

DESAFIOS À PRIVACIDADE: BIG DATA, CONSENTIMENTO, LEGÍTIMOS INTERESSES E NOVAS FORMAS DE LEGITIMAR O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

Rodrigo Dias de Pinho Gomes¹

1. O que é big data?

O termo *big data* surgiu no início do século XXI², sendo inicialmente utilizado por astrônomos e geneticistas, em momento onde a memória dos computadores não se mostrava capaz de armazenar toda a quantidade de informação disponível, os obrigando a pensar em novas formas e instrumentos para analisar estes grandes bancos de dados.

Trata-se de uma expressão bastante ampla, vaga e imprecisa³, muitas vezes até criticada⁴, que comporta diversas interpretações e variados significados, principalmente por ser utilizada por diversos setores, como especialistas em tecnologia, juristas e autoridades públicas.

Apesar de ser objeto de ampla difusão⁵, não se alcançou uma definição uníssona do termo, valendo destacar algumas que servem como orientação ao presente estudo.

O professor da Universidade Oxford, Viktor Mayer-Schonberger defende que:

Big data refers to things one can do at a large scale that cannot be done at a smaller one, to extract new insights or create new forms of value, in ways that change markets, organizations, the relationship between citizens and governments, and more⁶.

¹ Advogado. Mestre em Direito Civil pela UERJ. Pesquisador na European University Institute - San Domenico di Fiesole, Itália. Especialista em Direito Civil-Patrimonial pela PUC-RIO.

² MAYER-SCHONBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **big data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think**. New York. Houghton Mifflin Harcourt, 2013. p. 6.

³ “*Big data is a generalized, imprecise term that refers to the use of large data sets in data science and predictive analytics.*” Kate Crawford and Jason Schultz, *big data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms*, 55 B.C.L. Rev. 93 (2014). Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol55/iss1/4>>. Acesso em: 29/08/2016.

⁴ “*Big data is, in many ways, a poor term.*” BOYD, Danah. CRAWFORD, Kate. **Critical questions for big data. Provocations for a cultural, technological, and scholarly phenomenon**. Information, Communication & Society. Vol. 15, Issue 5. 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1080/1369118X.2012.678878>>. p. 663.

⁵ Pesquisa pelo termo “*big data*” no google.com revela aproximadamente 263.000.000 resultados. Acesso em: 15/08/2016.

⁶ Tradução livre: big data refere-se a coisas que se podem fazer em grande escala, que não podem ser feitas em

O Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio de Janeiro define a seguinte passagem:

O conjunto de dados cuja existência só é possível em consequência da coleta massiva de dados que se tornou possível nos últimos anos, graças à onipresença de aparelhos e sensores na vida cotidiana e do número crescente de pessoas conectadas a tais tecnologias por meio de redes digitais e também de sensores⁷.

O Article 29 Working Party, organização de caráter consultivo e independente, criada pela Diretiva 95/46/EC do Parlamento Europeu, assim estabelece⁸:

Big data refers to the exponential growth both in the availability and in the automated use of information: it refers to gigantic digital datasets held by corporations, governments and other large organizations, which are then extensively analyzed (hence the name: analytics) using computer algorithms. Big data can be used to identify more general trends and correlations but it can also be processed in order to directly affect individuals⁹.

Em 2001, Doug Laney¹⁰ já previa este cenário, especialmente no campo empresarial, com o aumento crescente da relevância dos bancos de dados, lançando a pedra fundamental do que foi denominado “3 V” no universo do big data, ao afirmar que as companhias deveriam dar atenção especial ao substancial incremento do volume, velocidade e variedade das informações.

Volume se refere à grande quantidade de dados, velocidade seria aquela com a qual

escala menor, de forma a extrair novas ideias ou criar novas formas de valor, de maneira que acabam mudando mercados, organizações, a relação entre os cidadãos e os governos, dentre outros. MAYER-SCHONBERGER, Viktor. *op. cit.* p. 6.

⁷ Big data no projeto Sul Global. **Relatório sobre estudos de caso.** Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <http://itsrio.org/wp-content/uploads/2016/03/ITS_Relatorio_Big-Data_PT-BR_v2.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2016.

⁸ “The Article 29 Data Protection Working Party was set up under the Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. It has advisory status and acts independently”. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/index_en.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

⁹ Tradução livre: "Big data se refere ao crescimento exponencial tanto na disponibilidade quanto no uso automatizado de informação: refere-se a conjuntos de dados digitais gigantescos detidos por empresas, governos e outras organizações de grande porte, que são amplamente analisados (daí o nome: *analytics*) usando algoritmos de computador. Big data pode ser usado para identificar tendências mais gerais e correlações, mas também pode ser processado, de modo a afetar diretamente os indivíduos." Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf>. Acesso em 12/10/2016. Acesso em: 30 out. 2016.

¹⁰ LANEY, Doug. **Data Management - Controlling Data Volume, Velocity and Variety.** META GROUP. Publicado em: 06 fev. 2001. Disponível em: <<http://blogs.gartner.com/doug-laney/files/2012/01/ad949-3D-Data-Management-Controlling-Data-Volume-Velocity-and-Variety.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2016.

as informações são captadas e transmitidas - muitas vezes em tempo real e ininterruptamente, e variedade seria a multiplicidade de tipos de dados e fontes para obtenção destes em larga escala. Em síntese: “The evolving era of big data implies, by its very nature, a lack of control, since the volume of data is unprecedented, diverse in variety and moving with a velocity that is increasingly approaching real time¹¹.”

Afirma-se ainda que, além destas três dimensões que compõem o big data, deve-se ainda incluir a veracidade¹² neste conjunto, pois, diante da enorme quantidade de informações contidas no banco de dados, certamente haverá dados imprecisos e até equivocados, urgindo por cautela e tecnologia de ponta para identificar e não se deixar enganar por estas imperfeições¹³.

Atualmente, não é exagero afirmar que o termo big data se tornou um verdadeiro jargão¹⁴, sendo para alguns a expressão de um fenômeno¹⁵ cultural e tecnológico. Vale frisar que muitos dos benefícios provenientes do big data ocorrem através da análise e utilização secundária¹⁶ do banco de dados, ou seja, distante da finalidade inicial para qual os dados foram coletados. Em outras palavras:

One of the main targets of big data analytics is to use data, alone or in combination with other data sets, beyond their original point and scope of collection. The scalability of storage allows for potential infinite space, which means that data can be collected continuously until a new value can be created from insights derived out of them¹⁷.

¹¹ HIJMANS, Hielke. **The European Union as Guardian of Internet Privacy. The Story of Art 16 TFEU**. Springer International Publishing, 2016. p. 96.

¹² "For the purpose of this report one more interesting dimension of big data is also veracity, which describes the incompleteness (inconsistency, inaccuracy) of data". Disponível em: <<https://www.enisa.europa.eu/publications/big-data-protection>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

¹³ The Four V's of Big Data. **IBM Big Data & Analytics Hub**. Disponível em: <<http://www.ibmbigdatahub.com/infographic/four-vs-big-data>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

¹⁴ **Big data no projeto Sul Global - Relatório sobre estudos de caso**. Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <http://itsrio.org/wp-content/uploads/2016/03/ITS_Relatorio_Big-Data_PT-BR_v2.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2016.

¹⁵ BOYD, Danah; CRAWFORD, Kate. Critical questions for big data. Provocations for a cultural, technological, and scholarly phenomenon. “We define big data as a cultural, technological, and scholarly phenomenon”. **Information, Communication & Society**. Vol. 15, Issue 5. 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1080/1369118X.2012.678878>>. p. 663.

¹⁶ “With big data, the value of information no longer resides solely in this primary purpose. As we’ve argued, it is now in secondary uses”. MAYER-SCHONBERGER, Viktor. *op. cit.* p. 153.

¹⁷ **Privacy by Design in Big Data**. ENISA. Disponível em: <<https://www.enisa.europa.eu/publications/big-data-protection>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

Um exemplo contundente da utilização secundária das informações se verificou através da análise de mais de 350 milhões de *tweets* pela Organização das Nações Unidas, na tentativa de auxiliar o Poder Público no combate à fome em locais menos favorecidos¹⁸.

Assim, sem qualquer pretensão de esgotar o tema ou oferecer uma definição jurídica precisa, parece possível entender que big data se refere, necessariamente, à análise de grande quantidade de dados¹⁹, realizada de maneira automatizada por algoritmos, com intuito de extrair resultados e benefícios.

O acúmulo de conhecimento e informação, que um dia significou estudar, conhecer e compreender o passado, está se transformando, significando, com o big data, a habilidade de prever o futuro²⁰. Com isso, abre-se a possibilidade concreta de se achar a agulha no palheiro²¹, utilizando-se de algoritmos, mecanismos de inteligência artificial, que alimentados de maneira contínua com tais bancos de dados, extraem valores disso, permitindo até a tomada de decisões autônomas e fornecendo novos dados cuja análise humana jamais poderia conceber ou imaginar.

Mas apesar dos inegáveis benefícios econômicos e sociais, o big data desafia diversos institutos jurídicos, concebidos em conjuntura totalmente diversa da atual, especialmente a privacidade, que se desenvolveu com base no consentimento do titular para tornar lícito o tratamento dos dados pessoais. Adiante, pretende-se demonstrar como o consentimento tem sofrido questionamentos, inclusive no continente Europeu onde a tutela da privacidade se mostra mais efetiva, revelando ainda, de maneira singela, algumas formas alternativas de legitimar o tratamento de dados pessoais.

¹⁸ “When correlations between social media conversations on food-related topics and official inflation data started to emerge, Jakarta’s Global Pulse analysts were able to flag the likely local impacts of the crisis and deploy resources accordingly. In 2014, Global Pulse implemented over 25 joint data innovation projects worldwide. Implementation involved the analysis of over 350 million tweets”. EVANS, Bryce. Using Big Data to Achieve Food Security. In BUNNIK, Anno. CAWLEY, Anthony. MULQUEEN, Michael. ZWITTER, Andrej. **Big Data Challenges: Society, Security, Innovation and Ethics**. Palgrave Macmillan, 2016. p. 129.

¹⁹ Big data is less about data that is big than it is about a capacity to search, aggregate, and cross-reference large data sets. BOYD, Danah. CRAWFORD, Kate. **Critical questions for big data. Provocations for a cultural, technological, and scholarly phenomenon**. Information, Communication & Society. Vol. 15, Issue 5. 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1080/1369118X.2012.678878>>, p. 663. Acesso em: 21/03/2017.

²⁰ MAYER-SCHONBERGER, Viktor. op. cit. p. 190.

²¹ “However, big data changes the paradigm. One can collect large amounts of data and draw effect from it. In other words: one can find the needle in the haystack.” HIJMANS, Hielke. **The European Union as Guardian of Internet Privacy. The Story of Art 16 TFEU**. Springer International Publishing, 2016. p. 100.

2. Big data e consentimento

Com razão se afirmou que “o consentimento é o pilar regulatório adotado para a proteção de dados pessoais”²², funcionando, desde a década de 1990 na Europa²³, como ponto de partida a legitimar e justificar a licitude da coleta, tratamento e análise de dados pessoais do titular. O regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho²⁴ faz reacender essa chama em diversas passagens, trazendo o instituto do consentimento como a chave mestra do cofre que dá acesso aos dados pessoais, porém contemplando novas formas, além dele, que conferem licitude ao tratamento de dados.

Considerando a efetiva tutela dos dados pessoais no velho continente, através das chamadas quarta geração de leis²⁵, que estabelecem limitações e regras rígidas sobre o consentimento, instituindo procedimentos estritos de coleta, tratamento, compartilhamento e armazenamento dos dados pessoais, tem-se a ideia de que seria árdua a tarefa conciliá-las²⁶ com o universo trazido pelo big data, tornando o instituto até mesmo obsoleto²⁷.

No Brasil, o texto da Lei 12.965 / 2014 – Marco Civil da Internet, notadamente em seu artigo 7º, menciona a privacidade como direito essencial ao acesso à rede mundial de computadores, trazendo ainda vários incisos que tratam da privacidade dos usuários.

Estabelece, dentre outras, a obrigação de prestar “informações claras e completas

²² O que está em jogo no debate sobre dados Pessoais no Brasil? INTERNETLAB. Disponível em: <http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2016/05/reporta_apl_dados_pessoais_final.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2016.

²³ “At EU level, reliance on consent as a criterion for legitimising personal data processing operations was foreseen from the very beginning of the legislative process that ended with the adoption of Directive 95/46/EC.” Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2011/wp187_en.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2016.

²⁴ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>>. Acesso em 15 jan. 2017.

²⁵ Sobre as gerações de leis de tutela dos pessoais: BIONI, Bruno R. **Autodeterminação informacional: paradigmas inconclusos entre a tutela dos direitos da personalidade, a regulação dos bancos de dados eletrônicos e a arquitetura da internet**. 2016. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 145-148.

²⁶ “Big data and mass surveillance are difficult to reconcile with the mandate of the European Union under Article 16 TFEU in the area of privacy and data protection.” HIJMANS, Hielke. **The European Union as Guardian of Internet Privacy. The Story of Art 16 TFEU**. Springer International Publishing, 2016. p. 81

²⁷ “The continuous repurposing and making use of already processed or inherent data sets, has made the traditional consent models insufficient and obsolete in big data.” Disponível em: <<https://www.enisa.europa.eu/publications/big-data-protection>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet”, o “não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais”, garante a proteção dos dados e veda a sua utilização para outros fins além daqueles expressamente autorizados, determinando ainda a necessidade de “consentimento expresso” na coleta e tratamento dos dados, “que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais”²⁸.

Inobstante, a legislação mencionada informa que quando a finalidade inicial for alcançada, deve-se pôr fim ao tratamento de dados pessoais, o que também pode, em tese, obstaculizar muitas práticas típicas do big data. Por exemplo, benefícios e resultados satisfatórios que em determinados casos são obtidos por tratamentos secundários, distantes da finalidade inicial para a qual os dados foram coletados, diversas vezes sequer possíveis ou conhecidos no momento da coleta dos dados.

Mais especificamente, quando se impõe amarras expressas no tratamento, especialmente se reportando ao princípio da finalidade²⁹, coloca-se em cheque muitas práticas atualmente frequentes que extraem valor e benefícios diante de uma utilização secundária, muitas vezes inimaginável quando da coleta dos dados que estão sendo objeto de análise:

In the EU context there is a further consequence: purpose limitation is a substantive principle of EU data protection law, included in Article 8 Charter, which means, in essence, that collection of data should take place for a specific purpose.

(...) However in a big data context, personal data collection takes place for unspecified purposes and on a massive scale³⁰.

Em que pese ser o consentimento um instituto relevante a garantir ao indivíduo o protagonismo do controle de seus dados pessoais, esta assertiva tem causado relevantes

²⁸ Vale mencionar também os artigos 3, 8 e 11 do Marco Civil da Internet que também abordam a tutela da privacidade no mundo virtual.

²⁹ REGULAMENTO (UE) 2016/679: Artigo 5º. Princípios relativos ao tratamento de dados pessoais 1. Os dados pessoais são: (...) b) Recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas e não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades; o tratamento posterior para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, não é considerado incompatível com as finalidades iniciais, em conformidade com o artigo 89.o, n. 1 («limitação das finalidades»); c) Adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados («minimização dos dados»).

³⁰ HIJMANS, Hielke. **The European Union as Guardian of Internet Privacy. The Story of Art 16 TFEU**. Springer International Publishing, 2016. p. 99.

impasses ao avanço tecnológico³¹, diante de práticas já presentes e difundidas, a justificar a constatação de que “a própria emergência do consentimento como vetor central para a proteção dos dados pessoais carregou consigo seus complicadores”³².

Na sociedade da informação, onde já se afirmou que a privacidade morreu³³, não é raro se deparar com autores defendendo uma revisitação da tutela da privacidade³⁴, de forma que o consentimento não seria suficiente³⁵ a suprir integralmente os anseios desta nova realidade trazida pela tecnologia, especialmente com o big data³⁶.

Em extenso relatório divulgado pela Comissão Europeia em janeiro de 2017, concluiu-se que o instituto do consentimento tem se tornado um pesado fardo a ser carregado pelas empresas e não necessariamente é capaz de prover a proteção almejada à privacidade dos cidadãos³⁷. Stefano Rodotà já teceu críticas ao consentimento, quando asseverou, por exemplo, que para se ter acesso a determinado bem ou serviço é necessário fornecer os seus dados pessoais³⁸. Revela-se uma faceta imprópria da utilização do instituto, posto que, em razão da assimetria de poder entre o fornecedor do bem ou serviço e o aderente, não haverá escolha³⁹ ao aderente senão por “consentir”. Em outras palavras:

³¹ “Por vezes, aliás, tem-se a sensação de que cresce a distância entre o velocíssimo mundo da inovação tecnológica e aquele lentíssimo do planejamento sócio-institucional”. RODOTÀ, Stefano. *Op cit.* p. 42.

³² BIONI, Bruno R. **Autodeterminação informacional: paradigmas inconclusos entre a tutela dos direitos da personalidade, a regulação dos bancos de dados eletrônicos e a arquitetura da internet**. 2016. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 147.

³³ Disponível em: <<http://www.forbes.com/sites/jacobmorgan/2014/08/19/privacy-is-completely-and-utterly-dead-and-we-killed-it/#46c9c18fd9bd>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

³⁴ MAYER-SCHONBERGER, Viktor; CUKIER, *Op. Cit.* p. 173.

³⁵ “In this chapter I have been arguing that consent-based privacy models are inadequate in the face of contemporary information practices and the emerging corporate–state nexus that has created such a striking surveillance infrastructure on the internet”. AUSTIN, L.M. Enough About Me: Why Privacy is About Power, not Consent (or Harm) In Sarat, A. (ed.) **A World without Privacy: What Law Can and Should Do?** Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 189.

³⁶ “In the context of Big Data, there is growing skepticism regarding the effectiveness of informed consent in the context of personal data processing (...)”. CUSTERS, Bart. **Click here to consent forever: Expiry dates for informed consent**. Big Data & Society, 2016. DOI: 10.1177/205395171562493.

³⁷ “Based on these issues relating to the scope, the consent mechanism and enforcement, competent authorities interviewed by Deloitte pointed out that this provision causes an unnecessarily high burden for businesses, while the usefulness for citizens is not optimal”. **Evaluation and review of Directive 2002/58 on privacy and the electronic communication sector**. FINAL REPORT. A study prepared for the European Commission DG Communications Networks, Content & Technology by Deloitte, 2017. Disponível em: <http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=41232>. Acesso em: 11 jan. 2017.

³⁸ RODOTÀ, Stefano. *Op cit.* p. 76.

³⁹ “There is also the issue of the extent to which individuals have meaningful choices about what information they disclose. Typically, individuals cannot use a service unless they agree to the terms of use, which, in

Pode-se acrescentar, de modo mais geral, que o usuário de serviços informáticos e telemáticos se encontra em tal situação de disparidade de poder em relação aos fornecedores de tais serviços que, a rigor, não se pode falar em consentimento livremente manifestado para transações referentes à privacidade⁴⁰.

Há que se mencionar ainda a possibilidade de se transferir toda a responsabilidade pelas consequências danosas do tratamento de dados para o indivíduo que teria consentido com aqueles riscos previstos nos termos do serviço⁴¹.

3. Big data e novas formas de licitude de tratamento de dados do titular

Em determinadas situações, no que diz respeito ao big data, o consentimento livre, informado, expresso, em cláusula apartada e destacada, renovado quando em contratos de longa duração, com finalidades estritas e restritas, certamente se mostra impróprio para tratar de toda e qualquer atividade que envolva o tratamento de dados pessoais, especialmente na sociedade da informação, mostrando-se um instituto, certas vezes, “anêmico”⁴².

Aliás, a própria regulamentação europeia, que trata dos dados pessoais, reconhece que o consentimento, apesar de protagonista, não é o único fundamento a iluminar com licitude o tratamento dos dados pessoais, a saber:

addition to being complex or legalistic, frequently present a “take it or leave it” approach. Under such an approach, the user must agree to provide personal data for all of the purposes the organization represents – even if some are not directly related to the service – in order to access the service. This substantially limits the ability of the individual to protect their personal data by giving meaningful consent. Generally, the emphasis on consent based on overly complex privacy policies that provide few real options and few limitations on collection and use diminish the effectiveness of privacy protections that are intended to support the individual’s role in controlling his or her own personal data”. Disponível em: <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016.

⁴⁰ RODOTÀ, Stefano. *Op cit.* p. 52-53.

⁴¹ “Consent is related to the concept of informational self-determination. The autonomy of the data subject is both a pre-condition and a consequence of consent: it gives the data subject influence over the processing of data. However, as explored in the next chapter, this principle has limits, and there are cases where the data subject is not in a position to take a real decision. The data controller may want to use the data subject’s consent as a means of transferring his liability to the individual”. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2011/wp187_en.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2016.

⁴² AUSTIN, L.M. Enough About Me: Why Privacy is About Power, not Consent (or Harm) In SARAT, A. (ed.) *A World without Privacy: What Law Can and Should Do?* Cambridge: **Cambridge University Press**. 2014. p. 131–189.

Therefore, consent is recognised as an essential aspect of the fundamental right to the protection of personal data. At the same time, consent under the Charter is not the only legal ground enabling the processing of personal data; the Charter explicitly recognises that the law may lay down other legitimate grounds, as is the case with Directive 95/46/EC⁴³.

O novo regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, que revogou a Diretiva 95/46/EC, traz a mesma ressalva⁴⁴, entendendo pela possibilidade de que outros institutos ou circunstâncias específicas⁴⁵ legitimem a coleta e análise de dados pessoais sem, necessariamente, existir consentimento do titular. Note-se que o mencionado regulamento de 2016 não trata, em seu texto, diretamente do termo big data, no entanto, faz referência a práticas e situações as quais se pode inferir que esta modalidade de tratamento de dados está sendo abordada:

(50) O tratamento de dados pessoais para outros fins que não aqueles para os quais os dados pessoais tenham sido inicialmente recolhidos apenas deverá ser autorizado se for compatível com as finalidades para as quais os dados pessoais tenham sido inicialmente recolhidos. Nesse caso, não é necessário um fundamento jurídico distinto do que permitiu a recolha dos dados pessoais. (...)

Percebe-se, neste turno, que o regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, apesar de reforçar o consentimento com regra geral, traz casos específicos, como o acima destacado, onde outras questões em jogo justificariam a licitude do tratamento dos dados⁴⁶.

⁴³ Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2011/wp187_en.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2016.

⁴⁴ “Para que o tratamento seja lícito, os dados pessoais deverão ser tratados com base no consentimento da titular dos dados em causa ou noutro fundamento legítimo, previsto por lei, quer no presente regulamento quer noutro ato de direito da União ou de um Estado-Membro referido no presente regulamento, incluindo a necessidade de serem cumpridas as obrigações legais a que o responsável pelo tratamento se encontre sujeito ou a necessidade de serem executados contratos em que o titular dos dados seja parte ou a fim de serem efetuadas as diligências pré-contratuais que o titular dos dados solicitar”.

⁴⁵ Moreover, taking into account the sensors and smart devices in big data, other types of usable and practical user positive actions, which could constitute consent (e.g. gesture, spatial patterns, behavioral patterns, motions), need to be analyzed. Disponível em: <<https://www.enisa.europa.eu/publications/big-data-protection>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

⁴⁶ “Nessa conjuntura, uma abordagem normativa mais flexível seria necessária, o que foi endereçado, mesmo que não voluntariamente para tais desafios mais contemporâneos, por algumas legislações ao redor do mundo através de exceções à regra do consentimento. Previsões legais para o tratamento adicional dos dados pessoais sem qualquer tipo de consentimento ulterior do titular, como dos interesses legítimos na Diretiva da União Europeia, são um bom exemplo disso”. BIONI, Bruno. XEQUE-MATE. **O Tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil**. USP- Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso à Informação. 2016.

Na esteira da novel regulamentação sobre dados pessoais na Europa, a Comissão Europeia elaborou, em janeiro de 2017, proposta de revogação da Diretiva 2002/58 que versa exclusivamente sobre comunicações eletrônicas, onde, em seu turno, reconhece que as regras atualmente existentes não acompanharam⁴⁷ as inovações tecnológicas dos últimos anos, colocando o consentimento como um dos exemplos neste sentido, propondo novas formas de tutela da privacidade e controle dos dados pessoais.

Este novo esboço de regulamentação na Europa, que trata exclusivamente sobre comunicações eletrônicas, em que pese ampliar a tutela dos dados pessoais, flexibiliza⁴⁸ a regra geral do consentimento em casos específicos, como, por exemplo, quando o usuário de um navegador de internet define as suas regras básicas de privacidade para utilização de cookies, entendendo que tal configuração definiria as suas preferências gerais de navegação na rede, sendo então desnecessário que, em todos os sítios visitados, houvesse uma nova e incômoda mensagem requerendo o consentimento do usuário, como ocorre atualmente.

Importante ressaltar ainda, no Brasil, uma tímida passagem constante do Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais, atualmente Projeto de Lei 5276 / 2016, que em seu artigo 9º, §7 assevera que “O órgão competente poderá adequar os requisitos para o consentimento, considerando o contexto em que é fornecido e a natureza dos dados pessoais fornecidos”. O PL 5276 estabelece que o consentimento passa a ser apenas uma das nove maneiras a autorizar a coleta, uso e tratamento dos dados pessoais, incluindo a figura dos legítimos interesses⁴⁹. O consentimento livre e inequívoco passa a funcionar como regra geral, e o expresso apenas em determinadas situações específicas, como quando se tratar de

⁴⁷ “Accordingly, the Directive has not kept pace with technological developments, resulting in a void of protection of communications conveyed through new services”. Disponível em: <http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=41241>. Acesso em: 11 jan. 2017.

⁴⁸ “A «disposição sobre cookies», que obriga os utilizadores da Internet a responder incessantemente a pedidos de consentimento, será racionalizada. As novas regras permitirão aos utilizadores controlar melhor os seus parâmetros, proporcionando uma maneira fácil de aceitar ou recusar os cookies e outros identificadores de rastreio das suas atividades em caso de risco para a privacidade. A proposta esclarece que não é necessário consentimento relativamente a cookies não invasivos da privacidade utilizados para melhorar as pesquisas na Internet (memorização do histórico de compras, por exemplo). A introdução de cookies por um determinado sítio para contagem do número de visitantes do sítio deixará de necessitar de consentimento”. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-16_pt.htm>. Acesso em: 11 jan. 2017.

⁴⁹ Art. 7º. O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses. (...) IX – quando necessário para atender aos interesses legítimos do responsável ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for menor de idade.

informações sensíveis.

Menciona ainda no parágrafo 7º, do artigo 9º que o “órgão competente poderá adequar os requisitos para o consentimento, considerando o contexto em que é fornecido e a natureza dos dados pessoais fornecidos”, o que pode ser de grande valia no contexto do big data, cotejando com os legítimos interesses envolvidos, diante de suas especificidades, especialmente no caso de tratamentos secundários, distante da finalidade inicial, sempre respeitando os direitos e liberdades fundamentais do titular.

Nota-se que o PL 5276 estabelece freios e contrapesos de maneira bastante rígida e evidente, tais como a transparência e direito de oposição do titular⁵⁰, solicitação de relatório de impacto à privacidade⁵¹, dentre outros. Traz diversas formas de tratamento lícito de dados pessoais, tais como os legítimos interesses, sem olvidar da autodeterminação informativa e dos valores cardeais do sistema, como a dignidade da pessoa humana⁵², garantido o exercício e a proteção da privacidade às pessoas naturais, ao mesmo tempo que não marginaliza por completo a inovação tecnológica visivelmente presentes nas práticas do big data.

Neste contexto, o consentimento livre e inequívoco passa a funcionar como regra geral, e o expresso apenas em determinadas situações específicas, como quando se tratar de informações sensíveis, o que permite a ponderação dentro do contexto do big data, na medida em que haveria o cotejo com os legítimos interesses envolvidos, porém sem ter como letra morta os direitos fundamentais do titular, garantindo unicidade e coerência normativa ao ordenamento⁵³.

Cumprido destacar que este caminho tem sido traçado pelo sistema jurídico Europeu

⁵⁰ Art. 10, §2º O responsável deverá adotar medidas para garantir a transparência do tratamento de dados baseado no seu legítimo interesse, devendo fornecer aos titulares mecanismos eficazes para que possam manifestar sua oposição ao tratamento de dados pessoais.

⁵¹ Art. 10 §4º O órgão competente poderá solicitar ao responsável relatório de impacto à privacidade quando o tratamento tiver como fundamento o seu interesse legítimo.

⁵² “A dignidade da pessoa humana, como valor e princípio, compõe-se dos princípios da liberdade privada, da integridade psicofísica, da igualdade substancial (art. 3º, III, CF) e da solidariedade social (art. 3º, I, CF). Tais princípios conferem fundamento de legitimidade ao valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF), moldam a atividade econômica privada (art. 170, CF) e, em última análise, os próprios princípios fundamentais do regime contratual regulados pelo Código Civil”. TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: **Temas de Direito Civil – Tomo III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 14.

⁵³ TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: **Temas de Direito Civil – Tomo III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 21-40.

desde a Diretiva 95\46\CE⁵⁴, e mais recentemente através de seu novo regulamento 2016/679, já destacado alhures, quando faz referência a práticas e situações as quais se pode inferir que o big data está sendo retratado⁵⁵.

Novas formas a legitimar o tratamento de dados pessoais parece ser o caminho seguido na Europa⁵⁶, onde a sua regulamentação está na vanguarda⁵⁷, sem, no entanto, passar ao largo dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, especialmente a privacidade.

3. Conclusão

O big data urge por abordagem lúcida no debate democrático contemporâneo no processo, especialmente no aprimoramento da legislação brasileira, esta que, sem dúvidas, tem se espelhado⁵⁸ no sistema europeu, notadamente quando se percebe ter a privacidade status constitucional no ordenamento pátrio.

A presença dos legítimos interesses, como uma das formas de conferir licitude ao tratamento de dados pessoais se revela um caminho possível, pois constitui uma verdadeira cláusula geral, dispondo de conteúdo fluido, mutável e adaptável com as mais variadas

⁵⁴ Artigo 7º. Os Estados-membros estabelecerão que o tratamento de dados pessoais só poderá ser efetuado se (...) ou f) O tratamento for necessário para prosseguir interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou do terceiro ou terceiros a quem os dados sejam comunicados, desde que não prevaleçam os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais da pessoa em causa, protegidos ao abrigo do nº 1 do artigo 1º.

⁵⁵ (50) O tratamento de dados pessoais para outros fins que não aqueles para os quais os dados pessoais tenham sido inicialmente recolhidos apenas deverá ser autorizado se for compatível com as finalidades para as quais os dados pessoais tenham sido inicialmente recolhidos. Nesse caso, não é necessário um fundamento jurídico distinto do que permitiu a recolha dos dados pessoais. (...)

⁵⁶ “Previsões legais para o tratamento adicional dos dados pessoais sem qualquer tipo de consentimento ulterior do titular, como dos interesses legítimos na Diretiva da União Europeia, são um bom exemplo disso”. BIONI, Bruno. **XEQUE-MATE. O Tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil**. USP- Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso à Informação, 2016.

⁵⁷ Nas palavras do vice-presidente da Comissão Europeia: “As nossas propostas assegurarão a confiança no mercado único digital que as pessoas esperam. Pretendo garantir a confidencialidade das comunicações eletrônicas e a proteção da vida privada. O nosso projeto de regulamento «Privacidade e Comunicações Eletrônicas» estabelece um justo equilíbrio entre um elevado nível de proteção dos consumidores e, simultaneamente, perspectivas de inovação para as empresas”. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-16_pt.htm>. Acesso em: 11 jan. 2017.

⁵⁸ “Ao mesmo tempo, a Diretiva Europeia 95/46/EC, que já está em vigor há mais de 15 anos e serviu de ponto de partida do Anteprojeto apresentado pelo Ministério da Justiça (...)”. GIACCHETTA, André Zonaro; MENEGUETTI, Pamela Gabrielle. A garantia constitucional à inviolabilidade da intimidade e da vida privada como direito dos usuários no Marco Civil da Internet. In LEITE, George Salomão. LEMOS, Ronaldo. (Coord). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 388.

situações, muitas delas que, diante da constante evolução da tecnologia, surgirão no futuro e sequer são possíveis de imaginar neste momento.

Gustavo Tepedino, tratando dos desafios impostos pelas novas tecnologias, defende a utilização das cláusulas abertas para solucionar questões difíceis, senão vejamos:

Diante da multiplicação de situações trazidas pelas novas tecnologias, muda-se radicalmente a técnica legislativa, valendo-se o legislador de inúmeras cláusulas gerais - às quais permitem ao intérprete amoldar as previsões normativas às peculiaridades do caso concreto -, e os princípios, dotados de força normativa, tornam-se fundamentais para determinação dos ordenamentos aplicáveis aos casos concretos, cada vez mais inusitados⁵⁹.

Neste mesmo sentido, o professor italiano Pietro Perlingieri sustenta de maneira contundente a necessidade de utilização de cláusulas gerais quando se tratar da tutela das situações subjetivas existenciais, advogando que deve haver a “elasticidade da tutela” e que nenhuma forma de tutela dos direitos da personalidade deveria ser exaustiva, posto que “deixaria de fora algumas manifestações e exigências da pessoa que, em razão do progresso da sociedade, exigem uma consideração positiva”⁶⁰.

Cumpra salientar que os legítimos interesses aparecem em diversas passagens dos mais relevantes projetos de lei em trâmite no parlamento, sendo crucial, no entanto, que existam sistemas de “freios e contrapesos”⁶¹, evitando-se um cheque em branco e o esvaziamento do consentimento com regra geral, sendo garantida a privacidade⁶², através do controle dos dados pessoais nas mãos de seu titular.

Ou seja, sob o pretexto dos legítimos interesses a dar licitude ao tratamento de dados,

⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: **Temas de Direito Civil. Tomo III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 17.

⁶⁰ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 765.

⁶¹ “Do contrário, a regra geral do consentimento tornar-se-ia exceção, tamanha a elasticidade e as diversas facetas que a hipótese camaleão dos interesses legítimos poderia alcançar. Um sistema de freios e contrapesos deve ser arquitetado para tanto”. BIONI, Bruno. XEQUE-MATE. **O Tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil**. USP- Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso à Informação. 2016.

⁶² “No entanto, apesar da flexibilidade dos seus critérios, em função das peculiaridades e circunstâncias que envolvem cada caso, deverá a privacidade ter pontos de referência implacáveis: a dignidade humana e o respeito à personalidade de cada indivíduo servirem de guia, como valores constitucionais primordiais e unificadores de todo o sistema”. KLEE, Antonia Espínola Longoni. MARTINS, Guilherme Magalhães. A privacidade, a proteção dos dados e dos registros pessoais e a liberdade de expressão: algumas reflexões sobre o Marco Civil da Internet no Brasil (Lei nº 12.965 / 2014). In DE LUCCA, Newton. Simão Filho, Adalberto. LIMA, Cíntia Rosa Pereira. (Org.). **Direito & Internet III – Tomo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.p. 299.

não se pode olvidar da dignidade da pessoa humana como fundamento da república, da direta aplicação das normas constitucionais e da necessidade imperiosa de garantir unidade ao ordenamento jurídico⁶³, sob pena de criação de um microssistema⁶⁴ incoerente e absolutamente inconstitucional.

Com base em tudo que foi exposto, não há dúvidas de que a criação de uma legislação que regulamente a proteção dos dados pessoais no Brasil é fundamental⁶⁵, pois, ao contrário do que pode parecer, o vácuo legislativo constitui verdadeiro empecilho à efetiva tutela da privacidade nos tempos modernos⁶⁶, além de trazer imensa insegurança jurídica⁶⁷, especialmente quando eventuais conflitos forem levados ao Poder Judiciário, que poderá decidir da forma que quiser, com base apenas em verdadeiro vácuo legislativo, que não contempla a possibilidade de novas formas de tratamento de dados, como o big data.

Há que se considerar a especificidade do contexto no qual o big data se insere, não se revelando, à primeira vista, razoável que o pano de fundo regulatório a legitimar o tratamento de dados pessoais seja inteiramente homogêneo, horizontal, fulcrado quase que integralmente na regra do consentimento, sem que haja previsão de estados de fato específicos e que podem fugir à regra geral. Este é nitidamente o caso do big data, onde os resultados úteis da análise dos dados surgem, muitas vezes, distantes da finalidade inicial para as quais foram coletados⁶⁸.

⁶³ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: **Temas de Direito Civil. Tomo III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 19.

⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 5.

⁶⁵ “Por fim, constata-se que o Marco Civil da Internet possui disposições relativas à proteção de dados pessoais e de comunicação de forma imprecisa e incompleta, o que, provavelmente, somente será integralizado quando da promulgação da Lei de Proteção de Dados e Privacidade”. GIACCHETTA, André Zonaro. MENEGUETTI, Pamela Gabrielle. A garantia constitucional à inviolabilidade da intimidade e da vida privada como direito dos usuários no Marco Civil da Internet. In LEITE, George Salomão. LEMOS, Ronaldo. (Coord). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 391.

⁶⁶ GIACCHETTA, André Zonaro; MENEGUETTI, Pamela Gabrielle. A garantia constitucional à inviolabilidade da intimidade e da vida privada como direito dos usuários no Marco Civil da Internet. In LEITE, George Salomão. LEMOS, Ronaldo. (Coord). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 390.

⁶⁷ “Ao contrário do que alguns entusiastas libertários poderiam achar, a ausência de leis nesse âmbito não representa a vitória da liberdade e do laissez-faire. Ao contrário, a ausência de uma legislação que trate das questões civis da rede leva, ao contrário, a uma grande insegurança jurídica”. LEMOS, Ronaldo. O marco civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil. In LEITE, George Salomão. LEMOS, Ronaldo. (Coord). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 10.

⁶⁸ “In the era of big data, however, when much of data’s value is in secondary uses that may have been

Tal contexto revela uma clara hipótese onde os institutos jurídicos clássicos se mostram obsoletos diante da evolução informática e do contexto social do século XXI, devendo ser revisitados e reconstruídos à luz dos valores cardeais do sistema, promovendo a livre iniciativa, o progresso social e tecnológico, sem esvaziar a proteção da dignidade humana, conforme lição de Gustavo Tepedino:

As categorias do direito privado devem ser reconstruídas, a partir do surgimento de situações jurídicas inteiramente novas, advindas com a revolução tecnológica dos últimos cinquenta anos. Basta pensar na engenharia genética, na procriação in vitro, na extraordinária massa de informações pessoais colhidas mediante exame de DNA e na circulação de dados propiciados pelas redes de informática. Cabe à doutrina do direito civil estabelecer parâmetros para tutelar a pessoa humana diante dos novos bens jurídicos que se tornam objeto de situações existenciais suscitadas pelo avanço da cibernética e da tecnologia⁶⁹.

unimagined when the data was collected, such a mechanism to ensure privacy is no longer suitable”. MAYER-SCHONBERGER, Viktor; CUKIER, *Op. Cit.* p. 173.

⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. *In: Temas de Direito Civil – Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 15.