/asobjects-go-online Acesso em 26/05/2015.

[13] *Together, these consumer products fundamentally change our knowledge of self, other, and environment."* PEPPET, Scott R. *Op. cit*.

[14] *"The latest Machina Research report predicts the M2M market will grow from $200bn in 2011 to $1.2 trillion in 2022."* Disponível em http://www.zdnet.com/article/m2m-and-the-internet-of-things-a-guide/ Acesso em 25/06/2015.

[15] Disponível em http://www.marketwired.com/press-release/mobile-healthcare-medical-app-downloads-reach-44-million-next-year-rising-142-million-1591994.htm Acesso em 06/08/2015.

[16] Disponível em https://www.abiresearch.com/press/sports-and-wellness-drive-mhealth-device-shipments/ Acesso em 06/08/2015.

[17] *"ABI Research's latest data on the Internet of Everything (IoE) shows that there are more than 10 billion wirelessly connected devices in the market today; with over 30 billion devices expected by 2020."* Disponível em https://www.abiresearch.com/press/more-than-30-billion-devices-will-wirelessly-conne/ . Acesso em 04/08/2015.

[18] *"We'd better start thinking long and hard about what it means for human beings to lose the ability – practically speaking – to go offline."* Disponível em http://www.theguardian.com/technology/2015/aug/10/internet-of-things-predictable-people . Acesso em 14/08/2015.

[19] "*As with other new and highly disruptive digital technologies, however, IoT and wearable technology will challenge existing social economic, and legal norms."* THIERER, Adam. *The Internet of Things and Wearable Technology: Addressing Privacy and Security Concerns without Derailing Innovation.* Disponível em *http://jolt.richmond.edu/v21i2/article6.pdf*. Acesso em 04/08/2015.

Vale frisar que muitos dos benefícios provenientes do *big data* ocorrem através da análise e utilização secundária[20] do banco de dados, ou seja, distante da finalidade inicial para qual os dados foram coletados. Conforme se verá, novos modelos de negócios, especialmente na internet, culminam no desafio de uma miríade de institutos jurídicos, dentre eles, por exemplo, o consentimento, a privacidade os dados pessoais, bem como a responsabilidade civil.

Para melhor compreensão destes desafios, especialmente no campo da privacidade, é necessário compreender a evolução histórica do instituto até o seu atual significado, bem como elencar a forma de tutela no Brasil, mencionando ainda exemplos alienígenas.

2. Anotações sobre a evolução histórica do conceito de privacidade.

Os primeiros contornos da concepção de privacidade são oriundos da queda do sistema feudal, aliadas às transformações sociais, econômicas e políticas vindas da Revolução Industrial, que teve início no século XVIII. Aqueles que dispunham de bens materiais para construir suas próprias casas, isolando-se dos demais, mesmo nos centros urbanos, passaram também a desfrutar de certa privacidade, privilégio até antes restrito aos que viviam longe da comunidade, como, por exemplo, os senhores feudais e membros da igreja.

O nascimento da privacidade, portanto, não se apresenta como a realização de um valor existencial, ligado aos direitos da personalidade, de caráter fundamental, mas como a aquisição de um privilégio por parte de um grupo com maior poder aquisitivo[21].

O século XIX foi considerado a época de ouro da privacidade[22], diante dos interesses em sua proteção manifestados pela ascendente classe burguesa. Identifica-se, assim, uma das razões pelas quais o conceito clássico da privacidade apresentava caráter eminentemente individualista, entendido como *right to be let alone,* ou seja, o direito de ser deixado só - nas palavras de Danilo Doneda, *tomado como garante de isolamento e da solidão*[23].

Em 1890, nos Estados Unidos, matéria jornalística divulgou fotos de uma festa de casamento da filha de Samuel D. Warren, advogado, sem o consentimento dos envolvidos na

[20] "*With big data, the value of information no longer resides solely in tis primary purpose. As we've argued, it is now in secondary uses."* MAYER-SCHONBERGER, Viktor. *op. cit.* p. 153.
[21] RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância - a privacidade hoje.* Rio de Janeiro : Renovar, 2008. p. 26.
[22] RODOTÀ, Stefano. *Op cit*. p. 93.
[23] DONEDA, Danilo. *Op cit*. p. 2

reportagem. Warren, em conjunto com Luis D. Brandeis, publicou, no mesmo ano, o artigo[24] *"The right to privacy"*, propondo uma reflexão sobre o tema e sugerindo a tutela da privacidade no direito americano.

O sistema jurídico americano, à época, garantia a tutela de direitos autorais, entendido como bem jurídico passível de controle por seu titular, primordialmente quando houvesse interesse financeiro envolvido. Utilizando-se dessa premissa - controle dos direitos autorais pelo titular - Warren e Brandeis propuseram que, por analogia, o controle das informações pessoais ligadas à esfera íntima deveriam ser vistos como aspectos do direito à privacidade, por sua vez merecedor de tutela[25] pelo ordenamento.

Como verdadeiros pais fundadores da privacidade no terreno jurídico[26], Warren e Brandeis inauguraram um amplo debate, que persiste até hoje, acerca da tutela efetiva do direito à privacidade. Neste momento embrionário, a sua proteção, portanto, não passava de impor aos outros um verdadeiro dever geral de abstenção, de não fazer, no afã de impedir a invasão de um espaço reservado exclusivamente ao titular do direito, na esteira da tutela da propriedade privada[27].

3. Sociedade da informação, privacidade e sua definição funcional.

Na década de 1960, observa-se grande avanço nas tecnologias de informação e comunicação e um fluxo cada vez maior de informações pessoais dos cidadãos sendo coletadas por grandes corporações e governos. Estes começaram a armazenar, analisar e processar um volume cada vez maior de dados pessoais para satisfazer seus interesses, sejam comerciais, sejam ideológicos, muitas vezes em prejuízo à dignidade daqueles que têm suas informações expostas[28].

Diante das novas tecnologias, da chamada sociedade de informação, percebe-se que a privacidade deixou de se restringir unicamente à garantia do anonimato, do sigilo, do direito de ser deixado só, passando assim a ser vista, em sua definição funcional[29], de forma mais ampla e abrangente, como o direito conferido à pessoa de controle das informações pessoais

[24] WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: http://civilistica.com/the-right-to-privacy. Acesso em 20/04/2015.
[25] WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *Op cit*.
[26] RODOTÀ, Stefano. *Op cit*. p. 28.
[27] SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo : Atlas, 2011. p. 129.
[28] SCHREIBER, Anderson. *Op cit*. p. 129.
[29] RODOTÀ, Stefano. *Op cit*. p. 92.

que lhe dizem respeito, ou nas palavras de Rodotà, "o direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular"[30].

Identifica-se, neste turno, um clamor social para que o Estado garanta mecanismos efetivos mínimos de proteção da privacidade, através de sua função promocional, com o fito de permitir o exercício da autonomia individual, da liberdade, ou seja, da busca pelo livre desenvolvimento da personalidade humana[31].

A esfera privada, com efeito, passa a ser definida como o conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais, sobre os quais o interessado pretende manter um controle exclusivo[32], sendo razoável concluir que não se liga, necessariamente, ao secreto, mas substancialmente ao pessoal.

Nesta seara, o direito à privacidade não se coloca mais como um mero privilégio, restrito a determinada casta social com poder para garanti-la, mas radiando-se para toda a coletividade, e entendida, inclusive, como direito fundamental[33].

Cumpre salientar que, diante da ausência de definição legal do conceito de privacidade, parece mais acertado entendê-la de forma ampla[34], seja nos aspectos atinentes à intimidade e ao sigilo, seja naquilo que concerne ao controle efetivo, pelo titular do direito, das informações pessoais que o identificam, que lhe caracterizam como indivíduo e lhe dizem respeito.

Deve-se destacar que a privacidade, como direito da personalidade, é irrenunciável, porém seu exercício pode sofrer limitação voluntária pelo titular se assim o desejar, com vistas a satisfazer e permitir o protagonismo do indivíduo em sua livre formação e identificação pessoal e social, valendo destacar o Enunciado 4 da I Jornada de Direito Civil: *"Art.11: o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral".*

---

[30] RODOTÀ, Stefano. *Op cit*. p. 15.

[31] BAIÃO, Kelly Sampaio; GONÇALVES, Kalline Carvalho. A garantia da privacidade na sociedade tecnológica: um imperativo à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: http://civilistica.com/agarantia-da-privacidade-na-sociedade-tecnologica-um-imperativo-a-concretizacao-do-principio-dadignidade-da-pessoa-humana . Acesso em 23/04/2015.

[32] RODOTÀ, Stefano. *Op cit*. p. 92.

[33] Constituição Federal de 1988: Art. 5º. X. CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA (2010/C 83/02) Artigo 7.

[34] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 205.

4. A tutela da privacidade: exemplos da experiência Europeia[35]

O clamor social pela proteção da privacidade, inicialmente concebida como o direito de ser deixado só, até sua nova visão, entendida como direito à autodeterminação informativa, trouxe consigo, ao longo do século XIX, inúmeras leis[36] e constituições nacionais, sobretudo no continente europeu.

Proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, após a Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos tinha como objetivo unir os Estados Europeus no respeito à Lei, democracia, direitos humanos e desenvolvimento social[37], instituindo em seu artigo 12, a seguinte previsão:

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

No mesmo turno, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem[38], realizada em Roma no ano de 1950, também garantia o respeito pela vida privada e familiar.

Já na década de 1960, as chamadas leis de primeira geração tutelavam a privacidade em resposta direta às violações dos espaços de intimidade que o avanço da tecnologia impunha. Estas leis foram concebidas através de uma lógica de troca, garantindo de maneira individual e isolada o acesso aos bancos de dados contendo informações pessoais, geralmente mantidos pelo Poder Público, em razão do fornecimento destes dados pelos indivíduos[39].

Na esteira da tutela da privacidade, a Alemanha é considerada a pioneira[40] em legislação específica sobre proteção de dados pessoais, tendo editado norma sobre o assunto em 1970, conhecida como *The Hesse Data Protection Act*. Nesta época, o Governo Federal Alemão iniciava a aquisição de grandes computadores com larga capacidade de

---

[35] Não se pretende esgotar a análise da tutela jurídica da privacidade em todos os ordenamentos jurídicos. Na verdade, o estudo se concentrou em exemplos conhecidos na Europa continental que tutelam a proteção de dados pessoais.

[36] *"Mas não é apenas o cenário tecnológico que se transforma: também muda profundamente o ambiente jurídico-institucional."* RODOTÀ, Stefano. *Op cit*. p. 44.

[37] Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_ENG.pdf p. 14. Acesso em 08/10/2015.

[38] Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf . Acesso em 08/10/2015.

[39] RODOTÀ, Stefano. *Op cit*. p. 49. Ainda neste sentido: CERVASIO, Daniel Bucar. *Privacidade e banco de dados da administração pública.* Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

[40] Disponível em: http://participacao.mj.gov.br/marcocivil/wp-content/uploads/sites/2/2015/04/23-Alemanha.pdf Acesso em 21/04/2015.

armazenamento e processamento de dados pessoais, o que gerou grande preocupação da população alemã, sobretudo em razão de seu passado sombrio.

Esta lei, portanto, demonstrava um caráter vertical, tutelando a relação entre cidadãos e Estado, e deixava claro, pela primeira vez, que a pessoa que tivesse seus dados coletados teria assegurado o direito de ter acesso a eles, além de direito de corrigir informações imprecisas e impedir ou interromper eventual coleta ou tratamento ilícito de seus dados.

Além disso, ela criou uma autoridade externa e independente para receber e direcionar as reclamações a ela dirigidas, em caso de coleta, violação ou tratamento ilícito de dados pessoais.

Na França, a primeira Lei de proteção de dados pessoais foi promulgada em 1978, criando a autoridade garante denominada CNIL - Comissão Nacional de Processamento de Dados e Liberdades. Luxemburgo seguiu caminho similar em 1979, Holanda em 1988, Portugal em 1991, Bélgica e Espanha em 1992. Em 1997, Itália e Grécia aprovaram leis específicas neste mesmo sentido[41].

A Constituição de Portugal, promulgada em 1979 e alterada em 2005, em seu artigo 35, estabelece regras para controle dos dados pessoais informatizados, fixando como um dos nortes o respeito à privacidade dos indivíduos. Em 19 de Junho de 1992, a Suíça editou Lei denominada *Federal Act on Data Protection*, onde em seu artigo 12 cujo título é *breaches of privacy*, criando regras para proteção da privacidade dos dados pessoais.

Em 1981, o Conselho da Europa[42] aprovou a Convenção 108, que trata da proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de caráter pessoal, sendo ratificada por todos os Estados Membros da União Europeia. Esta convenção constitui documento legal vinculante na União Europeia no campo da proteção de dados pessoais, aplicando em qualquer situação de captação, armazenamento e tratamento de dados pessoais ocorridos dentro do território comunitário, seja com entes públicos ou privados.

A Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu de 24/10/1995, estabelece que os sistemas de tratamento de dados devem respeitar as liberdades e os direitos fundamentais do homem, especialmente a vida privada. Em seu artigo 23 institui e reconhece que qualquer pessoa que tiver sofrido prejuízo em razão de tratamento ilícito de dados tem o direito de obter do responsável a reparação pelo dano sofrido.

Em julho de 2002, o Parlamento Europeu editou a Diretiva 2002/58/CE, que versa exclusivamente de tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade das

[41] DONEDA, Danilo - *Op cit*. p. 17
[42] Disponível em http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm . Acesso em 01/02/2016.

comunicações eletrônicas, protegendo, neste âmbito, a privacidade em seu artigo 13, na medida em que determina a necessidade de consentimento expresso do indivíduo para que este possa receber qualquer "chamada automatizada sem intervenção humana"[43].

Esta diretiva tem como objetivo garantir que haja harmonização da tutela dos dados pessoais em toda comunidade Europeia, bem como impedir que os Estados promulguem leis que fragilizem as garantias mínimas previstas na regulamentação[44]. Veio também para dar força aos princípios estabelecidos pela Convenção 108 e fortalecer a sua aplicação, se aplicando a todos os 28 Estados Europeus, além de Islândia, Liechtenstein e Noruega, conforme Acordo sobre o Espaço Económico Europeu[45] de 1994.

Vale mencionar ainda a Diretiva 2002/58/CE, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações electrónicas, Diretiva 2006/24/CE, que versa sobre conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrônicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, e que altera a Diretiva 2002/58/CE.

Na Itália, leis específicas sobre proteção de dados pessoais só foram criadas após a Diretiva 95/46/CE, sendo então denominada "*Data Protection Act* (no. 675/1996)". Em 2003, a Itália sistematizou as leis de proteção de dados pessoais, promulgando o "*Data Protection Code*"[46], através de decreto do legislativo 196/2003, consolidando e reunindo a tutela dos dados pessoais em um único documento. O Código Italiano se coloca aplicável a qualquer evento de coleta, processamento e armazenamento de dados pessoais dentro do território Italiano, bem como às organizações externas que se utilizam de equipamentos localizados na Itália.

Além disso, caso uma pessoa física ou jurídica, localizada fora da Comunidade Europeia estiver processando dados dentro do território italiano, deverá necessariamente nomear um representante legal na Itália, de forma a garantir aplicação das lei.

4.1 A previsão legal de tutela da privacidade no Brasil.

43 Trata-se do mecanismo de *opt-in*. Para maiores detalhes - MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet.* São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008. p. 212-214.

44 Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_ENG.pdf p.18. Acesso em 08/10/2015.

45 Disponível em http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:21994A0103(01)&from=EN . Acesso em 08/10/2015.

46 Disponível em http://www.garanteprivacy.it/home_en/italian-legislation#1 . Acesso em 01/12/2015.

A Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, reconhece como inviolável a intimidade e a vida privada, mencionando ainda o direito à indenização pelos danos decorrentes de sua violação. Há ainda previsão genérica de inviolabilidade de dados e o instrumento do Habeas Data.

Em 1990 foi promulgado o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, porém regulando a privacidade[47] e controle de dados pessoais do interessado de maneira bastante tímida, embora pioneira[48] em nosso ordenamento, pois, dentre outros, conferiu ao consumidor direito de acesso livre aos seus dados pessoais.

No Código Civil de 2002, foi dedicado tão somente um único artigo – Artigo 21 - ao tema da privacidade, sem qualquer inovação, praticamente repetindo o que já havia se afirmado pelo constituinte de 1988 e ainda incidindo em verdadeira indiferença ao novel significado da privacidade nos tempos modernos[49].

Em 23 de abril de 2014, a Lei 12.965, conhecida como Marco Civil da Internet, inaugurou como princípio da disciplina do uso da internet no Brasil a proteção da privacidade e dos dados pessoais, instituindo ainda, em vários artigos – artigos 7, I, II e II, 10 e 11 - direito e garantia dos usuários à inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Na esteira do Marco Civil da Internet, o Ministério da Justiça lançou um Anteprojeto de Lei para a proteção de dados pessoais, cujo texto proposto ficou aberto à população para críticas e contribuições pela internet[50], prevê igualmente a proteção da privacidade de maneira clara no artigo 17: *"Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais, garantidos os direitos fundamentais de liberdade, intimidade e privacidade, nos termos desta Lei."*[51]

Na análise do ordenamento jurídico brasileiro, portanto, conclui-se que a privacidade das pessoas naturais encontra tutela, ao menos no direito positivo, havendo possibilidade inequívoca de se buscar a responsabilidade civil daquele que tiver a sua privacidade violada, especialmente na coleta, tratamento e armazenagem de dados pessoais, exigindo que seja

---

[47] "*Dessa forma, não é possível, no Direito brasileiro, que informações pessoais sejam coletadas sem o consentimento do consumidor. Todavia, essa prática tem sido descumprida reiteradamente, em ostensiva violação ao comando do CDC."* LEMOS, Ronaldo. Doneda, Danilo. Souza, Carlos Affonso Pereira de. Rossini, Carolina Almeida A. *Estudo sobre a regulamentação jurídica do spam no Brasil.* Trabalho comissionado pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil ao Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS), da Escola de Direito do Rio de Janeiro / Fundação Getúlio Vargas. p. 15. Disponível em http://www.cgi.br/media/comissoes/ct-spam-EstudoSpamCGIFGVversaofinal.pdf . Acesso em 18/07/2015.

[48] DONEDA, Danilo. *Op cit*. p. 18

[49] SCHREIBER, Anderson. *Op cit*. p. 128.

[50] Disponível em http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/texto-em-debate/anteprojeto-de-lei-para-a-protecao-de-dados-pessoais/ . Acesso em 15/08/2015.

[51] Versão final do APL disponível em http://www.justica.gov.br/noticias/mj-apresenta-nova-versao-do-anteprojeto-de-lei-de-protecao-de-dados-pessoais/apl.pdf . Acesso em 20/02/2016.

impedida a circulação não autorizada de informações, dados pessoais, ou seja, todos os atributos da personalidade.

Este novo panorama leva à afirmação de que o titular do direito à privacidade pode, atualmente, exigir não só que seja impedida ou interrompida a coleta, circulação e armazenagem de suas informações pessoais, mas sobretudo que a circulação esteja sempre sobre seu controle e supervisão[52].

5. Alguns desafios à privacidade diante do *big data*.

A pulseira inteligente comercializada pela fabricante de tênis Nike, chamada de *Nike+ FuelBand*, em sua política de privacidade[53], escreve que o *software* que a controla poderá captar e armazenar os hábitos do usuário, tais como localização, distâncias percorridas, calorias queimadas, dentre outras, não deixando claro qual será a utilização destas informações[54] pela empresa.

Um bafômetro eletrônico que se conecta ao celular, chamado de *Breathometer* [55], sucesso de vendas com produção à época de 15.000 unidades por semana após o lançamento [56], não menciona qualquer ponto acerca de sua política de privacidade, especialmente de que forma irá captar, armazenar e tratar a grande quantidade de dados recebidas. O interessado em ter ciência de seus termos deverá percorrer um tortuoso caminho pelo *website* da empresa para descobrir que todos os resultados dos testes de nível alcoólico serão armazenados indefinidamente nos servidores do fabricante, não poderão ser excluídos pelo usuário, poderão ser disponibilizados em caso de ordem judicial e poderão ainda ser utilizados para aprimorar a estratégia de marketing do fabricante.

Uma parceria entre a IBM e o sistema de saúde do Canadá, compilou milhões de dados de aparelho que monitoram os sinais vitais de bebês em unidades de terapia intensiva neonatal. Analisando os dados obtidos, foi possível identificar diversos fatores que contribuíam para infecções, muitas vezes fatais, como aumentos de temperatura e frequência cardíaca. Com isso, o sistema emite um sinal de alerta, avisando aos médicos que uma

[52] RODOTÀ, Stefano. *Op. cit*. p. 93. O Marco Civil da Internet contempla esta premissa de maneira expressa no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se observa dos artigos 7, inciso IX e X.
[53] Disponível em https://secure-nikeplus.nike.com/plus/support#answers/detail/a_id/21061/kw/privacy%20policy Acesso em 07/08/2015.
[54] "Disponível em http://bits.blogs.nytimes.com/2012/09/07/big-data-in-your-blood/?_php=true&_type=blogs&_r=0 Acesso em 25/06/2015.
[55] PEPPET, Scott R. *Op. cit.* p. 90.
[56] Disponível em http://mobihealthnews.com/33325/breathometer-tops-1m-in-sales-for-smartphone-breathalyzer/ Acesso em 07/08/2015.

infecção teria potencial de ocorrer naquele paciente, algo que os médicos jamais poderiam observar a olho nu e sem o auxílio da tecnologia[57].

Da análise destes singelos exemplos, notadamente diante da grande quantidade de informações pessoais captadas, armazenadas e tratadas na era do *big data*, não resta dúvida no sentido de esta prática traz benefícios sociais, porém, no mesmo turno, desafia a sociedade e o ordenamento jurídico, rompendo com muitas normas comportamentais e regras estabelecidas no tecido normativo.

Neste contexto, o escritório executivo do Presidente dos Estados Unidos da América produziu um profundo relatório onde constata este desafio, conforme se vê do trecho em destaque:

> *"Big data technologies, together with the sensors that ride on the 'Internet of Things', pierce many spaces that were previously private. Signals from home WiFi networks reveal how many people are in a room and where they are seated. Power consumption data collected from demand-response systems show when you move about your facial recognition technologies can identify you in pictures online and as soon as you step outside. Always-on wearable technologies with voice and video interfaces and the arrival of whole classes of networked devices will only expand information collection still further. This sea of ubiquitous sensors, each of which has legitimate uses, make the notion of limiting information collection challenging, if not impossible."*[58]

A quantidade incrível de dados pessoais captados, armazenados e disponíveis para consulta e venda a terceiros interessados, atualmente, levante uma justificável preocupação da sociedade[59], das empresas[60] e sobretudo dos juristas[61], valendo transcrever a afirmação de Gustavo Tepedino:

> *"Com o avanço e o barateamento da tecnologia de informação, sofisticam-se os acessos e controles, o cruzamento e a circulação de dados, sendo urgente estabelecer mecanismos de tutela dos direitos fundamentais, especialmente no que tange aos dados sensíveis (...)"*[62]

Além desta exposição constante dos dados, por mais inofensivo que seu conteúdo possa parecer, quando comparados, catalogados e classificados possuem potencial danoso devastador. Estes podem ser utilizados para perseguição ou discriminação, além de

---

[57] Disponível em http://www.ibm.com/smarterplanet/global/files/ca__en_us__healthcare__ca_brochure.pdf . Acesso em 20/01/2016.

[58] Disponível em https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/big_data_privacy_report_may_1_2014.pdf . Acesso em 07/08/2015.

[59] Disponível em http://mobile.nytimes.com/2015/08/13/us/facial-recognition-software-moves-from-overseas-wars-to-local-police.html . Acesso em 14/08/2015.

[60] "*A few years ago, users of Internet services began to realize that when an online service is free, you're not the customer. You're the product."* Disponível em https://www.apple.com/privacy/. Acesso em 06/08/2015.

[61] DONEDA, Danilo. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *Problemas de direito civil-constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 18.

[62] TEPEDINO, GUSTAVO. *Liberdades, Tecnologia e Teoria da Interpretação.* Revista Forense, v.419, jan./jun. 2014.

alcançarem cada vez mais valor de mercado[63], recebendo tratamento por muitas empresas como verdadeira mercadoria[64] que os circula sem controle e vende livremente a quem estiver disposto a pagar o preço por elas.

Por certo reconhecendo este cenário de risco, o texto da Lei 12.965 / 2014 – o chamado Marco Civil da Internet, notadamente em seu artigo 7º, menciona a privacidade como direito essencial ao acesso à rede mundial de computadores, trazendo ainda vários incisos quem tratam da privacidade dos usuários.

Estabelece, dentre outros, a obrigação de prestar *"informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet"*, o *"não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais"* , garante a proteção dos dados e vedam a sua utilização para outros fins além daqueles expressamente autorizados, determinando ainda a necessidade de *"consentimento expresso"* na coleta e tratamento dos dados, *"que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais"*[65].

Em igual turno, o Anteprojeto de Lei de proteção dados pessoais traz diversas previsões contemplando a necessidade de consentimento expresso, claro e ostensivo, através de cláusula apartada, considerando nulo quando for obtido de maneira diversa da legislação, e ainda estabelecendo que, quando se tratar de coleta de dados de forma continuada, o titular das informações deverá ser informado com regularidade.

A leitura perfunctória dos dispositivos legais que tratam do consentimento no Marco Civil da Internet e no APL sobre dados pessoais demonstra que a legislação brasileira, ao que parece, tem como foco as modalidades de contratação nas quais haverá, na grande maioria das vezes, aderência do usuário ao contrato cuja aceitação prévia será condicionada à utilização do serviço ou bem oferecido, tais como redes sociais, contas de *e-mail* e aplicativos de celular. Nesta hipóteses, portanto, haverá uma tela onde ao contratante será franqueada a leitura dos termos do serviço, devendo concordar com eles.

---

[63] RODOTÀ, Stefano. *Op. cit*. p. 99-100. Ainda neste sentido: *"O valor econômico da informação torna ainda mais lucrativa a violação à privacidade, assim como enseja a proliferação de meios indiretos de usurpação de dados pessoais."* KONDER, Carlos Nelson. *Privacidade e corpo: convergências possíveis*. Pensar (UNIFOR), v. 18, p. 352-398, 2013, disponível em http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2696/pdf.

[64] PASQUALE, Frank. *The black box society. The secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015. p. 66.

[65] Vale mencionar também os artigos 3, 8 e 11 do Marco Civil da Internet que também abordam a tutela da privacidade no mundo virtual.

Ocorre que, da análise do *modus operandi*[66] da grande maioria das empresas de tecnologia revela que será difícil, senão impossível, o atendimento integral das previsões legislativas acima salientadas. Tome-se como exemplo os sensores e câmeras: estes objetos são capazes de captar, analisar e armazenar dados pessoais como imagem, sinais vitais, localização[67] por GPS, e transmitir dados em tempo real pela internet.

Muitas vezes estas informações são armazenadas, classificadas e até vendidas a terceiros, sem que os indivíduos sequer tomem conhecimento disso[68]. Acrescente-se ainda a coerente constatação:

> *"Enforcing privacy best practices in a age of increasing device miniaturization means that, in many cases, it also will not be possible for consumers to read an organization's privacy policy because many of these Technologies will be too small to even have a display."*[69]

É necessário atentar ainda que a grande maioria das empresas de tecnologia com presença global são oriundas dos Estados Unidos, que criam e desenvolvem seus produtos sob a égide da legislação local, na maioria das vezes ignorando[70] o verdadeiro cipoal de regramentos existentes nas dezenas, as vezes centenas, de países nos quais pretende distribuir seus produtos e serviços. Em lúcida e acertada dissertação, Eli Pariser afirma:

> *"As billions come online in India and Brazil and Africa, the Internet is transforming into a truly global place. Increasingly, it will be the place where we live our lives. But in the end, a small group of American companies may unilaterally dictate how billions of people work, play, comunicate and understand the world. Protecting the early vision of radical connectedness and user control should be an urgente priority for all of us."*[71]

Neste espeque, diante da evidente constatação de que na era do *big data*, muitos produtos que hoje representam a Internet das Coisas não possuem sequem telas ou botões,

---

[66] *"By their very nature, IoT and wearable technologies are always on, always sensing, always collecting and always communicating."* THIERER, Adam. *Op. cit.* p. 60.

[67] *"Whenever you use the Services, Waze will collect: detailed location and route information, for example in the form of GPS signals and other information sent by your mobile device on which the Application is installed and activated. Waze uses this location and route information to create a detailed location history of all of the journeys you have made while using the Application"* Disponível em https://www.waze.com/pt-BR/legal/privacy . Acesso em 15/08/2015.

[68] *"Many of these technologies and capabilities will eventually operate in the background of consumers lives and be almost invisible do them"* THIERER, Adam. *Op. cit.* p. 9.

[69] THIERER, Adam. *Op. cit.* p. 62.

[70] *"Special Note to International Users: The WhatsApp Site and Service are hosted in the United States and are intended for and directed to users in the United States. If you are a user accessing the WhatsApp Site and Service from the European Union, Asia, or any other region with laws or regulations governing personal data collection, use, and disclosure, that differ from United States laws, please be advised that through your continued use of the WhatsApp Site and Service, which are governed by California law, this Privacy Policy, and our Terms of Service, you are transferring your personal information to the United States and you expressly consent to that transfer and consent to be governed by California law for these purposes."* Disponível em https://www.whatsapp.com/legal/?l=pt_br . Acesso em 15/08/2015.

[71] PARISER, Eli. *The filter bubble. How the new personalized web is changing what we read and how we think.* New York: Penguin Books, 2012. p. 243.

para ter acesso à política de privacidade, o usuário se vê que acessar o *website* do fabricante. Na maioria das vezes, tais informações não são facilmente localizadas[72], em alguns casos, inexistente.

As novas tecnologias na era do *big data*, diante desta realidade de constante coleta/utilização de dados pessoais, torna impossível, evidentemente, o atendimento integral aos regramentos inscritos no Marco Civil da Internet e do APL de dados pessoais atinentes à privacidade e proteção de dados pessoais, notadamente diante da necessidade de consentimento expresso, prévio e informado, conforme acima destacado.

Na sociedade da informação, não se mostra viável, ao menos em termos práticos, por exemplo, a todo momento se obter o consentimento expresso e informado, através de cláusula contratual apartada, como determina a Lei e pretende regular o APL de proteção de dados pessoais.

Os benefícios sociais oriundos da inovação tecnológica e a difusão de novos modelos de negócios constam de igual maneira escritos[73] na Lei 12.965, porém o próprio inciso VIII do artigo 3º, ao garantir proteção jurídica aos novos modelos de negócios na internet, contem ressalva ao final, estabelecendo que as inovações *"não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei"*.

Vale mencionar, por conseguinte, que a privacidade e proteção dos dados pessoais foram inseridos nos incisos II e III do artigo 3º, como um dos princípios da disciplina do uso da internet em território nacional.

A dificuldade de conciliação do *modus operandi* das tecnologias inovadoras às regras existentes tem, inclusive, levado as empresas do Vale do Silício a praticarem *lobby*[74] junto ao Executivo e Legislativo americanos, com o intuito de passar leis que flexibilizem a proteção da privacidade e barrar projetos que de alguma forma possa tolher a inovação, garantindo assim mais segurança jurídica na coleta, circulação e tratamento dos dados coletados dos usuários, componente essencial do funcionamento dos objetos dotados de sensores e conectados à internet no cenário do *big data*.

---

[72] PEPPET, Scott R. *Op. cit*. p. 140.

[73] Art. 3 A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: (...) II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; (...) VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.
Art. 4 A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção: (...) III - da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso;

[74] Disponível em http://recode.net/2015/05/18/high-tech-hypocrisy/ Acesso em 25/06/2015.

6. Conclusão

A realidade trazida pela era do *big data* ressalta um cristalino exemplo onde os benefícios da inovação tecnológica devem ser ponderados com as amarras impostas pela Lei, demonstrando como é árdua e intrincada a tarefa do legislador. Neste turno, merece reflexão a afirmação de Omer Tene e Jules Polonetsky:

> *"Data create enormous value for the global economy, driving innovation, productivity, efficiency, and growth. At the same time, the "data deluge" presents privacy concerns that could stir a regulatory backlash, dampening the data economy and stifling innovation."*[75]

O Marco Civil da Internet – de 23 de abril de 2014, já se mostra, até certo ponto, datado, pois foi concebido e desenvolvido na era de império das redes sociais, não dedicando um único dispositivo ao cenário do *big data,* e tornando este novo modelo de tecnologia, imprevisto até pouco tempo, de legalidade, no mínimo, discutível[76].

Não há dúvidas de que o projeto da Lei 12.965 / 14 foi imbuído das mais nobres intenções[77], e no contexto sócio-político[78] de sua edição, justificava as medidas protetivas contidas no texto promulgado, assim como a iniciativa do Ministério da Justiça para colher contribuições da população para o APL[79] de proteção de dados pessoais.

Ocorre que, no afã de dar uma resposta rápida a um real problema diante dos recorrentes abusos praticados na internet, o Marco Civil da Internet acabou tornando rígida a

---

[75] TENE, Omer. POLONETSKY, Jules. *Op. cit*.

[76] MAYER-SCHONBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. *Op. cit.* p. 153.

[77] Nas palavras de Marcel Leonardi: *"Isso pode ser claramente observado no processo de elaboração, discussão e aprovação do Marco Civil da Internet: além de duas consultas públicas realizadas por meio do portal Cultura Digital (arquivadas em http://culturadigital.br/marcocivil/), uma vez iniciada a tramitação do então PL 2126/2011 na Câmara dos Deputados, nada menos do que sete audiências públicas foram realizadas em lugares diversos do país, das quais participaram 62 palestrantes de dezenas de instituições, com o objetivo de receber contribuições da sociedade civil organizada. Foram também recebidas contribuições de dezenas de entidades, com intensa participação dos mais diversos interessados por meio da Internet. Os detalhes estão publicamente disponíveis no relatório final aprovado pela Câmara dos Deputados, com destaque para as páginas 9 a 22 do documento."* Disponível em http://www.omci.org.br/jurisprudencia/36/dever-de-disponibilizar-meios-para-identificacao/ . Acesso em 07/08/2015.

[78] *"Naquele momento, a proposta mais séria e completa de reação do Estado brasileiro consistia no Marco Civil da Internet, projeto de lei que se encontrava então pendente de análise – para não dizer meramente engavetado – na Câmara dos Deputados há quase dois anos. (...) Dentre todas as propostas consideradas como reação ao caso Snowden, a mais completa, séria, viável e necessária foi, sem margem de dúvidas, a retomada do debate sobre a aprovação do Marco Civil da Internet. O mais curioso é que o Marco Civil não foi uma proposta de governo, mas sim uma proposta da sociedade."* LEMOS, Ronaldo. A sociedade contra-ataca: O Marco Civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil. *in* Revista Observatório Itaú Cultural – n 16 – São Paulo, Itaú Cultural, 2007. p. 92.

[79] *"O debate público sobre o anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais ocorrerá por meio de comentários sobre a minuta do projeto de lei. A participação nas discussões é aberta, todos são bem-vindos. (...) Contamos novamente com sua contribuição para fortalecer a democracia na Internet! Secretaria Nacional do Consumidor. Ministério da Justiça."* Disponível em http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/participe/ . Acesso em 15/08/2015.

tutela da privacidade e do controle dos dados pessoais, eventualmente relegando à ilegalidade a possibilidade da sociedade desfrutar dos inegáveis benefícios trazidos pelo *big data*.

Em que pese ser louvável, em outro turno, o excesso de zelo do legislador poderá culminar em verdadeira marginalização ou desestímulo[80] à inovação. A grande questão que se coloca é saber se as novas tecnologias prevalecerão sobre os regramentos jurídicos, nesta constante tensão[81] entre as previsões legais restritivas e o cenário tecnológico disruptivo.

Sem qualquer pretensão de trazer uma solução aos desafios supra mencionados, o presente artigo se destina tão somente a alimentar e estimular o debate e reflexão, valendo, neste espeque, parafrasear o Professor Gustavo Tepedino, que em acertado tom, nos ensina: *"Há que se construir, superando misoneísmos, técnica interpretativa compatível com o tempo das liberdades e das tecnologias."*[82]

7. Referências bibliográficas

AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Privacidade e tratamento dos dados pessoais: limites, possibilidade e responsabilidade*. *in* MARTINS, Guilherme Magalhães (coord). *Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BAIÃO, Kelly Sampaio; GONÇALVES, Kalline Carvalho. *A garantia da privacidade na sociedade tecnológica: um imperativo à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.* Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: http://civilistica.com/agarantia-da-privacidade-na-sociedade-tecnologica-um-imperativo-a-concretizacao-do-principio-dadignidade-da-pessoa-humana . Acesso em 23/04/2015.

BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. *Da Estrutura à função: novos estudos da teoria do Direito.* Rio de Janeiro: Manole, 2007.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. in* SARLET, Ingo Wolfgang. (org) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana. Estudo de direito civil-constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CANARIS, Claus-Wilhem. Teses. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, 2ª ed.

CERVASIO, Daniel Bucar. *Privacidade e banco de dados da administração pública.* Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

DELGADO, Mário Luiz. *Responsabilidade civil na sociedade de informação: novas tendências. in* RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, MAMEDE, Gladson, VITAL DA ROCHA, Maria (coord). *Responsabilidade civil contemporânea. Em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa.* São Paulo: Atlas, 2011.

---

[80] *"Serendipitous discoveries and data-driven innovation can materialize only in a policy enviroment that embraces trial-and-error experimentation."* THIERER, Adam. *Op. cit.* p. 72.

[81] *"Ultimately, technology – a force that 'wants' to eat power and expand choice – will get what it wants whether we want it or not."* PARISER, Eli. *Op. cit*. p. 179.

[82] TEPEDINO, GUSTAVO. *Liberdades, Tecnologia e Teoria da Interpretação.* Revista Forense, v.419, jan./jun. 2014.

DONEDA, Danilo. *Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade.* In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *Problemas de direito civil-constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
ERENBERG, Jean Jaques. *Publicidade Patológica na Internet à Luz da Legislação Brasileira.* Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo Ano 2 - Vol 1- n.º 4 - Julho/2002.
GREENWALD, Glen. *No place to hide. Edward snowden, the nsa and the U.S. surveillance state.* New York: Metropolitan Book, 2014.
HARTZOG, Woodrow. SELINGER, Evan. *Big data in small hands*. Stanford Law Revier, September 3, 2013 . Disponível em http://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-and-big-data/big-data-small-hands.
KONDER, Carlos Nelson. *Privacidade e corpo: convergências possíveis.* Pensar (UNIFOR), v. 18, p. 352-398, 2013. Disponível em http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2696/pdf.
LEMOS, Ronaldo. Doneda, Danilo. Souza, Carlos Affonso Pereira de. Rossini, Carolina Almeida A. *Estudo sobre a regulamentação jurídica do spam no Brasil.* Trabalho comissionado pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil ao Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS),da Escola de Direito do Rio de Janeiro / Fundação Getúlio Vargas. p. 15. Disponível em http://www.cgi.br/media/comissoes/ct-spam-EstudoSpamCGIFGVversaofinal.pdf . Acesso em 18/07/2015.
LEMOS, Ronaldo. *A sociedade contra-ataca: O Marco Civil como símbolo do desejo por inovação no brasil*. *in* Revista Observatório Itaú Cultural – n 16 – São Paulo: Itaú Cultural, 2007.
LEMOS, Ronaldo. Doneda, Danilo. Souza, Carlos Affonso Pereira de. Rossini, Carolina Almeida A. *Estudo sobre a regulamentação jurídica do spam no Brasil.* Trabalho comissionado pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil ao Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS), da Escola de Direito do Rio de Janeiro / Fundação Getúlio Vargas. p. 15. Disponível em http://www.cgi.br/media/comissoes/ct-spam-EstudoSpamCGIFGVversaofinal.pdf .
LEWICKI, Bruno. *Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada. in* TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson. *O ditreito & o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Rumos cruzados do direito civil pós – 1988 e do constitucionalismo de hoje. In: Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional.* São Paulo: Atlas, 2008, p. 263.
OHM, Paul. *Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization* (August 13, 2009). UCLA Law Review, Vol. 57, p. 1701, 2010; U of Colorado Law Legal Studies Research Paper No. 9-12. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1450006
PARISER, Eli. *The filter bubble. How the new personalized web is changing what we read and how we think.* New York: Penguin Books, 2012.
PASQUALE, Frank. *The black box society. The secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.
PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
PEPPET, Scott R. *Regulating the Internet of Things: First Steps Toward Managing Discrimination, Privacy, Security, and Consent.* Texas Law Review: 93 Texas L. Rev. 85 (2014). Disponível em http://www.texaslrev.com/wp-content/uploads/Peppet-93-1.pdf.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância - a privacidade hoje.* Rio de Janeiro : Renovar, 2008.
SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade.* São Paulo : Atlas, 2011.
SCHREIBER, Anderson. *Direitos civil e constituição.* São Paulo: Atlas, 2013.
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
TAVARES DA SILVA, Beatriz Regina; PEREIRA DOS SANTOS, Manoel J. (coord). *Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação.* São Paulo: Saraiva, 2012. 2a. ed.
TENE, Omer. POLONETSKY, Jules. *Big Data for All: Privacy and User Control in the Age of Analytics.* Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property. Volume 11, Issue 5. Disponível em: http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1191&context=njtip . Acesso em 01/02/2016.
TENE, Omer. POLONETSKY, Jules. *Privacy and Big Data: Making Ends Meet.* (September 3, 2013). Stanford Law Review, Vol. 66, No. 25, 2013. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=2628412. Acesso em 10/01/2016.
TENE, Omer. POLONETSKY, Jules. *Privacy in The Age of Big Data: A Time for Big Decisions.* (September 2, 2012). Stanford Law Review, Vol. 64, No. 63, 2012. Disponível em: http://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox/big-data. Acesso em 20/02/2016.
TEPEDINO, GUSTAVO. *Liberdades, Tecnologia e Teoria da Interpretação.* Revista Forense, v.419, jan./jun. 2014.
THIERER, Adam. *The Internet of Things and Wearable Technology: Addressing Privacy and Security Concerns without Derailing Innovation.* Disponível em *http://jolt.richmond.edu/v21i2/article6.pdf.*
WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The right to privacy*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: http://civilistica.com/the-right-to-privacy. Acesso em 20/04/2015.