



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 26. Núm. Ordinario (2024), pp. 08-24
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Proteção de dados pessoais e privacidade: uma perspectiva das relações e distinções entre seus direitos

Data protection and privacy: a perspective on the relationships and distinctions between their rights

Joel Ricardo Ribeiro de Chaves¹

Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul)

Universidade do Paraná (UFPR)

Sumário: 1. Introdução. 2. Distintos, mas nem tanto? O problema da terminologia e as acepções dos direitos investigados. 3. O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos indistintos. 4. O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos distintos. 4.1. O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos que não se sobrepõem em qualquer ponto. 4.2. O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos que se sobrepõem em um único ponto. 4.3. O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos que se sobrepõem em múltiplos pontos: o direito à privacidade como subconjunto contido no direito à proteção de dados pessoais. 4.4. O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos que se sobrepõem em múltiplos pontos: o direito à proteção de dados pessoais como subconjunto contido no direito à privacidade. 4.5. O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos que se sobrepõem em múltiplos pontos: o direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como conjuntos distintos com dois elementos ou mais de intersecção. 5. Conclusão. 6. Referências.

Resumo: Amparado no método hipotético-dedutivo, com uso de pesquisas documental e bibliográfica, o presente estudo investigou as relações e distinções entre o direito à proteção de dados pessoais e o direito à privacidade, propondo uma metodologia capaz de identificar a forma de relação dos elementos que compõem

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre e bolsista institucional em Direito da Sociedade da Informação pela FMU/SP. Especialista em Direito Digital e Proteção de Dados, em Direito Imobiliário e Notarial, em Direito Constitucional e em Direito e Processo Tributário. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Advogado, DPO e professor de Direito da Unisul. Certificado como CDPO/BR e CIPM (IAPP), DPO e ISO (EXIN), *Lead Implementer* ISO 27701 (ABNT), LA e IA ISO 27001 (Certiprof). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5949275058454555>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4267-3313>.

Recibido: 01/08/2024

Aceptado: 15/11/2024

DOI: 10.5281/zenodo.14170835

cada um dos direitos e suas interlocuções. Examinados os conceitos e elementos de ambos os direitos, as hipóteses de distinção e correlações entre os direitos foram analisadas, concluindo-se pela existência de correntes que se alinham à identificação do direito à proteção de dados pessoais como subconjunto contido no direito à privacidade e à identificação do direito à privacidade e do direito à proteção de dados pessoais como conjuntos distintos com dois elementos ou mais de intersecção, defendendo-se a adequação desta última em detrimento da outra.

Palavras-chave: Direito à proteção de dados pessoais; direito à privacidade; vida privada; direitos autônomos; distinção.

Abstract: Supported by the hypothetical-deductive method, using documentary and bibliographical research, this study investigated the relationships and distinctions between the right to data protection and the right to privacy, proposing a methodology capable of identifying the relationship between the elements that make up each of the rights and their interlocutions. Having examined the concepts and elements of both rights, the hypotheses of distinction and correlations between the rights were analyzed, concluding that there are currents of thought that align with the identification of the right to data protection as a subset contained in the right to privacy and the identification of the right to privacy and the right to data protection as distinct sets with two or more intersecting elements, defending the adequacy of the latter to the detriment of the other.

Keywords: Right to data protection; right to privacy; private life; autonomous rights; distinction.

1. Introdução

O direito à proteção de dados pessoais tem galgado em relevância na sociedade da informação, especialmente em razão do aumento da importância e do valor econômico dos dados pessoais, e, claro, das informações potencialmente geradas a partir destes, em um contexto de desenvolvimento de novas tecnologias capazes de coletar, produzir e interpretar um imenso volume de dados.

Todavia, disposições legislativas, tribunais e juristas ainda enfrentam um dilema teórico e prático para identificar e delimitar o direito à proteção de dados pessoais em face do direito à privacidade, fator determinante para auferir o alcance e as consequências de sua interpretação e aplicação e que motivou o desenvolvimento deste estudo.

Para a delimitação da pesquisa, trabalhou-se com o seguinte problema: o direito à proteção de dados pessoais e o direito à privacidade podem ser diferenciados? De que forma eles se relacionam?

Assim, amparado no método hipotético-dedutivo, com utilização das pesquisas documental e bibliográfica, o presente estudo pretendeu investigar as relações e distinções entre o direito à proteção de dados pessoais e o direito à privacidade, propondo uma metodologia capaz de identificar a forma de relação dos elementos que compõem cada um dos direitos e suas interlocuções.

Nesse sentido, na primeira seção, analisou-se a questão da terminologia utilizada para se referir ao direito à proteção de dados pessoais e sua correspondência ao direito à privacidade, posteriormente delineando as acepções que correspondem a cada um destes.

Na seção subsequente, avaliou-se a hipótese desses direitos serem indistintos, perquirindo-se acerca da suficiência da correspondência de seus elementos.

Finalmente, na ulterior, examinou-se a hipótese dos direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais serem distintos, enfocando-se as diferentes

possibilidades de correlações e sobreposições entre seus elementos: primeiro, a inexistência de sobreposição de qualquer elemento; após, a sobreposição em um único ponto; e, então, a possibilidade de sobreposição em múltiplos pontos, vista essa sob a perspectiva do direito à privacidade como subconjunto contido no direito à proteção de dados pessoais, do direito à proteção de dados pessoais como subconjunto contido no direito à privacidade e, por último, estes direitos como conjuntos distintos com dois elementos ou mais de intersecção.

Em que pese a investigação perpassar por obras e fontes internacionais, o enfoque corresponde ao contexto brasileiro, significativamente influenciado pela perspectiva europeia.

2. Distintos, mas nem tanto? O problema da terminologia e as acepções dos direitos investigados

Os direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais possuem múltiplas acepções, com contextos, desenvolvimento histórico e aplicações que se assemelham e que se distinguem. Esses direitos comumente são referenciados expressamente como direitos distintos, mas são corriqueiramente intercambiados como se iguais fossem, inclusive em obras especializadas.

Ilustrativamente, ao escrever sobre o desenvolvimento de instrumentos regulatórios para a proteção da privacidade e interesses relacionados, com relação ao tratamento de dados pessoais, Bygrave identifica a controvérsia terminológica, uma vez que os termos “data protection” (proteção de dados), “privacy” (privacidade), “data privacy” (privacidade dos dados) e “information privacy” (privacidade da informação) tendem a ser utilizados para se referir às regulamentações de processamento de dados relacionados a pessoas, com o fito de salvaguardar a privacidade e outros interesses relacionados a essas pessoas.²

Buscando-se a definição dos contornos de cada um desses direitos, observa-se que, de forma geral, o direito à privacidade tomou corpo inicialmente em 1890, como um “*right to be let alone*”, ou direito de ser deixado a sós, termo este atribuído por Samuel Warren e Louis Brandeis ao Juiz Cooley³, mas desenvolvido marcadamente pelos autores⁴, centralizado em uma perspectiva negativa, de comando geral de não intromissão em aspectos privados⁵.

Em sua obra “The right to privacy”, os autores ressaltam a importância do desenvolvimento de novos direitos em decorrência das mudanças paradigmáticas que demandam a constante reavaliação da natureza e da extensão da proteção ao indivíduo, seja em sua perspectiva pessoal, seja em seu aspecto patrimonial, ou de propriedade⁶.

Mas é na década iniciada em 1960, em uma segunda fase⁷, que se desenvolve a percepção de privacidade inclinada ao direito à proteção de dados pessoais, associada precipuamente como uma acepção de controle sobre as informações a si relacionadas, em um contexto de preocupação pela concentração de dados em

² BYGRAVE, L. A. “Privacy and Data Protection in an International Perspective”, *Stockholm Institute for Scandinavian Law & Lee A Bygrave*, 2010, p. 166.

³ WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D. “The right to privacy”, *Harvard Law Review*, Boston, v. 4, n. 5, 15 dez. 1890, p. 195.

⁴ TOMASEVICIUS FILHO, E. “Em direção a um novo 1984? A tutela da vida privada entre a invasão de privacidade e a privacidade renunciada”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 109, jan./dez. 2014, p. 141-143.

⁵ FACCHINI NETO, E.; DEMOLINER, K. S. “Direito à privacidade e novas tecnologias: breves considerações acerca da proteção de dados pessoais no Brasil e na Europa”, *Revista Internacional Cosinter de Direito*, Curitiba, v. 4, n. 7, jul./dez. 2018, p. 24.

⁶ WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D. “The right to privacy”, *Harvard Law Review*, Boston, v. 4, n. 5, 15 dez. 1890, p. 193.

⁷ TOMASEVICIUS FILHO, E. “Em direção a um novo 1984? A tutela da vida privada entre a invasão de privacidade e a privacidade renunciada”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 109, jan./dez. 2014, p. 144-153.

sistemas computadorizados, tendo Alan Westin como destaque no desenvolvimento de trabalhos sobre o tema⁸.

Na perspectiva de Westin, a revolução no processamento de dados com a computação expandiu a capacidade humana nos mais diversos campos do saber e, como conhecimento é poder, a questão da privacidade levantada pela informatização é que o aumento da coleta e processamento de informação, se não cuidadosamente controlado, enseja o risco de exacerbação do poder de vigilância por parte do governo sobre as vidas individuais e a atividade organizacional⁹.

É possível identificar, nesse sentido, a existência de corrente de pensamento que coloca a evolução histórica e legislativa do direito à proteção de dados pessoais como elemento interno à evolução histórica e legislativa do direito à privacidade, tal qual a proteção de dados pessoais se resumisse a uma continuidade de todas as legislações existentes que protegiam a privacidade.¹⁰

Noutro giro, a partir da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, o direito à privacidade pode ser visualizado sob quatro perspectivas: vida privada, vida familiar, casa e correspondência¹¹, podendo corresponder a questões como a integridade corporal, o acesso a informações e documentos públicos, o segredo de correspondência e comunicação, a proteção do domicílio, a proteção de dados pessoais, escutas telefônicas, gênero, saúde, identidade, proteção contra incômodos ambientais, o direito de fazer escolhas pessoais essenciais, como as relativas a nome e orientação sexual, a autonomia ou autodeterminação do indivíduo, estendendo-se para o resguardo de características visíveis e condutas públicas dos indivíduos, em uma perspectiva de "privacidade pública".¹²

Sob outra linha, Menezes e Beltrão sustentam a existência de divergências na definição do escopo da privacidade, identificando posições como a de Lôbo, na qual o direito à privacidade se trataria de gênero, no qual estariam inclusas as espécies direito à intimidade, à vida privada, ao sigilo e à imagem, a de Bittar, na qual o direito à intimidade que se caracterizaria como o gênero, englobando o resguardo à privacidade, à imagem, ao segredo, entre outros, e, ainda, a de Lewicki, que sintetiza serem esses direitos um conglomerado que abrange interesses diversos interligados à proteção da vida privada.¹³

Por outro lado, reconhecem doutrina alemã, denominada teoria das esferas, que identifica três esferas concêntricas, sendo estas a esfera da intimidade ou do segredo (Intimsphäre), a qual abrangeria, entre outros elementos, os pensamentos, os sentimentos, as cartas, os diários, o estado de saúde, a vida sexual; a esfera privada (Privatsphäre), na qual está circunscrita a vida privada da pessoa, correspondente aos assuntos domésticos e familiares; e a esfera pessoal (Individualsphäre), equivalente à autodeterminação do sujeito nas suas relações com a sociedade.¹⁴

Já no âmbito formal, o direito à privacidade está contemplado nos mais diversos instrumentos normativos.

⁸ QUEIROZ, R. M. R. "Direito à privacidade e proteção de dados pessoais: aproximações e distinções", *Revista do Advogado*, ano XXXIX, n. 144, nov. 2019, p. 16.

⁹ WESTIN, A. *Privacy and Freedom*, Ig Publishing, New York, 2018, p. 119.

¹⁰ FINKELSTEIN, M. E.; FINKELSTEIN, C. "Privacidade e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais", *Revista de Direito Brasileira*, v. 23, n. 9, mai./ago. 2019, p. 293.

¹¹ GELLERT, R.; GUTWIRTH, S. "The legal construction of privacy and data protection", *Computer Law & Security Review*, v. 29, n. 5, 2013, p. 524.

¹² *Idem*.

¹³ MENEZES, R. O. A.; BELTRÃO, S. R. "A necessidade de publicidade restrita dos atos processuais nos casos de planos de saúde: Em prol da proteção da intimidade dos usuários", *Scientia Iuris*, v. 22, n. 2, jul. 2018, p. 278.

¹⁴ FACCHINI NETO, E.; DEMOLINER, K. S. "Direito à privacidade na era digital: uma releitura do art. XII da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) na sociedade do espetáculo", *Revista Internacional Consinter de Direito*, v. 5, n. 9, jul./dez. 2019, p. 122.

Como direito humano, encontra-se esculpido no artigo 12º da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁵, no art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹⁶, no artigo 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, promulgada no Brasil através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992¹⁷, gravitando em torno dos pilares da proteção da vida privada, da vida familiar, do domicílio e da correspondência como núcleo desse direito.

Na qualidade de direito fundamental, está previsto no rol de direitos e garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988, distribuído entre os incisos X, XI e XII, como proteção da intimidade, da vida privada, como a inviolabilidade da casa e do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.¹⁸

No que tange aos direitos da personalidade – os próprios da pessoa em si, por sua própria natureza como ente humano ou em suas projeções para o mundo exterior¹⁹, ou “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções”²⁰ –, o Código Civil explicita apenas a proteção da privacidade apenas sob a alcunha da vida privada, em seu art. 21²¹, não obstante, alicerçado na perspectiva de proteção da personalidade humana e do seu livre desenvolvimento, poder-se influir que os demais aspectos da privacidade também se encontram resguardados na qualidade de direito da personalidade.

Assim, embora o direito à privacidade possua diferentes acepções, seu cerne se adstringe a quatro aspectos principais, correspondentes à proteção da vida privada, da vida familiar, do domicílio e da correspondência, os quais são resguardados como direitos humanos, fundamentais e da personalidade²².

Por sua vez, o direito à proteção de dados pessoais teve seu surgimento influenciado pelo desenvolvimento tecnológico com vistas à informatização, a atuação estatal em busca da otimização e eficiência no armazenamento e processamento de dados pessoais de seus cidadãos e o temor dos setores da sociedade no que tange ao uso ao qual estariam suas informações sendo submetidas e a possibilidade do excesso e abuso de poder.²³

São identificadas por Limberger três gerações de leis de proteção de dados pessoais na legislação europeia. A primeira, caracterizada pelo rigor na criação dos arquivos informatizados, é ilustrada pela lei do Land Hesse, na Alemanha, sucedida pela lei da República Federal Alemã de 1977, a lei sueca de 1973, a lei dinamarquesa de 1978 e a lei austríaca de 1978²⁴. A segunda, com enfoque na tutela dos direitos

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 10 de dezembro de 1948.

¹⁶ CONSELHO DA EUROPA. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*.

¹⁷ BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*.

¹⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

¹⁹ BITTAR, C. A. “Os direitos da personalidade e o projeto de Código Civil brasileiro”, *Revista de informação legislativa*, v. 15, n. 60, out./dez. 1978, p. 115.

²⁰ FRANÇA, R. L. “Direitos da personalidade – coordenadas fundamentais”, *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, ano VII, n. 4, jul.-dez. 1993, p. 37.

²¹ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

²² CHAVES, J. R. R. de. *O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: uma análise sob a perspectiva de sua (in)distinguilidade do direito à privacidade*. Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, 2023.

²³ CHAVES, J. R. R. de. “A inaplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais ao tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos: uma interpretação baseada no contexto europeu”, em VV.AA. (SOUZA, C. E. S. e (coord.) e SANTOS, M. R. R. dos (org.), *Direito Civil na contemporaneidade e sua interatividade com os direitos fundamentais: questionamentos, reflexões e novas propostas*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2022, p. 141-142.

²⁴ LIMBERGER, T. “Da evolução do direito a ser deixado em paz à proteção dos dados pessoais”, *Revista do Direito*, n. 30, 15 jul. 2008, p. 144.

fundamentais, a exemplo da lei francesa de 1978, da lei suíça de 1981, da lei da Islândia de 1981 e da lei de Luxemburgo de 1979²⁵. A terceira, caracterizada pela unificação do direito europeu, lastreada no Convênio de Estrasburgo de 1981, com objetivo de garantia dos direitos e o não obstáculo ao desenvolvimento do setor informático, como observado na lei do Reino Unido de 1984, a lei alemã de 1990, a lei de Portugal de 1991, a lei espanhola de 1992 e a lei italiana de 1996, pela previsão da matéria nas respectivas Constituições de alguns Estados e pela Diretiva 95/46, de 1995, que unificou a regência da matéria legislativa da proteção de dados informatizados na Europa e buscou possibilitar a sua livre circulação²⁶.

Outros estudos identificam a existência de mais gerações de leis de proteção de dados pessoais, em que se evoluiu, a partir da década de 1970, de uma primeira geração, de caráter mais rígido e restritivo de processamento, para até uma quarta geração, que alça o indivíduo ao centro, por meio da autodeterminação informativa, somado à criação de mecanismos coletivos de proteção²⁷, e, quiçá, uma quinta geração, com o advento do Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu - Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016²⁸.

No tocante à realidade brasileira, constata-se a existência de normas esparsas de proteção de dados no ordenamento jurídico²⁹, como a disciplina de banco de dados pelo artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), do *habeas data* (art. 5º, LXXII, da CF) e, dentre outras, da proteção de dados pessoais em diversas passagens do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014), mas a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, chamada de Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), estabeleceu uma sistematização de normas específicas, tendo sido reforçada sua relevância posteriormente com o reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental, ocorrido formalmente com a promulgação da Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022.

Assim, faz-se relevante observar que também o direito à proteção de dados pessoais é reconhecido e aplicado como direito fundamental e como direito da personalidade.

Como direito humano, não se observa uma previsão expressa que resguarde o direito à proteção de dados pessoais no sistema interamericano, nem no europeu. Neste, a interpretação da Corte Europeia de Direitos Humanos resguarda tal direito como uma dedução do direito à privacidade³⁰, estabelecido no art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que disciplina o direito ao respeito pela vida privada e familiar³¹, consoante entendimento da Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia e do Conselho da Europa, em conjunto com a Secretaria do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem³².

²⁵ Idem.

²⁶ Idem.

²⁷ DONEDA, D. "A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental", *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 12, n. 2, 2011, p. 96-98.

²⁸ FACCHINI NETO, E.; DEMOLINER, K. S. "Direito à privacidade e novas tecnologias: breves considerações acerca da proteção de dados pessoais no Brasil e na Europa", *Revista Internacional Consinter de Direito*, v. 4, n. 7, jul./dez. 2018, p. 28-31.

²⁹ BATTOCHIO STUART, M.; VALENTE, V. A. E. "Responsabilidade Civil y Protección de Datos Personales: Tutela Individual y Derecho Procesal Colectivo", *Cadernos de Direito Actual*, n. 14, 2020, p. 355.

³⁰ SARLET, I. W. "Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada", *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 14, n. 42, jan./jun. 2020, p. 182.

³¹ CONSELHO DA EUROPA. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*.

³² CONSELHO DA EUROPA; AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, *Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados*. Serviço das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2014, p. 22.

Já no sistema interamericano, o tema da proteção de dados pessoais está na agenda da Organização dos Estados Americanos desde 1996, resultando em atuações descentralizadas e na aprovação de resoluções, assim como na emissão de diferentes documentos pelo Comitê Jurídico Interamericano, como o documento "El Derecho de la información: acceso y protección de la información y datos personales en formato electrónico", de 2000, a "Propuesta de Declaración de Principios de Privacidad y Protección de Datos Personales en las Américas", de 2012, a "Guía Legislativa sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales en las Américas", em 2015, e os "Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales, con Anotaciones", em 2021, também aprovados pela Assembleia Geral³³.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos não possui grandes desenvolvimentos ou aplicações do direito à proteção de dados pessoais. Nos poucos casos no qual esse direito foi abordado expressamente, serviu como fundamento para resguardar algum outro direito, como se observa na Opinião Consultiva OC-24/17, de 24 de novembro de 2017, solicitada pela Costa Rica, acerca da identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo, no qual a proteção de dados pessoais serviu para fundamentar o resguardo desses direitos³⁴.

Como direito fundamental, na Europa, no art. 8 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, do ano 2000, o direito à proteção de dados foi alçado à condição de direito fundamental de natureza autônoma³⁵. No Brasil, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, acresceu-se formalmente ao rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Constituição Federal o inciso LXXIX, que dispõe ser assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, não obstante seu reconhecimento prévio como materialmente pertencente à categoria de direito e garantia fundamental, como um direito implícito, relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, do direito geral de liberdade, dos direitos à privacidade e à intimidade³⁶, em atenção aos riscos que o tratamento automatizado traz à proteção da personalidade à luz de garantias constitucionais³⁷, com amparo no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal brasileira.

No que tange à acepção como direito da personalidade, tendo em vista a necessidade de se considerar a alimentação contínua dessa categoria com novos direitos, ou, ainda, com a redesignação de seus conteúdos e significados³⁸, o direito à proteção de dados pessoais também pode ser considerado como integrante.

Em linhas gerais, como direito humano, fundamental ou da personalidade, o direito à proteção de dados pessoais gravita entre três elementos: o controle do cidadão, a legitimidade para tratamento e a segurança do tratamento³⁹.

³³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Protección de Datos Personales*.

³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-24/17, de 24 de novembro de 2017*.

³⁵ SARLET, I. W. "Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada", *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 14, n. 42, jan./jun. 2020, p. 183.

³⁶ *Ibidem*, p. 184.

³⁷ DONEDA, D. "A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental", *España Jurídica Journal of Law*, v. 12, n. 2, 2011, p. 103.

³⁸ CAVALCANTI, A. E. L. W. "Os Direitos da Personalidade na Sociedade da Informação: Impactos das Novas Tecnologias", em VV.AA. (Lisboa, R. S. coord.), *O Direito na Sociedade da Informação V: movimentos sociais, tecnologia e a proteção das pessoas*, Almedina, São Paulo, 2020, p. 30.

³⁹ CHAVES, J. R. R. de; SILVA, V. H. C. "Proteção de dados pessoais e o direito fundamental de acesso a informações públicas", em VV.AA. (Vigliar, J. M. M. org.), *Temas da LGPD para o observatório da proteção de dados*, Dos Autores, São Paulo, 2023, p. 48.

Outrossim, em que pese seu caráter precipuamente individual, também a perspectiva coletiva, ou de grupos, desse direito deve ser considerada⁴⁰, especialmente diante do poder analítico e de inferência preditiva de informações das novas tecnologias⁴¹, que importam em risco a grupos populacionais, como de discriminação por vieses e valores embutidos na programação de algoritmos, os quais podem ser, por vezes, opacos, arbitrários e discriminatórios⁴².

Tais considerações revelam as diferentes perspectivas que permeiam o entendimento dos direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais, mas não conseguem traçar linhas precisas nas quais possam ser diferenciados – sendo identificada até a sobreposição em certos momentos. Logo, necessário o aprofundamento de uma proposta de caminho para análise das suas relações e distinções.

3. O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos indistintos

para que o direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais sejam considerados direitos indistintos, há a necessidade de que tais direitos se sobreponham em todos os pontos, ou seja, é necessário que haja a identidade dos conjuntos, de modo que todos os elementos existentes no direito à privacidade devem igualmente existir no direito à proteção de dados pessoais, e vice-versa.

Para constatar a identidade dos conjuntos através da correspondência exata dos elementos que os compõem, far-se-ia necessário comparar elemento a elemento, buscando-se as correlações, de modo que seria necessário identificar o objeto ou bem jurídico tutelado, sua razão de ser histórica e hodierna, seus limites, os sujeitos tutelados, etc., desenvolvendo-se critérios suficientes para a comparação, ilações para analisar e justificar eventuais ausências de correspondência (ou lacunas legislativas, p. e.), e, ainda, considerar as próprias características do objeto investigado – o Direito, que não pode simplesmente ser visto sob uma perspectiva desvinculada da realidade que o cria e o reconhece e, concomitantemente, que por ele é influenciada.

Todavia, não se identifica qualquer indicativo desse posicionamento no levantamento dos referenciais trabalhados, em razão da dificuldade metodológica em separar cada um desses elementos e dos contextos de surgimento, de consolidação e de aplicação de cada um desses direitos não possuírem correspondências exatas entre si.

De fato, não há necessidade de avaliar cada um dos elementos, tendo em vista que a simples formalização normativa através de diferentes veículos normativos, ou diferentes artigos em um mesmo veículo, demonstra a existência de uma diferença entre os direitos, fator que invalida a tese.

Em que pese tais considerações, observa-se corriqueiramente a utilização dos termos *privacidade* e *proteção de dados*, e seus correspondentes nos demais idiomas, sendo utilizados como sinônimos, ou como termos intercambiáveis, especialmente quanto aos termos *data protection* (proteção de dados), *privacy* (privacidade), *data privacy* (privacidade dos dados) e *information privacy* (privacidade da informação)⁴³.

⁴⁰ FLORIDI, L. "Open Data, Data Protection, and Grupo Privacy", *Philos. Technol.*, v. 27, 2014, p. 2.

⁴¹ MANTELERO, A. "Personal data for decisional purposes in the age of analytics: From an individual to a collective dimension of data protection", *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2016, p. 2-3.

⁴² ZANATTA, R. A. F.; SOUZA, M. R. O. "A tutela coletiva na proteção de dados pessoais: tendências e desafios", em VV.AA. (De Lucca, N.; Rosa, C. coords.), *Direito & Internet IV: Proteção de Dados Pessoais*, Quartier Latin, São Paulo, 2019, p. 11; 13.

⁴³ BYGRAVE, L. A. "Privacy and Data Protection in an International Perspective", *Stockholm Institute for Scandinavian Law & Lee A Bygrave*, 2010, p. 166.

Essas ocorrências, no entanto, revelam apenas uma ausência de rigor metodológico conceitual, decorrente do posicionamento aparente de parte da doutrina no sentido de desenvolver e arguir o direito à proteção de dados pessoais como instrumental, ou como o outro lado da moeda do direito à privacidade.

4. O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos distintos

Superada a hipótese de que os direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais poderiam ser direitos indistintos, passar-se-á à investigação das diferentes perspectivas que os distinguem.

4.1 O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos que não se sobrepõem em qualquer ponto

Para que os direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais possam se enquadrar como direitos que não se sobrepõem em qualquer ponto, há a necessidade de que sejam, ao menos, mutuamente exclusivos, ou seja, nada pode pertencer simultaneamente a ambas as partes. Essa análise pode ser particularmente capciosa.

Por um lado, tal posição poderia ser singelamente negada, pois bastaria identificar qualquer elemento em comum entre ambos os direitos, como a interpretação da Corte Europeia de Direitos Humanos resguarda o direito à proteção de dados pessoais como uma dedução do direito à privacidade⁴⁴, estabelecido no art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que disciplina o direito ao respeito pela vida privada e familiar⁴⁵, como estatuído no entendimento externado pela Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia e pelo Conselho da Europa, em conjunto com a Secretaria do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem⁴⁶. Afinal, se ambos os direitos podem ser tutelados a partir do mesmo dispositivo normativo, bem como se o direito à proteção de dados pessoais pode ser deduzido do direito à privacidade, ao menos um elemento é idêntico em cada um desses direitos, revelando alguma sobreposição.

Todavia, por outro lado, uma análise mais minuciosa poderia levar ao questionamento das próprias premissas já assentadas para cada um desses direitos. Nesse sentido, pode ser proposta a visualização desses direitos como pertencentes a *dimensões* distintas, assim como o espaço e o tempo o são.

Sob essa perspectiva, a privacidade poderia ser caracterizada como elemento físico, inerente ao sujeito ou associado com o ambiente ou com outros sujeitos com os quais este se vincula e a proteção de dados pessoais como elemento abstrato, virtual, correspondente a uma projeção do sujeito ou de sua relação com o ambiente e outros sujeitos traduzida em símbolos (os dados).

Em outras palavras, o direito à privacidade incidiria sobre situações juridicamente qualificáveis que correspondessem ao sujeito e ao seu modo de vida, suas interações com outros seres e com o ambiente que os cercam, de modo que a extensão de sua aplicabilidade estaria limitada aos contornos do ser e dos objetos e da realidade que com ele se inter-relacionam.

Já o direito à proteção de dados pessoais demandaria uma abstração *ab initio*. A proteção não estaria centrada no ser, mas em sua representação através dos dados, ainda que sua finalidade seja, no fim das contas, a proteção do próprio ser. Nessa acepção, a aplicabilidade de ambos os direitos a um mesmo caso importaria

⁴⁴ SARLET, I. W. "Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada", *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 14, n. 42, jan./jun. 2020, p. 182.

⁴⁵ CONSELHO DA EUROPA; TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*.

⁴⁶ CONSELHO DA EUROPA; AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, *Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados*, Serviço das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2014, p. 22.

na proteção concomitante das duas dimensões ao invés da sobreposição desses direitos.

Em que pese tais considerações, a pesquisa realizada não demonstrou qualquer autor ou corrente que defenda essa ideia.

4.2 O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos que se sobrepõem em um único ponto

Para que o direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais sejam considerados como direitos que se sobrepõem em um único ponto, teria que ser possível, primeiro, delimitar com precisão exatamente o escopo de cada um desses direitos, ou seja, seria necessária a identificação de todo e qualquer elemento existente no que se considera o direito à privacidade e de todo e qualquer elemento existente no que se considera o direito à proteção de dados pessoais, para, então, na busca por um único elemento em comum a ambos os direitos – com a necessária negativa: de que todos os demais elementos não se sobreponham –, em procedimento similar ao aplicável à análise desses direitos como indistintos.

Todavia, assim como na análise desses direitos como indistintos, não se identificou qualquer indicativo de tal posicionamento no levantamento dos referenciais trabalhados no decorrer da presente pesquisa. Isso se deve não somente à dificuldade metodológica, mas também aos contextos de surgimento, de consolidação e de aplicação de cada um desses direitos, os quais não possuem correspondências exatas entre si, sendo hercúleo, mas também absolutamente inútil, enveredar-se no aprofundamento de tal perspectiva.

4.3 O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos que se sobrepõem em múltiplos pontos: o direito à privacidade como subconjunto contido no direito à proteção de dados pessoais

Para que o direito à privacidade possa ser considerado um subconjunto contido no direito à proteção de dados pessoais, tudo relacionado à privacidade, ou seja, todos os elementos que integram a acepção de privacidade devem corresponder igualmente a algo atinente à proteção de dados pessoais, tanto em questão de existência, quanto em questão de consequências, efeitos; no entanto, a proteção de dados deve ter elementos que não correspondam à privacidade, sendo, nesse sentido, mais ampla. Essa ideia, no entanto, é facilmente refutável.

Observe-se, por exemplo, o elemento da proteção do domicílio existente na acepção da privacidade. Em sua acepção física, como espaço no qual o indivíduo pode desenvolver regularmente suas atividades pessoais, viver sem a interferência alheia, caso alguém adentre nesse domicílio sem a devida autorização, estará a invadir e violar a privacidade desse indivíduo. No entanto, não há qualquer representação ou projeção desse indivíduo ou desse seu ambiente através de dados, de modo que não haveria elemento de correspondência no conjunto de proteção de dados pessoais.

Esse posicionamento não é defendido em qualquer dos referenciais trabalhados no decorrer da presente obra. Pelo contrário, as obras analisadas tendem justamente a refutar, ainda que indiretamente, tal posição, seja por defender a autonomia de ambos os direitos, seja por defender que a proteção de dados pessoais é que deriva da privacidade.

4.4 O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos que se sobrepõem em múltiplos pontos: o direito à proteção de dados pessoais como subconjunto contido no direito à privacidade

Para que o direito à proteção de dados pessoais possa ser considerado um subconjunto contido no direito à privacidade, tudo relacionado à proteção de dados

personais, ou seja, todos os elementos que integram a aceção de proteção de dados pessoais devem corresponder igualmente a algo atinente à privacidade, tanto em questão de existência, quanto em questão de consequências, efeitos; no entanto, a privacidade deve ter elementos que não correspondam à proteção de dados pessoais, sendo, nesse sentido, mais ampla.

Essa posição fora identificada em autores no decorrer da pesquisa. Ao se investigar a gênese do direito à proteção de dados pessoais, foi possível se depreender que este teria surgido e se desenvolvido, a princípio, como uma extensão, ou o próprio direito à privacidade⁴⁷, sendo ainda aplicado dessa forma pela jurisprudência europeia, uma vez que o Tribunal de Justiça da União Europeia assentou que as leis de proteção de dados pessoais devem ser aplicadas a serviço do direito à privacidade, não reconhecendo qualquer diferença relevante entre esses direitos⁴⁸. Essa ausência de diferença relevante aqui é entendida como sendo uma ausência de diferença que afaste o direito da proteção de dados pessoais do direito à privacidade, ou seja, que exista algum elemento daquele direito que não está incluso neste.

Maria Finkelstein e Claudio Finkelstein defendem essa aceção, estabelecendo que as legislações de proteção de dados pessoais baseiam-se na premissa de que um indivíduo possui uma expectativa de privacidade, a menos que esta tenha sido restringida ou renunciada, sendo a proteção aos dados pessoais uma *continuidade* das legislações que protegem a privacidade⁴⁹.

Cueva, a seu turno, também defende uma posição do direito à proteção de dados pessoais como um conteúdo positivo do direito à privacidade, pois a privacidade deixaria de ter apenas um conteúdo negativo, de excluir terceiros, e passaria a estar relacionada também ao controle, à "liberdade de o indivíduo decidir como, quando e onde seus dados pessoais podem circular"⁵⁰.

Tal posição, no entanto, não se sustenta. Embora o surgimento e o desenvolvimento do direito à proteção de dados pessoais guarde estreita relação com os elementos atinentes à privacidade, não se restringe à ela.

O direito à proteção de dados pessoais gravita entre três elementos: o controle do cidadão, a legitimidade para tratamento e a segurança do tratamento⁵¹. Ilustrando-se a partir da segurança do tratamento, incluída nesta está a segurança da informação, a qual se caracteriza principalmente através da tríade de propriedades conhecida como CID: confidencialidade, integridade e disponibilidade. A confidencialidade diz respeito à propriedade de que a informação não esteja disponível ou revelada a indivíduos, entidades ou processos não autorizados. A integridade corresponde à propriedade de exatidão e completeza. Finalmente, a

⁴⁷ "No sistema da CEDH [Convenção Europeia dos Direitos do Homem], a proteção de dados é garantida pelo artigo 8.º (direito ao respeito pela vida privada e familiar) e, tal como no sistema da Carta, este direito tem de ser exercido respeitando o âmbito de outros direitos concorrentes". CONSELHO DA EUROPA; AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, *Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados*, Serviço das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2014, p. 22.

⁴⁸ FUSTER, G. G. "The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU", em VV.AA., *Law, Governance and Technology Series*, v. 16, Vrije Universiteit Brussels, Brussels, 2014, p. 259.

⁴⁹ FINKELSTEIN, M. E.; FINKELSTEIN, C. "Privacidade e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais", *Revista de Direito Brasileira*, v. 23, n. 9, mai./ago. 2019, p. 293.

⁵⁰ CUEVA, R. V. B. "A insuficiente proteção de dados pessoais no Brasil", *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 13, ano 4, out.-dez. 2017, p. 61-62.

⁵¹ CHAVES, J. R. R. de; SILVA, V. H. C. "Proteção de dados pessoais e o direito fundamental de acesso a informações públicas", em VV.AA. (Vigliar, J. M. M. org.), *Temas da LGPD para o observatório da proteção de dados*, Dos Autores, São Paulo, 2023, p. 48.

disponibilidade se refere à propriedade de estar acessível e utilizável sob demanda de uma entidade autorizada.⁵²

A falta desta última revela facilmente a inadequação dessa corrente, uma vez que a destruição de um dado pessoal configuraria uma violação da disponibilidade, podendo ensejar a caracterização de um ato ilícito pela transgressão do princípio da segurança, relacionado à proteção de dados pessoais, ao passo que a ideia de que a privacidade visa resguardar o indivíduo contra intromissões indevidas em suas questões pessoais, de modo que a destruição de um dado pessoal do indivíduo pode ensejar o *reforço* da proteção da privacidade deste, pois o agente de tratamento (controlador ou operador) não mais intrometer-se-ia nas questões pessoais do indivíduo por não dispor do dado pessoal.

Assim, embora seja possível identificar a defesa dessa corrente na literatura analisada, ela não se mostra como a resposta mais adequada para a solução do problema.

4.5 O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos que se sobrepõem em múltiplos pontos: o direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como conjuntos distintos com dois elementos ou mais de intersecção

Para a caracterização do direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como conjuntos com dois elementos ou mais de intersecção, faz-se substancial a identificação de ao menos dois elementos que sejam comuns a ambos os direitos. Para tanto, não é essencial que todos os elementos sejam catalogados, pois uma vez constatado um elemento que não seja comum e a existência de uma categoria de elementos em comum, certamente existirão os dois ou mais elementos necessários.

Nesse sentido, Bygrave sustenta que, embora sejam conceitos próximos um do outro, não seriam idênticos, uma vez que proteção de dados pessoais representaria um conceito mais amplo do que a proteção à privacidade, não obstante poder coincidir com a privacidade na dimensão meramente informacional, sem incidir nas dimensões espaciais e físicas da privacidade.⁵³

Por sua vez, Rodotà fundamenta uma distinção que atribui à privacidade uma acepção estática, de caráter negativo (ordem de não interferência), que permite determinar como a esfera de privacidade do indivíduo poderá ser construída, enquanto a proteção de dados pessoais seria uma acepção dinâmica, de caráter positivo (de controle) sobre os dados, sendo, no entanto, ambos decorrentes de um longo processo evolucionário a partir do conceito de privacidade⁵⁴, de modo que a sobreposição de ao menos dois de seus pontos elementares seria indiscutível.

Kokott e Sobotta, baseados em jurisprudências do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, duas das maiores Cortes dos sistemas normativos europeus, identificam uma distinção entre privacidade e proteção de dados com relação ao escopo de cada um desses direitos, no sentido de uma distinção material, quanto à informação coberta pelo respectivo direito, que no direito à proteção de dados é mais ampla, representando toda a informação

⁵² VIANNA, E. W.; FERNANDES, J. H. C. "O gestor da segurança da informação no espaço cibernético governamental: grandes desafios, novos perfis e procedimentos", *Brazilian Journal of Information Science*, v. 9, n. 1, 2015, p. 8.

⁵³ BYGRAVE, L. A. "Privacy and Data Protection in an International Perspective", *Stockholm Institute for Scandinavian Law & Lee A Bygrave*, 2010, p. 168.

⁵⁴ RODOTÀ, S. "Data Protection as a Fundamental Right", em VV.AA. (Gutwirth, S. et al. eds.), *Reinventing Data Protection?*, Springer, Dordrecht, 2009, p. 79-80.

relacionada a pessoa natural identificada ou identificável, enquanto o direito à privacidade não inclui necessariamente todo esse escopo.⁵⁵

Ainda, sustentam divergências também quanto às limitações aos referidos direitos, uma vez que preenchidos os requisitos legais para processamento, não haveria problemas quanto ao direito à proteção de dados pessoais, mas ainda poderia subsistir risco de interferência ao direito à privacidade, que demandaria uma justificativa válida para superação.⁵⁶

Sob a perspectiva de Queiroz, a aplicação do direito à privacidade seria feita a um escopo diferente ao da proteção de dados, haja vista que o direito à proteção de dados não faz um filtro substantivo sobre a qualidade do dado, pois, se é dado pessoal, interessa ao direito à proteção de dados, ainda que não seja sensível à privacidade do titular, podendo, por outro lado, ter uma proteção incrementada quando se tratar de dado sensível⁵⁷, demonstrando-se, assim que, embora haja elementos concomitantes em ambos os direitos, estes também possuem elementos que extrapolam o escopo de aplicação do outro direito, sendo, portanto, reciprocamente mais amplos.

Gutiérrez identifica que a necessidade de proteção dos dados pessoais frente aos abusos informáticos derivados do poder da Administração e de outras entidades é uma exigência do Estado de Direito, com o fito de proteger não apenas a intimidade, mas também direitos e liberdades públicas e a própria identidade pessoal, inclusive no tocante a dados aparentemente inócuos e conhecidos, com o eixo da relevância protetiva movendo-se para além do aspecto meramente íntimo, para atender à possibilidade de disposição dos dados.⁵⁸

Já Ortiz assevera que o Tribunal Constitucional Espanhol, nas SSTC 290/2000, contra a LORTAD, e 292/2000, contra a LOPD, em 30 de novembro, reconhece de forma definitiva o direito à proteção de dados pessoais como um direito autônomo, distinto do direito à intimidade, reportando o primeiro reconhecimento do conceito de proteção de dados pessoais à STC 254/93, alinhada a uma perspectiva de "liberdade informática", como um direito de controlar o uso de dados inseridos em um programa informático, diferenciando-se do direito à intimidade por sua função, objeto e conteúdo⁵⁹.

Gellert e Gutwirth defendem que o direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais são distintos, mas que existem elementos de sobreposição entre ambos.

No que tange à perspectiva formal, a privacidade está alicerçada no artigo 8.1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem do Conselho da Europa, e no artigo 7 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Em ambos, a proteção se explicita através de aspectos relacionados ao direito à vida privada, à vida familiar, à casa e à correspondência ou comunicação, proteção esta que não é absoluta, por existirem condições, expressas no artigo 8.2 da Convenção e, similarmente, no artigo 52.1 da Carta, nas quais interferências a esses direitos seriam permitidas.⁶⁰

A proteção de dados, a seu turno, está prevista nos artigos 16 do Tratado de Funcionamento da União Europeia, no artigo 8 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, assim como na Convenção 108 de 1981 do Conselho da Europa e nas Diretrizes para a Proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados

⁵⁵ KOKOTT, J.; SOBOTTA, C. "The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR", *International Data Privacy Law*, v. 3, n. 4, 2013, p. 225.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 226.

⁵⁷ QUEIROZ, R. M. R. "Direito à privacidade e proteção de dados pessoais: aproximações e distinções", *Revista do Advogado*, ano XXXIX, n. 144, nov. 2019, p. 19.

⁵⁸ GUTIÉRREZ, J. M. P. "Objeto y naturaleza jurídica del derecho fundamental a la protección de datos personales (I)", *Boletín núms.*, 1971-1972, p. 34.

⁵⁹ ORTIZ, C. C. *La protección de datos personales: un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, DYKINSON, S.L., Madrid, 2005, p. 44-46.

⁶⁰ GELLERT, R.; GUTWIRTH, S. "The legal construction of privacy and data protection", *Computer Law & Security Review*, v. 29, n. 5, 2013, p. 523.

Pessoais, de 1980, elaborada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, apesar desta última não ser vinculante, além de diversos outros instrumentos, a exemplo da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, conhecida como Diretiva da Proteção de Dados, que introduziu os princípios de proteção de dados pessoais na legislação da União Europeia e estabeleceu os principais elementos desse direito e o Regulamento (UE) 2016/679 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, conhecido como Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.⁶¹

Já no que tange à perspectiva material, defendem a existência de diferenciações substanciais entre os direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais, pois o conteúdo do direito à privacidade se consubstancia em quatro vertentes: vida privada, vida familiar, casa e correspondência, abarcando a integridade corporal, acesso à informação e a documentos públicos, segredo de correspondência e comunicação, proteção do domicílio, proteção de dados pessoais, escutas telefônicas, gênero, saúde, identidade, proteção contra incômodos ambientais, a proteção de características visíveis e condutas públicas de indivíduos, o direito a fazer escolhas pessoais um direito à autodeterminação ou autonomia, entre outros, não sendo possível ou necessário determinar exaustivamente o conteúdo do que seria a privacidade.⁶²

A seu turno, o direito à proteção de dados pessoais poderia ser entendido como um conjunto de “fair information practices” (“práticas de informação justas”) ou como a regulação e organização das condições nas quais os dados pessoais podem ser legitimamente tratados, práticas complementadas por estruturas institucionais para monitoramento ou consulta, como as Autoridades Supervisoras, ou “Data Protection Authorities” (Autoridades de Proteção de Dados)⁶³, observando-se a permissibilidade, por padrão, do tratamento de dados pessoais, embora existam alguns tratamentos sensíveis e de natureza potencialmente danosa que devem observar limiares qualitativos ou limiares quantitativos.⁶⁴

Simbólica, nesse sentido, é a colocação dos autores de que o direito fundamental à proteção de dados está fadado a se sobrepor a outros direitos porque, ao invés de garantir uma liberdade substancial (como o segredo de correspondência, liberdade de expressão, liberdade religiosa, etc.) – que garantiria também os meios para determinar limites os limites dessa liberdade –, está restrito a determinar até que ponto a violação à nossa liberdade pode ocorrer.⁶⁵

Observa-se, nesse sentido, que essa corrente se apresenta mais adequada, por identificar o direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como distintos, com dois elementos ou mais de intersecção, ao reconhecer a evolução do direito à proteção de dados pessoais a partir do conceito de privacidade e a existência de elementos comuns a ambos os direitos, ao passo que também reconhece a existência de divergências entre certos elementos que os compõem.

5. Conclusão

O desenvolvimento tecnológico impele diversas transformações na sociedade, a exemplo do surgimento de novos direitos ou ressignificação dos direitos preexistentes. O advento da sociedade da informação, momento histórico vivenciado

⁶¹ GELLERT, R.; GUTWIRTH, S. “The legal construction of privacy and data protection”, *Computer Law & Security Review*, v. 29, n. 5, 2013, p. 523.

⁶² *Ibidem*, p. 524.

⁶³ *Ibidem*, p. 525.

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 530.

pela sociedade atual, revela o aumento do fluxo de dados pessoais, como exigência de uma economia direcionada por dados, e, por consequência, ressalta a importância dos dados pessoais como elemento e direito a ser resguardado. Todavia, o significado desse direito, sua distinção e relações com o direito à privacidade permanecem controversas, inclusive com extensa controvérsia terminológica.

Propôs-se, assim, investigar as relações e distinções entre o direito à proteção de dados pessoais e o direito à privacidade e oferecer uma metodologia capaz de identificar a forma de relação dos elementos que compõem cada um dos direitos e suas interlocuções.

Para tanto, no decorrer da pesquisa, averiguou-se as origens do direito à privacidade, que remontam ao ano de 1890, através de obra de Samuel Warren e Louis Brandeis, como um direito de ser deixado a só, centralizado em uma perspectiva negativa, de comando geral de não intromissão em aspectos privados, bem como a existência de corrente que identifica posteriormente uma perspectiva positiva, de controle do uso de dados, como elemento existente na privacidade, visão essa que se coaduna com o desenvolvimento do direito à proteção de dados pessoais.

Constatou-se que o direito à privacidade possui múltiplos níveis de proteção, como direito humano, direito fundamental e direito da personalidade, circundando sua significação sobre quatro perspectivas: vida privada, vida familiar, casa e correspondência, não obstante sua ampla aplicação.

Por outro lado, o direito à proteção de dados pessoais, embora no Brasil tenha sido objeto de legislação de forma específica e ampla apenas a partir da década de 2010, desenvolve-se, ao menos, desde a década de 1970 na Europa, também possuindo múltiplos níveis de proteção, como direito humano, direito fundamental e direito da personalidade, com seu cerne em torno do fluxo de dados pessoais, ou seja, referindo-se a como os dados relativos às pessoas naturais são utilizados em contextos não familiares, com destaque para três elementos centrais: o controle do cidadão, a legitimidade para tratamento e a segurança do tratamento.

Com essas premissas assentadas, as hipóteses de distinção e correlações entre os direitos foram analisadas, concluindo-se pela existência de correntes que se alinham à identificação do direito à proteção de dados pessoais como subconjunto contido no direito à privacidade e à identificação do direito à privacidade e do direito à proteção de dados pessoais como conjuntos distintos com dois elementos ou mais de intersecção.

Todavia, a posição do direito à proteção de dados pessoais como subconjunto contido no direito à privacidade não se sustenta, ao passo que a outra se mostra a mais adequada, embora ambos estejam interligados pelo contexto histórico, em razão de que cada um se desenvolveu e se exterioriza de uma forma, possuindo previsões normativas e consequências próprias, protegendo valores autônomos dos indivíduos e da sociedade.

6. Referências

- BATTOCHIO STUART, M.; VALENTE, V. A. E. "Responsabilidad Civil y Protección de Datos Personales: Tutela Individual y Derecho Procesal Colectivo", *Cadernos de Dereito Actual*, n. 14, 2020, p. 353-373.
- BITTAR, C. A. "Os direitos da personalidade e o projeto de Código Civil brasileiro", *Revista de informação legislativa*, v. 15, n. 60, out./dez. 1978, p. 105-128.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.
- BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- BYGRAVE, L. A. "Privacy and Data Protection in an International Perspective", *Stockholm Institute for Scandinavian Law & Lee A Bygrave*, 2010, p. 165-200.
- CAVALCANTI, A. E. L. W. "Os Direitos da Personalidade na Sociedade da Informação: Impactos das Novas Tecnologias", em VV.AA. (Lisboa, R. S. coord.), *O Direito*

- na Sociedade da Informação V: movimentos sociais, tecnologia e a proteção das pessoas*, Almedina, São Paulo, 2020.
- CHAVES, J. R. R. de. "A inaplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais ao tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos: uma interpretação baseada no contexto europeu", em VV.AA. (Souza, C. E. S. e coord.); Santos, M. R. R. dos org.), *Direito Civil na contemporaneidade e sua interatividade com os direitos fundamentais: questionamentos, reflexões e novas propostas*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2022.
- CHAVES, J. R. R. de. *O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: uma análise sob a perspectiva de sua (in)distinguilidade do direito à privacidade*, Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, 2023.
- CHAVES, J. R. R. de; SILVA, V. H. C. "Proteção de dados pessoais e o direito fundamental de acesso a informações públicas", em VV.AA. (Vigliar, J. M. M. org.), *Temas da LGPD para o observatório da proteção de dados*, Dos Autores, São Paulo, 2023. p. 36-58.
- CONSELHO DA EUROPA; AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, *Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados*, Serviço das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2014.
- CONSELHO DA EUROPA; TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Opinião Consultiva OC-24/17, de 24 de novembro de 2017*.
- CUEVA, R. V. B. "A insuficiente proteção de dados pessoais no Brasil", *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 13, ano 4, out.-dez. 2017, p. 59-67.
- DONEDA, D. "A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental", *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 12, n. 2, 2011, p. 91-108.
- FACCHINI NETO, E.; DEMOLINER, K. S. "Direito à privacidade e novas tecnologias: breves considerações acerca da proteção de dados pessoais no Brasil e na Europa", *Revista Internacional Consinter de Direito*, v. 4, n. 7, jul./dez. 2018, p. 19-40.
- FACCHINI NETO, E.; DEMOLINER, K. S. "Direito à privacidade na era digital: uma releitura do art. XII da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) na sociedade do espetáculo", *Revista Internacional Consinter de Direito*, v. 5, n. 9, jul./dez. 2019, p. 119-140.
- FINKELSTEIN, M. E.; FINKELSTEIN, C. "Privacidade e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais", *Revista de Direito Brasileira*, v. 23, n. 9, mai./ago. 2019, p. 284-301.
- FLORIDI, L. "Open Data, Data Protection, and Grupo Privacy", *Philos. Technol.*, v. 27, 2014, p. 1-3.
- FRANÇA, R. L. "Direitos da personalidade – coordenadas fundamentais", *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, ano VII, n. 4, jul.-dez. 1993, p. 37-50.
- FUSTER, G. G. "The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU", em VV.AA., *Law, Governance and Technology Series*, v. 16. Vrije Universiteit Brussels, Brussels, 2014.
- GELLERT, R.; GUTWIRTH, S. "The legal construction of privacy and data protection", *Computer Law & Security Review*, v. 29, n. 5, 2013, p. 522-530.

- GUTIÉRREZ, J. M. P. "Objeto y naturaleza jurídica del derecho fundamental a la protección de datos personales (I)", *Boletín núms.*, 1971-1972.
- KOKOTT, J.; SOBOTTA, C. "The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR", *International Data Privacy Law*, v. 3, n. 4, 2013, p. 222-228.
- LIMBERGER, T. "Da evolução do direito a ser deixado em paz à proteção dos dados pessoais", *Revista do Direito*, n. 30, 15 jul. 2008, p. 138-160.
- MANTELERO, A. "Personal data for decisional purposes in the age of analytics: From an individual to a collective dimension of data protection", *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2016, p. 1-18.
- MENEZES, R. O. A.; BELTRÃO, S. R. "A necessidade de publicidade restrita dos atos processuais nos casos de planos de saúde: Em prol da proteção da intimidade dos usuários", *Scientia Iuris*, v. 22, n. 2, jul. 2018, p. 272-304.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 10 de dezembro de 1948.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Protección de Datos Personales*. https://www.oas.org/es/sla/ddi/proteccion_datos_personales.asp.
- ORTIZ, C. C. *La protección de datos personales: un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, DYKINSON, S.L., Madrid, 2005.
- QUEIROZ, R. M. R. "Direito à privacidade e proteção de dados pessoais: aproximações e distinções", *Revista do Advogado*, ano XXXIX, n. 144, nov. 2019, p. 15-21.
- RODOTÀ, S. "Data Protection as a Fundamental Right", em VV.AA. (Gutwirth, S. et al. eds.), *Reinventing Data Protection?*, Springer, Dordrecht, 2009, p. 77-82.
- SARLET, I. W. "Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada", *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 14, n. 42, jan./jun. 2020, p. 179-218.
- TOMASEVICIUS FILHO, E. "Em direção a um novo 1984? A tutela da vida privada entre a invasão de privacidade e a privacidade renunciada", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 109, jan./dez. 2014, p. 129-169.
- VIANNA, E. W.; FERNANDES, J. H. C.. "O gestor da segurança da informação no espaço cibernético governamental: grandes desafios, novos perfis e procedimentos", *Brazilian Journal of Information Science*, v. 9, n. 1, 2015, p. 1-28.
- WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D. "The right to privacy", *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, 15 dez. 1890, p. 193-220.
- WESTIN, A. *Privacy and Freedom*, Ig Publishing, New York, 2018.
- ZANATTA, R. A. F.; SOUZA, M. R. O. "A tutela coletiva na proteção de dados pessoais: tendências e desafios", em VV.AA. (De Lucca, N.; Rosa, C. coords.), *Direito & Internet IV: Proteção de Dados Pessoais*, Quartier Latin, São Paulo, 2019.