

Mercado, Pessoa Humana e Tecnologias: a Internet das Coisas e a proteção do direito à privacidade

Caitlin Sampaio Mulholland¹

Sumário: 1. O direito civil constitucional, a proteção da pessoa humana e sua tutela frente às novas tecnologias. 2. O caso da televisão que espionava: dados e dignidade. 3. A Internet das Coisas (IoT) e os bens inteligentes. 4. O direito da privacidade e o direito à proteção de dados. 5. A regulação da IoT e a tutela da privacidade. 6. Conclusão.

1. Introdução. O direito civil constitucional, a proteção da pessoa humana e sua tutela frente às novas tecnologias.

Há muito se fala da crise por que passa o direito civil e sua sistemática e da perda da noção do Código Civil como centro valorativo do ordenamento jurídico privado, com a conseqüente ruína do “reinado secular de dogmas, que engrossaram as páginas de manuais e que engessaram parcela significativa do Direito Civil”.² A quebra da dicotomia direito público-direito privado³, o movimento da descodificação através da proliferação de leis esparsas – algumas se constituindo como verdadeiros microssistemas –, o intervencionismo estatal nas relações privadas, através da chamada “publicização” do direito privado e a percepção da incapacidade do direito civil clássico de tutelar as novas relações jurídicas de forma equitativa e justa, são alguns dos elementos que se unem para sustentar esta idéia de crise e até mesmo da

¹ Doutora em Direito Civil (UERJ). Professora Associada do Departamento de Direito da PUC-Rio. Este artigo foi originalmente publicado em obra organizada por Marcos Ehrhardt Júnior e Eroulths Cortiano Junior. *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. 1ed.-Belo Horizonte: Forum, 2019, v. 1, p. 103-115.

² FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1.

³ A chamada *summa divisio* do direito estabelecia duas ordens distintas, impermeáveis, cada qual sendo regulada a sua maneira. Enquanto o direito privado se referia aos direitos individuais e inatos do homem, o direito público teria a função de tutelar os interesses gerais da sociedade através do Estado, que deveria se abster de qualquer tipo de incursão na órbita privada dos indivíduos. Sobre o tema, ver por todos, FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

morte do direito civil.⁴ Nesse ambiente, é tarefa do estudioso do Direito Civil, “captar os sons dessa primavera em curso”.⁵

A consciência de que o sistema jurídico por ser unitário e, portanto, sistemática e hierarquicamente estabelecido, não poderia mais ser analisado e interpretado em blocos estanques e separados, levou à conclusão de que quando diante de um ordenamento fundado em uma norma superior – a Constituição – há que se respeitar os princípios e valores que dela emanam, sob pena de se ver descaracterizado o sentido sistemático do ordenamento. Deslocou-se, desta maneira, o eixo valorativo do sistema do Código Civil – como ordenador das relações privadas – para a Constituição, fonte dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico. Neste sentido, Fachin afirma que “no domínio juscivilístico não estão-só as regras tradicionalmente aplicáveis às relações de Direito Civil. Chamadas à colação estão as normas constitucionais e nelas encartados os princípios constitucionais, vinculantes e de caráter normativo”.⁶

O Código Civil perde assim a sua feição de “constituição” da vida privada⁷, sendo substituído em seu papel unificador do sistema de direito privado pela Constituição Federal e seus princípios, normas e valores superiores, que embasam todo o ordenamento jurídico e inauguram um novo Estado social. Um destes valores considerados como centrais na concepção do novo Estado Social é a dignidade da pessoa humana, alçada a fundamento da República no art. 1º, III, da Constituição Federal.

O princípio da dignidade humana, alçado constitucionalmente a fundamento do Estado Democrático de Direito, é hoje a base valorativa de sustentação de toda e qualquer situação jurídica de Direito Privado. Sua inclusão no texto constitucional representou a escolha sócio-cultural-jurídica por uma sociedade solidária e justa, proporcionadora do livre desenvolvi-

⁴ De fato, Fachin já nos leva a esta conclusão ao sustentar que “a crise do sistema clássico do Direito Civil suscita, antes de mais nada, questões concernentes à sua historicidade, à análise da inter-relação entre Direito e Sociedade, e ao princípio do dinamismo que impinge ao Direito seu eterno diálogo com o meio social, seu tempo e seu espaço. Tampouco se distancia da análise dos conceitos frente à concretude dos fatos que a eles se apresentam”. FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 22.

⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1.

⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 33.

⁷ Para Fachin, “tem-se como objeto desse exame o modelo que inspirou os sistemas latinos a forjar uma “constituição do homem privado” e a rejeitar, no *laissez-faire*, a verdadeira dimensão da equidade que supõe simultaneamente igualdade e diferenciação”. FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 9.

mento pessoal de seus cidadãos.

Se for possível dizer-se que a dignidade da pessoa humana, por se erigir como fundamento do Estado Democrático de Direito, deve alcançar todas as esferas do ordenamento jurídico – incluído aí os institutos de Direito Privado –, é também possível concluir-se que a limitação interpretativa do conteúdo deste valor constitucional será difícil de se alcançar. Nesta dificuldade se encontram as barreiras para a aplicação consciente do princípio da dignidade humana, pois “corre-se o risco da generalização, indicando-a como *ratio* jurídica de todo e qualquer direito fundamental”.⁸ Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, “levada ao extremo, essa postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão intenso que torna impossível sua aplicação”.⁹ O Direito civil é chamado a dar concretude a este princípio através de uma atuação protetiva. É por meio da específica caracterização da pessoa e da consideração de suas qualidades que se dará a verdadeira – no sentido de justa e equitativa – tutela da pessoa em suas relações privadas. A dignidade é um valor absoluto, intrínseco à essência da pessoa humana, único ser que compreende uma valoração interna, superior a qualquer preço, e que não admite substituição equivalente.

O princípio da dignidade da pessoa humana será identificado em cada uma das situações reais em que se possa verificar a concretização dos princípios da liberdade, da igualdade, da integridade ou da solidariedade social. Perfaz-se assim o princípio em uma cláusula geral de tutela da pessoa, servindo como princípio “prevalente no momento da concretização normativa e a ponderação de princípios”.¹⁰ Significa isto dizer que para toda e qualquer situação em que esteja em jogo ou discussão a situação jurídica existencial, esta deverá prevalecer sobre aquelas patrimoniais se com elas incompatíveis. Este valor servirá como norte na interpretação e aplicação de normas jurídicas sempre sendo considerado na proteção e tutela dos direitos da personalidade do homem e nas suas relações jurídicas, no sentido de proporcionar a base para a realização dos objetivos do Estado democrático de direito.

Estes objetivos, estabelecidos na Constituição Federal em seu art. 3º, sintetizam-se na construção de uma sociedade justa, livre e solidária, o que se pretende alcançar através da er-

⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 84.

⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 84.

¹⁰ RUZYK, Carlos Edurado P. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso da atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. In: RAMOS, C. L. S. et al. (Org.). *Diálogos sobre o Direito Civil: Construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 131.

radicação das desigualdades sociais e da atuação promocional dos poderes do Estado através da realização da justiça distributiva e da igualdade substancial. Assim, à noção de ilimitada autonomia atribuída aos indivíduos nos sistemas liberais é contraposta a idéia de solidariedade social: se o século XIX foi marcado pelo reinado do individualismo, o século XX, com a revalorização da pessoa e de sua dignidade, é a época do desenvolvimento do solidarismo. Sendo assim, “o Direito Civil deve, com efeito, ser concebido como “serviço da vida” a partir de sua raiz antropocêntrica, não para repor em cena o individualismo do século XVIII, nem para retomar a biografia do sujeito jurídico, mas sim para se afastar do tecnicismo e do neutralismo”.¹¹

Juntam-se a estes elementos jurídicos, a inegável influência dos fatos sociais, tais como a consolidação de uma sociedade de massa, com produção e consumo de bens e serviços em grandes proporções, e o rápido desenvolvimento tecnológico que permite o acesso a novos produtos e serviços que utilizam como principal insumo de sua atividade os dados pessoais. Revela-se, assim, um novo modelo de negócios pautado na utilização de informações da pessoa como moeda, desconsiderando-se em inúmeras situações que estas informações, estes dados, constituem parte da identidade da pessoa humana e, portanto, caracterizam-se como conteúdo de direitos ou interesses de natureza existencial, revelados, principalmente, por meio da proteção e tutela da privacidade.

Considerados estes pressupostos metodológicos e cientes da necessidade de proteção da pessoa humana e de sua personalidade de maneira a priorizar os seus interesses existenciais, entende-se que seja necessário que o Direito Civil contemporâneo, constitucionalizado, torne sua atenção para os novos desenvolvimentos da tecnologia que permitem e proporcionam a constante violação da personalidade humana. Tutelar preferencialmente a identidade e a privacidade da pessoa humana é fundamental para que o desenvolvimento tecnológico não se encaeste em desculpas mercadológicas violadoras da dignidade humana.

2. O caso da televisão que espionava: dados e dignidade.

¹¹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro, 2000, pp. 15-16.

Em 2015, foi denunciado pelo *site The Daily Beast*¹² que determinadas SmartTVs da Samsung estariam gravando o que se fala no ambiente pessoal da casa ou escritório das pessoas e compartilhando as informações que daí eram coletadas com parceiros comerciais, com o objetivo de criação de perfis de consumo (*profiling*) para direcionamento de serviços e produtos (*targeting*). Isso se tornou possível graças à utilização de um microfone embutido no controle remoto da TV encontrado em alguns modelos da marca. A princípio, o objetivo de tal recurso seria permitir a busca e o acesso de conteúdos ou aplicativos por meio da Internet, além de possibilitar o acesso por meio de voz de funcionalidades próprias de uma TV, da forma mais conveniente e prática ao usuário do bem.

Como o padrão de fábrica das TVs pré-determinava que o microfone estaria em modo operacional, isto é, ligado, a pessoa, para ser ver protegida de uma invasão absolutamente indevida de sua privacidade, deveria realizar a opção de desabilitar o microfone nas configurações da TV, o que raramente era realizado, seja por conveniência - configurada pelo *trade off* ou por meio da avaliação pela pessoa do equilíbrio razoável entre benefícios e prejuízos a ela -, seja por desconhecimento absoluto a respeito da coleta dessas informações pela Samsung. Como consequência desta ignorância surge um primeiro problema que diz respeito à falta de consentimento livre, inequívoco, expresso e esclarecido¹³ do usuário da TV quanto ao uso, tratamento e compartilhamento de dados.¹⁴ A adesão aos termos do contrato, nesse caso, é

¹² Para acesso ao artigo publicado, veja: <http://www.thedailybeast.com/articles/2015/02/05/your-samsung-smarttv-is-spying-on-you-basically.html>. Consultado em 07.05.2018.

¹³ Tanto o Marco Civil da Internet (art. 7, VII e IX), quanto a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (art. 5, VII; art. 7, I; art. 8 e parágrafo 1o. e 4o.; art. 9 e seus parágrafos; art. 11, I), reconhecem que o consentimento para o coleta, uso, tratamento e compartilhamento de dados deve ser realizado de forma livre, esclarecida, inequívoca e expressa. Podemos considerar que para tal, a pessoa deve ter o conhecimento prévio, ostensivo e em linguagem simples e direta de todos os riscos referentes àquela contratação, especialmente em relação aos dados, sob pena de nulidade da declaração de vontade emitida.

¹⁴ O conceito de tratamento de dados é trazido no artigo 5., II, da Lei 13.709/18, onde utiliza-se a seguinte definição: “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”.

mera ficção e pode não representar verdadeiramente o consentimento, como resultado do exercício limitado da autonomia privada do usuário.¹⁵

Ao analisar os termos de uso e a política de privacidade das TVs inteligentes - que estavam disponibilizados por meio de manual de uso do bem -, se encontrava, entre outras cláusulas, uma de especial relevância, a qual estabelecia que o usuário deveria estar “ciente de que se as palavras faladas provenientes de sua TV incluem informações pessoais ou confidenciais, tão possível quanto provável que estes dados sejam capturados e transmitidos a terceiros”. Há aqui um evidente descumprimento da expectativa de privacidade aguardada pelos usuários de um produto.

Trata-se de verdadeiro reconhecimento por parte da Samsung de que havia não só a possibilidade, mas a probabilidade do uso e compartilhamento de dados pessoais, sem que para isso houvesse um expresso consentimento da pessoa acerca desta ação. A cláusula mencionada, por estar inserida em um contrato de adesão, deveria vir destacada, por se tratar de tema relacionado à proteção de uma situação subjetiva existencial, qual seja, a tutela dos direitos à privacidade e à identidade, e de situação de risco elevado de violação de dados pessoais.¹⁶

Confrontada com questionamentos sobre eventuais violações ao direito de privacidade dos usuários de suas TVs inteligentes, a Samsung, indagada sobre a configuração padrão do microfone do controle remoto, respondeu que: "a Samsung trata a privacidade do consumidor de maneira séria. Em todas as nossas SmartTVs nós utilizamos padrões de segurança de fábrica, incluindo criptografia de dados, para assegurar as informações pessoais do consumidor e prevenir a coleta ou uso não autorizados por terceiros. O reconhecimento de voz, que permite ao usuário controlar sua TV por meio de comandos de voz é uma característica da Samsung SmartTV, que pode ser ativada ou desativada pelo usuário. O usuário da TV pode também

¹⁵ Emblemática é a declaração de executiva da Apple, em audiência realizada no Congresso Americano, em que se debateu a proteção da privacidade na telefonia celular, ao ser questionada pelo Senador Mark Pryor sobre como a empresa tinha certeza de que o usuário da plataforma teria lido os seus termos de uso e sua política de privacidade e que, portanto, conhecia o seu conteúdo. Disse a executiva: “eles apertaram o botão de concordância”. Este trecho do depoimento foi retirado do documentário “*Terms and conditions may apply*”, de Cullen Hoback, 2013.

¹⁶ Ver, para tanto, conceito e regra trazidos no artigo 54, do Código de Defesa do Consumidor, que em seu *caput* considera o contrato de adesão como “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo” e estatui em seu parágrafo 4º. que “as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”.

desconectar sua TV da rede wi-fi". A declaração da Samsung, evidentemente, não traz uma solução aceitável para a questão da falta de consentimento expresso sobre coleta de dados e só reforça a certeza de que a fornecedora do produto continuará a coletar, usar e compartilhar os dados de seus usuários enquanto não houver uma norma específica que limite ou regule essa sua atuação.

Nesse caso, questiona-se se é necessária - e, em sendo -, qual o tipo de regulação que deveria ser adotada no Brasil para delimitar o âmbito de proteção do direito de privacidade e dos dados dos consumidores destes bens conectados. Aos poucos, vão surgindo iniciativas regulatórias que indicam a necessidade de tutelar de maneira mais consistente e eficiente os dados pessoais, como desenvolvimento da cláusula geral de proteção da pessoa humana. Neste sentido, a União Europeia conta com um novo regulamento de proteção de dados, após mais de duas décadas de vigência da Diretiva 95/46, que é o Regulamento Geral de Proteção de Dados - conhecida também como GDPR (*General Data Protection Regulation*) - que tem a missão de proteger de forma ampliada e geral os dados pessoais, focada em iniciativas de boas práticas empresariais e *compliance*, que serão, por sua vez, fiscalizadas por meio de autoridades centrais de garantia e proteção de dados.

Resta saber se o Brasil seguirá este modelo regulatório centralizado por meio de uma lei geral ou se teremos - ou devemos ter -, ao invés, uma regulação setorializada e temática, considerando as disciplinas jurídicas específicas nas quais ficam mais evidenciados os riscos de eventuais violações aos dados pessoais. Para identificar estes riscos, analisar-se-á uma específica tecnologia, conhecida como Internet das Coisas, que permitirá uma problematização dos debates que surgirão.

3. A Internet das Coisas (IoT) e os bens inteligentes.

Sabe-se que a tecnologia se desenvolve a largos passos e que o Direito não consegue acompanhar o seu ritmo, de forma que a sua regulação deficiente revela um obstáculo para a plena proteção dos interesses existenciais da pessoa humana. Não se tratando de ciência preditiva, o Direito sempre fica atrás na corrida com - ou para alguns, contra - a tecnologia.

É no âmbito da tecnologia conhecida como Internet das Coisas (ou *Internet of Things*, ou, ainda, IoT) que se revela um dos principais debates nesta área, qual seja, o que se refere à

proteção da privacidade ou dos dados pessoais que são disponibilizados e coletados por estas "coisas" conectadas, conforme o realizado por meio de televisões inteligentes, por exemplo.

A Internet das Coisas representa inovação tecnológica que permite a criação de ambiente interligado através de sensores que conectam objetos ou bens por meio da Internet, possibilitando não só a comunicação e realização de funções específicas entre as coisas, como gerando a cada vez mais constante coleta, transmissão, guarda e compartilhamento de dados entre os objetos e, conseqüentemente, entre as empresas que disponibilizam este tipo de tecnologia às pessoas.

Com a popularização da tecnologia IoT e a sua utilização frequente em objetos de nosso cotidiano - smartphones, televisores, relógios, pulseiras identificadoras de funções físicas e de saúde, tablets, dentre outros - o que se questiona do ponto de vista do Direito é se existe uma política eficiente de proteção dos dados e privacidade das pessoas que utilizam tais objetos e se, por outro lado, as pessoas estariam dispostas a renunciar à proteção de seus dados em contrapartida aos benefícios evidentes que tal tecnologia gera na vida delas, justificando esta troca com base numa conveniência pessoal evidente.

Deve-se considerar nessa nova realidade tecnológica, que os dados de uma pessoa possuem, ao mesmo tempo, um caráter existencial que se revela preponderantemente na proteção da privacidade e da identidade da pessoa humana - em decorrência da tutela de sua dignidade -, e um caráter patrimonial, que se identifica pela possibilidade do uso desses dados como insumo para o desenvolvimento de atividades empresariais das mais diversas áreas. Trata-se, nesse caso, do que se definiu como monetização de dados, ou seja, a conversão de informações em dinheiro.¹⁷ Portanto, ao lado de uma necessária proteção de situações jurídicas de natureza extra-patrimonial (privacidade, identidade, imagem), deve-se atentar que também é possível uma avaliação de natureza patrimonial desses mesmos dados, que, por sua vez, constituem parte fundamental do modelo de negócios desenvolvido por grandes atores do mercado de tecnologia, como o Google e o Facebook, que juntos detêm o controle das cinco

¹⁷ Sobre o tema, ficou famosa a capa da revista *The Economist*, de maio de 2017, cuja principal reportagem foi sobre a regulação e proteção de dados, com o sugestivo título "*The world's most valuable resource is no longer oil, but data*". Veja em <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>

plataformas de aplicação mais utilizadas no mundo, quais sejam, o Chrome, o Whastapp, o Youtube, o Instagram e o Facebook.¹⁸

Ao se referir a este novo *modus operandi* do capitalismo tecnológico e da construção de um renovado mercado, Luiz Edson Fachin nos brinda com uma reflexão de importância ímpar. Para o doutrinador, nasce nos espaços público e privado “um argentário entre fragmentado, simultaneamente conservador e inovador. Quando há declínio, ele propõe certo tipo de esperança sob a relação entre custo e benefício; à tradição, ele sugere uma emancipação liberata do passado e sem grande compromisso com o futuro; por conseguinte, ele vive o presente na lógica da utilidade e do desejo; às transformações estruturais da sociedade, ele recomenda tecnociência sem ideologia”.¹⁹

A principal questão que surge no uso da IoT é a que se refere ao desconhecimento que o usuário dos objetos conectados apresenta sobre o fato de que as "coisas inteligentes" utilizam tecnologia de resgate, coleta e compartilhamento de seus dados entre outras pessoas - geralmente fornecedores de produtos e serviços, com interesses comerciais -, que sequer estão incluídas no âmbito contratual do uso do bem referido.

Em exemplo, reflita-se sobre o caso dos *tags* que permitem o acesso a estacionamentos de *shopping centers*. Uma vez afixados no parabrisa do carro, a aproximação de determinada cancela que possua, por sua vez, um sensor conectado a uma rede, permite o acesso ao estacionamento, sem a necessidade de pagamento imediato. No momento seguinte ao da passagem da cancela, o usuário do automóvel recebe uma mensagem em seu celular avisando-o de promoções de lojas que se localizam no interior daquele *shopping*. Muito conveniente e prático, certamente. Será que podemos sustentar que nesse caso há violação do direito à privacidade ou violação de dados pessoais? Será que o contratante do *tag* sabe que sua presença seria identificada num *shopping* por determinadas lojas?

¹⁸ Ver, nesse sentido, <https://canaltech.com.br/apps/whatsapp-facebook-e-instagram-sao-os-apps-sociais-mais-usados-pelos-brasileiros-99064/>. Consultado em 17.05.2018.

¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. Entre duas modernidades: a construção da persona e o mercado. Revista de Direito Brasileira, 2011, p. 102.

Fato é que nossa sociedade atual é fundamentada num modelo de regulação tecnológica ineficiente que gera, por sua vez, a possibilidade de mercantilização de dados pessoais²⁰ sem que haja um adequado aparato legal capaz de proteger o direito fundamental à privacidade. É imperioso pensar o papel que o Direito deve desempenhar neste cenário, especialmente no Brasil, considerando o déficit informacional que há no uso de tecnologia em nossa sociedade.

Mas para referir aos impactos no Direito trazidos pelo uso da tecnologia, é necessário entender-se qual o conceito de privacidade atual - e que devemos utilizar - e como devemos relacioná-lo com a proteção de dados pessoais para a tutela de interesses não só patrimoniais, como principal e especialmente os existenciais.

4. O direito da privacidade e o direito à proteção de dados.

Em nosso ordenamento jurídico, o artigo 5º, X, da Constituição Federal²¹, e o artigo 21, do Código Civil²², fundamentam a proteção da esfera privada de uma pessoa, referindo-se tanto à vida privada, quando à intimidade da pessoa humana. O direito à privacidade, e mais especificamente, o direito à intimidade²³, alude à proteção da esfera privada ou íntima de uma pessoa, sendo esta abrigada contra ingerências externas, alheias e não requisitadas, e tutelada na medida em que não se permite, sem autorização do titular da informação ou dado, a sua divulgação no meio social.

²⁰ Rodotà ensina que o "corpo eletrônico", conjunto de informações que constituem a nossa identidade, deve ser juridicamente regulado e protegido da mesma forma que o "corpo físico", considerando a unidade e integridade da pessoa humana, a evitar que a pessoa seja considerada como um tipo de mina a céu aberto onde qualquer um possa escavar quaisquer informações pessoais e, assim, construir um perfil individual, familiar, de grupo, permitindo que a pessoa se transforme em objeto de poderes externos, economicamente avaliado. O corpo não pode ser objeto de lucro” (*La rivoluzione della dignità*, Napoli: La Scuola di Pitagora, 2013, pp. 33-34).

²¹ Artigo 5º, X, CF - 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.

²² Art. 21, CC - A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

²³ Diverge a doutrina quanto ao uso de expressões como privacidade, intimidade, segredo, vida privada, etc. Neste sentido, ensina Bruno Lewicki que “o conjunto das situações hoje ligadas à proteção da vida privada representa um “conglomerado de interesses diversos””, configurando as inúmeras e variáveis facetas de um conceito em ampliação constante. Lewicki, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*, 2003, Rio de Janeiro:Renovar, p. 31.

Este conceito habitual de privacidade está, contudo, superado. Se, tradicionalmente, o direito à privacidade (*right to privacy*) está associado ao direito de ser deixado só²⁴, contemporaneamente pode-se afirmar que a privacidade evoluiu para incluir em seu conteúdo situações de tutela de dados sensíveis²⁵, de seu controle pelo titular e, especialmente, de “respeito à liberdade das escolhas pessoais de caráter existencial”.²⁶ Para Stefano Rodotà, “a privacidade pode ser definida mais precisamente, em uma primeira aproximação, como o direito de manter o controle sobre as próprias informações”,²⁷ sendo a esfera privada “aquele conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais, sobre os quais o interessado pretende manter um controle exclusivo”.²⁸

Foi com base naquele primeiro conteúdo que em 1890, os *Justices* da *Supreme Court* Americana, Warren e Brandeis, determinaram a necessidade de tutela dessa esfera existencial. À época, a interpretação que se dava ao direito à privacidade era restrita e se aplicava a casos em que existia a atuação indevida de terceiros contra aquela esfera. A interpretação que se dava a este direito restringia-se a tutelar a esfera privada de uma pessoa, impedindo que outros pudessem nela ingressar sem sua autorização. Associada à idéia de casa, moradia, este princípio foi primeiramente utilizado para proteger a vida privada das pessoas, dentro de seu próprio lar, representando nesta tutela um ideal burguês de proteção patrimonial, mais do que de proteção existencial. Esta afirmativa é especialmente verdadeira quando se percebe que as formas de tutela jurídica da privacidade naquele determinado momento histórico se reportam aos instrumentos de proteção da posse e propriedade. Vem daí o uso da expressão *trespass*, que poderia ser traduzido como esbulho em nosso direito possessório. A privacidade, neste contexto, se resumiria a um direito de tutela de uma situação de resguardo, mas com uma forte conotação patrimonial.

²⁴ Veja, nesse sentido, a concepção trazida por Warren e Brandeis, em 1890, em artigo intitulado “*The right to privacy*”, publicado na *Harvard Law Review*.

²⁵ Dados sensíveis são aquelas informações que dizem respeito à essência da personalidade de uma pessoa.

²⁶ LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*, Rio de Janeiro:Renovar, 2003, p. 9.

²⁷ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje*, Rio de Janeiro:Renovar, 2008, p. 92.

²⁸ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje*, Rio de Janeiro:Renovar, 2008, p. 92.

A ampliação do conceito de *privacy* se deu, em grande medida, por conta da evolução das formas de divulgação e apreensão de dados pessoais. Com o advento de novas tecnologias, notadamente o desenvolvimento da biotecnologia e da Internet, o acesso a dados sensíveis e, conseqüentemente a sua divulgação, foram facilitados de forma extrema. Como resultado, existe uma expansão das formas potenciais de violação da esfera privada, na medida em que se mostra a facilidade por meio da qual é possível o acesso não autorizado de terceiros a esses dados. Com isso, a tutela da privacidade passa a ser vista não só como o direito de não ser molestado, mas também como o direito de ter controle sobre os dados pessoais e, com isso, impedir a sua circulação indesejada.

Na visão de Stefano Rodotà, há, portanto e a princípio, três concepções sobre o direito à privacidade acima apresentadas, quais sejam:

(i) O direito de ser deixado só, em acepção originária, tradicional, e referenciada a um período de liberalismo político e econômico, que direciona a proteção da privacidade a um ideal burguês de tutela patrimonial;

(ii) O direito de ter controle sobre a circulação dos dados pessoais, determinado por meio da construção teórica e jurisprudencial da denominada autodeterminação informativa, estabelecendo a prerrogativa da pessoa de acessar, corrigir, controlar e disponibilizar dados pessoais, por sua livre escolha; e

(iii) O direito à liberdade das escolhas pessoais de caráter existencial, representando a ligação entre a autonomia existencial da pessoa (liberdade) e a construção de sua identidade pessoal por meio da proteção dos seus dados sensíveis - i.e. posição política, expressão partidária, afiliação sindical, opção sexual, condições de saúde, etc (dignidade).²⁹

Parte-se, portanto, de seu tradicional conceito, qual seja, a do direito a ficar sozinho; passa-se pela definição que sustenta ser o direito à privacidade o direito que cada um tem de controlar a utilização de informações que digam respeito a si próprio; e, finalmente, chega-se ao seu conteúdo atual: as pessoas têm a liberdade de fornecer as informações que desejarem, se desejarem.

Esta última definição nos leva ao debate a respeito do consentimento para coleta, tratamento ou compartilhamento de dados, que antes era implícito e hoje se torna necessaria-

²⁹ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje*, Rio de Janeiro:Renovar, 2008, p. 92 e seguintes.

mente expresso e explícito - ainda que por meio de termos de uso e políticas de privacidade consideradas inadequadas por estabelecerem uma cláusula de aceite dos termos por *default*, com a simples adesão por um clique.

Também é preciso levar em conta que esse consentimento nem sempre é verdadeiramente livre, pois não raras são as situações em que a utilização de um determinado serviço depende da cessão de dados pessoais. Ainda assim, pode-se criticar que o consentimento da pessoa como requisito legitimador e contratual para a coleta de dados apenas reforçaria o caráter proprietário - e não existencial - da privacidade, nesses casos.

Desta forma, para que seja possível conciliar os direitos fundamentais da pessoa com a crescente coleta de dados possibilitada pelas novas tecnologias, a privacidade assume um conceito menos liberal e passa a ser analisada como um instrumento de controle dos "minera-dores" das informações, limitando a sua capacidade de coleta e disposição dos dados.

Contudo, angustia reconhecer o descompasso entre a rapidez do progresso tecnológico e a lentidão da capacidade de elaboração de instrumentos jurídicos que moldarem essa nova realidade. Com base nesta constatação, é preciso pensar em remédios institucionais adequados (políticas regulatórias, por exemplo), na medida em que os remédios jurídicos existentes (normas jurídicas proibitivas) encontram-se engessados, obsoletos ou fadados à obsolescência, pelo fato de que a tecnologia vai se aprimorando e evoluindo.

Por tudo o que foi exposto acima, verifica-se que não é adequado relegar as questões e problemas relacionados à proteção a privacidade na justificativa patrimonial e liberal do livre, esclarecido e desimpedido consentimento da pessoa detentora dos dados. São necessárias novas formas de tratamento jurídico da privacidade, para fins de permitir um maior amparo da pessoa no que diz respeito ao controle dos seus próprios dados.

5. A regulação da IoT e a tutela da privacidade.

Tem-se, em conclusão, um problema jurídico que surge do uso de uma determinada tecnologia, que leva à necessária construção de critérios que podem nortear decisões - sejam elas privadas, legislativas ou judiciais - no que diz respeito à tutela da privacidade.

O primeiro destes critérios é a necessidade de descrição da tecnologia e de sua potencialidade no que diz respeito aos dados eventualmente coletados. Em outras palavras, a pessoa que utiliza a tecnologia deve ter o conhecimento da possibilidade de coleta de dados pessoais.

Logo em seguida, deve ser possível ao usuário da tecnologia ter conhecimento da política de privacidade do fornecedor do produto ou serviço, de forma clara e eficiente, levando a um entendimento sobre o que significa a adesão aos termos de uso do serviço. Em continuação, o critério da finalidade deve ser assegurado, isto é, o usuário deve ser avisado de que em caso de coleta de dados, estes serão usados para determinada finalidade que seja restrita ao âmbito do serviço utilizado, e não compartilhado com terceiros que não são parte do contrato de uso. Ainda, e mais importante, o usuário sempre terá a possibilidade de decidir sobre as formas de coleta, uso e compartilhamento de seus dados, exercitando de maneira plena a sua autodeterminação informativa, inclusive para fins de verificação e correção dos dados coletados, evitando o acesso não autorizado, o uso indevido dos dados, sua modificação e sua divulgação sem autorização.

É necessário criar uma cultura e fomentar a educação das pessoas no que diz respeito aos problemas que surgem com o compartilhamento e a divulgação de dados pessoais. A sociedade é muito pouco mobilizada para fins de debates sobre o que significa um dado pessoal, um dado sensível, e porque é relevante protegê-los. Além de eventuais projetos legislativos que permitam o desenvolvimento seguro desta tecnologia e ao mesmo tempo a tutela dos dados, é necessário se pensar em políticas públicas em educação com relação a proteção de dados.

Deve-se reconhecer que se a ciência tecnológica está crescendo mais rápido do que a nossa capacidade de garantir segurança e privacidade aos usuários, estamos falhando ao não promover uma regulamentação apropriada confirmada pela lei. Um cenário jurídico adequado seria a resposta a esses novos desafios legais.³⁰ Seria interessante pensar num regime de proteção de dados pessoais que ao mesmo tempo fosse embasado em leis, como também por meio da autorregulação e pelo uso da tecnologia, com o desenvolvimento de mecanismos de segurança cada vez mais sofisticados e criptografia de última geração.

Contudo, considerando que há uma dependência crescente entre a cessão de dados e o acesso a serviços, observa-se que a regulação da tecnologia como forma de proteção da privacidade, ao invés de possibilitar a tutela adequada dos dados pessoais, revela um problema de ordem prática: é que a privacidade passa a se tornar obsoleta, considerando a necessidade de

³⁰ MAGRANI, Eduardo. Threats of the Internet of Things in a techno-regulated society, in: <http://eduardomagrani.com/threats-of-the-internet-of-things-in-techno-regulated-society-new-legal-challenge-of-the-information-revolution-3/>. Consultado em 28.05.2018.

constante revelação dos dados pessoais para a aquisição de produtos e serviços. O dilema reside no fato de que para estar no mundo da tecnologia e usufruir da sua potencialidade de conveniências e utilidades é necessário renunciar à proteção dos dados pessoais, que se tornam, em grande medida, a moeda de troca padrão destes serviços. Assim, e de acordo com as palavras de Luiz Edson Fachin, “entre os significados da equidade, democracia e direitos humanos entroniza-se, todavia, a compra e venda que tudo transforma em mercadoria, mediante uma ordem jurídica que altera a cogência pela negociação, afasta o Estado-legislador do centro dos poderes e intenta limitar o Estado-juiz a retomar-se como *bouche de la loi*; a espacialidade pública cede lugar para a regulação; finanças e moeda constituem o controle da economia que faz movimentar, entre sístoles e diástoles, o Estado e a sociedade detentores dos bens de produção”.³¹

De fato, presencia-se agora um período de hiato regulatório e legislativo que se deve, em grande medida, ao fato de não ter sido ainda possível identificar na sociedade brasileira a forma mais eficiente de tutela dos dados pessoais:

(i) se por lei restritiva, impedindo por vezes, o avanço da tecnologia, ou tornando-se obsoleta pela implementação de novas tecnologias com novos problemas jurídicos em seu enlace;

(ii) se por regulação por meio de agências públicas (como uma autoridade garantidora da privacidade e dos dados), que determinam passo a passo quais as condutas que devem ser permitidas e quais as que devem ser proibidas, gerando, por vezes um casuísmo exacerbado e por outras uma omissão na atividade regulatória, ocasionada pela pressão das empresas de tecnologia em lucrar;

(iii) se pela autorregulação pela tecnologia, por meio de adoção de sistemas de segurança por meio de criptografia ou outras técnicas inovadoras que protejam os dados pessoais;

(iv) ou, por fim, se pela autorregulação pelo mercado e pela economia, considerando os dados pessoais como insumos e moeda de troca possível na sociedade hiperconectada.

Esta última alternativa é, de longe, a que deve ser evitada e afastada, pois a "coisificação" dos dados pessoais configura uma mercantilização do corpo eletrônico e uma violação frontal ao direito fundamental à identidade e à integridade. Conforme entendimento de Luiz Edson Fachin, diante do espantoso tempo da tecnologia, “nasce o desafio de compreender a

³¹ FACHIN, Luiz Edson. Entre duas modernidades: a construção da persona e o mercado. Revista de Direito Brasileira, 2011, p. 107-108.

oportunidade da análise do mercado e seus estatutos jurídicos, da racionalidade econômica privada no direito, da moral que se oporia à reificação da sociedade, e da suposta harmonização entre economia e justiça, entre cidadania e consumo”.³² As demais formas de regulação e proteção de dados pessoais são possíveis e conciliáveis. O próximo passo é encontrar o equilíbrio entre conceder de forma plena o direito à autodeterminação informativa e permitir, ao mesmo tempo, o pleno desenvolvimento de novas tecnologias que utilizam os dados pessoais como insumo para a efetiva realização de suas finalidades.

6. Conclusão.

Consideremos o seguinte cenário *orwelliano*: pessoas, identificadas por sensores colocados em seus corpos³³, armazenam informações e dados sobre seus hábitos de consumo, sua localização geográfica, seus cartões de crédito, seus dados médicos e seus dados de investimentos. A pessoa, humana, se uniria a um novo conceito de “pessoa”, instrumentalizada. O corpo físico, unido a esta nova perspectiva de corpo digital, seria conectado por rede ou radio frequência a coisas e a outros corpos físico-digitais, visando uma maior conveniência e eficiência nas trocas sociais. Da conectividade das coisas ampliaríamos para a conectividade dos corpos humanos. Existiria aqui uma “coisificação” da pessoa? Em outras palavras, a coleta, o uso, o tratamento e o compartilhamento de dados seja entre coisas, seja entre corpos digitais, importaria numa “coisificação” da pessoa, por meio da instrumentalização do corpo e da monetização de dados pessoais?

A tecnologia, que hoje permite às coisas se conectarem entre si, permitirá em breve a conexão por rede de pessoas a coisas e de pessoas a pessoas. O capítulo seguinte para a regulação e proteção de dados se encontrará não nas coisas, mas nas pessoas. O Direito, enquanto instrumento de regulação e regularização da sociedade, não possui a capacidade de dar conta de todas as potencialidades da tecnologia e seus impactos sobre a pessoa humana. Conforme já observado, o Direito segue a reboque das mudanças trazidas pela tecnologia. Ao jurista não

³² FACHIN, Luiz Edson. Entre duas modernidades: a construção da persona e o mercado. Revista de Direito Brasileira, 2011, p. 103.

³³ Chamada de RFID (identificação por radio frequência), a tecnologia já existe e está sendo implementada de forma experimental em alguns países europeus. Ver, nesse sentido, os documentários “Eis os delírios do mundo conectado”, com direção de Werner Herzog, e “Zeitgeist - o filme”, com direção de Peter Joseph. Por meio desta tecnologia, é possível o armazenamento de dados ou informações a respeito de uma pessoa que permita desde a geo-localização, passando pelo acesso a locais até o pagamento de contas, utilizando o próprio corpo, numa verdade unificação do corpo físico ao corpo digital.

é concedida a capacidade de previsão antecipada de todas as consequências, benéficas ou maléficas, decorrentes do desenvolvimento tecnológico.

Considerando que esta realidade tecnológica é atual e que deve ser estimulada e, ao mesmo tempo, levar a uma necessária tutela da pessoa humana, é fundamental pensar-se em mecanismos que, concretamente, protejam os interesses jurídicos subjetivos da pessoa, em sua esfera existencial, considerada prioritariamente.

Ao mesmo tempo em que se deve estimular o pleno desenvolvimento tecnológico, com suas oportunidades e potencialidades, deve-se atentar que a ética desse caminhar da técnica deve vir lado a lado com a plena e efetiva proteção e promoção da pessoa humana. Se não for desta maneira, correremos o risco de brevemente representar o que Orwell e Huxley preconizavam no século passado: uma sociedade absolutamente dominada por métodos de vigilância - sejam públicos, sejam privados - e com o esvaziamento das relações inter-pessoais.

Referências.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DONEDA, Danilo. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade, in: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/8196-8195-1-PB.htm>

DONEDA, Danilo, ALMEIDA, Virgilio e MONTEIRO, Marília. Governance challenges for the Internet of Things, in: ieeexplore.ieee.org/document/7131425/.

FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. Direito Civil: sentidos, transformações e fim. 1. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. Reformas de que o Brasil precisa: as três fronteiras da democracia. Revista Bonijuris, v. 611, p. 09-15, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. *Mind the Gap between the New Portfolio and the So-Called Old Systems*. Boletim da Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra, v. LXXXIX, p. 825-852, 2013.

FACHIN, Luiz Edson. Segurança Jurídica entre ouriços e raposas. In: Reynaldo Soares da Fonseca; Roberto Carvalho Veloso. (Org.). *Justiça Federal: Estudos em homenagem ao Desembargador Federal Leomar Amorim*. 1ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MAGRANI, Eduardo. *Threats of the Internet of Things in a techno-regulated society*, in: <http://eduardomagrani.com/threats-of-the-internet-of-things-in-techno-regulated-society-new-legal-challenge-of-the-information-revolution-3/>

MAGRANI, EDUARDO. *A Internet das Coisas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018. v. 1.

OHM, Paul. Broken Promises of Privacy: responding to the surprising failure of anonymization". Colorado: *UCLA Law Review*, Vol. 57, p. 1701, 2010.

PAGALLO, Ugo. What Is New with the Internet of Things in Privacy. In: link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-319-50796-5_3

SOLOVE, Daniel. A Taxonomy of Privacy. In: *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 154. N.3. 2006.

RODOTÀ, Stefano. *La rivoluzione della dignità*, Napoli: La Scuola di Pitagora, 2013.

RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas : entre el derecho y el no derecho*, traducción de Andrea Greppi. Madrid : Trotta : Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância : a privacidade hoje; organização, seleção e apresentação de: Maria Celina Bodin de Moraes ; tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda*. Rio de Janeiro : Renovar, 2008.

RUZYK, Carlos Edurado P. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso da atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. In: RAMOS, C. L S. et al. (Org.). **Diálogos sobre o Direito Civil**: Construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro:Renovar, 2002.

WHITMAN, James Q., "The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty" (2004). Faculty Scholarship Series. Paper 649. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/649