

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Gabriel Lima Silva

Consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados

**Juiz de Fora
2020**

Gabriel Lima Silva

Consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados

Trabalho de conclusão de curso apresentado à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como pré-requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito na área de concentração Direito Civil sob a orientação do Professor Sérgio Marcos Carvalho de Ávila Negri.

Juiz de Fora

2020

Ficha catalográfica elaborada através do programa de geração automática da Biblioteca Universitária da UFJF, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Silva, Gabriel Lima.
Consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados / Gabriel Lima Silva. -- 2020.
73 p.

Orientador: Sérgio Marcos Carvalho de Ávila Negri
Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de
Direito, 2020.

1. Direito civil. 2. Consentimento. 3. Lei Geral de Proteção de Dados. I. Negri, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila, orient. II. Título.

Gabriel Lima Silva

Consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Área de concentração: Direito Civil.

Aprovado em 20 de novembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Doutor Sérgio Marcos Carvalho de Ávila Negri - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Doutoranda Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon Korkmaz
Universidade Estadual do Rio de Janeiro

Mestranda Virginia Nathalino Rodrigues Louzada
Universidade Federal de Juiz de Fora

AGRADECIMENTO

Assumindo a filiação divina própria do ser humano, elevo a Deus o primeiro e único agradecimento substancial. Sendo obra d'Ele e interagindo no mundo por Ele criado, espero servir à Providência, consciente e inconscientemente; na confiança de que, por Ela, serei servido constantemente com cuidado paternal.

Na essência de tudo e de todos que existem, são claras as manifestações do Ser que é fonte e substância do Amor. Por isto, dou graças por cada circunstância e pessoa com as quais me encontro na estrada da vida.

De modo especial, agradeço a Deus pelo convívio umbilical com meus pais – Dalila e Maurílio -, meus irmãos e os respectivos cônjuges – Henrique e Stela, Maria Clara e Sílvio, Marlon e Camila, Leando e Soraya, Ana Laura, Maurílio - e meus sobrinhos. Agradeço ainda pelos anos compartilhados e pela paciência de minha namorada – Ana Helena – que tanto ouviu sobre tema tão diverso daqueles de sua preferência. Sou grato ainda pelas valorosas relações que pude construir com colegas e amigos.

Aproveitando-me do ensejo, estendo os agradecimentos a todos aqueles que foram colegas, amigos e mestres nas vivências que pude experimentar na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, na Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora, na 5ª Vara do Juizado Especial Federal da Subseção Judiciária de Juiz de Fora e no Núcleo da Defensoria Pública da União de Juiz de Fora.

Particularmente, agradeço ao meu orientador - professor Sérgio Marcos Carvalho de Ávila Negri -, que muito me auxiliou com as indicações de leitura acerca do tema ora trabalhado nesta monografia.

Reconhecendo, pois, a ligação desses sujeitos com a produção deste trabalho, eis que registro meu *muito obrigado*, eis que dou *Graças a Deus* pelo Amor do Pai.

RESUMO

Este estudo investiga o tratamento que a Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD dispensou ao consentimento, considerando-se que esta lei erige um microsistema que deve estar totalmente conformado aos mandamentos constitucionais, em consonância com a moderna concepção do direito civil constitucional. Para tanto, procede-se à revisão bibliográfica acerca da temática mais ampla do direito à proteção de dados, desde o primitivo direito à privacidade, perpassando pela autodeterminação informacional, considerando, ainda, a consolidação da sociedade da informação. Evidencia-se, assim, a perda de centralidade do papel do consentimento quando da assunção da metodologia da “proteção de dados pessoais”. Sob este novo paradigma – pessoa-informação-circulação-controle -, o consentimento é percebido em sua dúplice natureza – legitimador do fluxo de dados e instrumento para efetivação do direito à autodeterminação informacional. As demandas de ordem social e individual, bem como a recente reestruturação normativa da temática, fazem com que o consentimento tenha de ser revisado com base em sua dúplice função e no contexto dentro do qual ele legitima o fluxo de dados. O consentimento que serve à proteção de dados pessoais é dependente da construção de uma infoestrutura capaz de conferir-lhe o poder de regular a integridade do fluxo informacional apenas nos casos em que ele de fato seja capaz de fazê-lo. Disso decorre a necessidade de uma arquitetura de vulnerabilidade, baseada principalmente em normas do tipo princípio e no uso de ferramentas tecnológicas em prol da proteção do titular de dados – o que pode ser vislumbrado, genericamente, no texto da LGPD. Este renascimento do consentimento, com novas atribuições mais adequadas às capacidades do instituto, concretiza antigas promessas trazidas pela adjetivização, tornando factível - por meio de uma percepção granularizada – um incremento significativo da liberdade do titular dos dados, possibilitando inclusive que a manifestação de vontade seja mais correspondente aos desígnios internos de quem a emite. A partir deste arcabouço, a regulação do consentimento feita pela Lei nº. 13.709/2018 é submetida a um escrutínio analítico a fim de se perscrutar a existência de pontos nebulosos – em desconformidade com o que a doutrina tem sustentado acerca do consentimento ou destoantes da sistematicidade constitucional. Identificadas algumas incongruências, foram apresentadas propostas interpretativas e de reestruturação formal da lei para conformá-la ao paradigma do Direito Civil Constitucional, conferindo maior organicidade e sistematicidade à normatização do consentimento na LGPD.

Palavras-chave: Direito Civil. Constitucionalização. Consentimento. LGPD.

ABSTRACT

This study investigates the treatment that the General Data Protection Law gave to consent, considering that this law creates a microsystem that must be according, completely, to constitutional commandments, in line with the modern conception of constitutional civil law. A bibliographic review is carried out on the broader theme about the right to data protection, since the primitive right to privacy, going through informational self-determination, considering the consolidation of society of information. The loss of centrality in the role of consent is evident when the “personal data protection” methodology is consolidated. Under this new paradigm – person-information-circulation-control -, consent is perceived with a dual nature – legitimizer of data flow and instrument to protect the right of informational self-determination. The social and the individual demands, as well as the recent normative restructuring of the theme, suggest that the consent has to be revised based on its dual function and considering the context within which the flow of data is legitimized. The consent that serves as protection of personal data depends on the construction of an “info structure” capable of giving in power to regulate the integrity of information flow only in cases where it is, in fact, able to do so. As a result, there is a need for a vulnerability architecture, mainly based in norms of the principle type and in the use of technological tools for the protection of the data subject – this can be seen, generally, in the GDPR text. This revival of consent, with new attributions more appropriate to the capacities of the institute, fulfills old promises brought by adjectivation, making feasible – through a granularized perception – a significant increase in the freedom of the data owner, even allowing the expression of willingness to be more corresponding to the internal intentions of the issuer. Based on this framework, the regulation of consent made by Law n°. 13.709/2018 was submitted to an analytical scrutiny in order to investigate the existence of fuzzy points – in a disagreement with the doctrine that has maintained consent or disagreeing with constitutional system. Some incongruities were identified, interpretive proposals and formal restructuring of the law were presented to conform it to the paradigm of Constitutional Civil Law, giving greater organicity and systematicity to the standardization of consent in the GDPR.

Keywords: Civil Law. Constitutionalization. Consent. GDPR.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	5
2	ANTECEDENTES E FORMAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS ..	8
	2.1 O DIREITO À PRIVACIDADE COMO SOLUÇÃO SUFICIENTE PRÉ-SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	8
	2.2 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E SUAS REPERCUSSÕES	10
	2.2.1 O novo modelo socioeconômico	11
	2.2.2 Noções instrumentais	16
	2.3 A CORTE ALEMÃ E O CASO “LEI DO RECENSEAMENTO DE 1983”	20
	2.4 FUNDAMENTOS E ASPECTOS DA PROTEÇÃO DE DADOS	22
3	CONSENTIMENTO FUNCIONAL E CONTEXTUAL	26
	3.1 DIRETRIZES PARA INTERVENÇÃO ESTATAL	30
	3.1.1 Principiologia	31
	3.1.2 Ferramentas tecnológicas e consentimento granular	33
	3.2 AS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DECORRENTES DO FLUXO DE DADOS ORIGINÁRIO	36
	3.3 A CONCRETIZAÇÃO DOS ADJETIVOS DO CONSENTIMENTO	37
4	A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E O CONSENTIMENTO	39
	4.1 NOTAS SOBRE A LGPD	40
	4.1.1 Fundamentos e princípios da LGPD	40
	4.1.2 As bases legais para o tratamento de dados pessoais	42
	4.2 CONSENTIMENTO NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS	44
	4.2.1 Consentimento no tratamento de dados pessoais	45
	4.2.1.1 A dispensa do consentimento no tratamento de dados manifestamente públicos e de acesso público	45
	4.2.1.2 Consentimento no fluxo de dados entre controladores	47
	4.2.1.3 A forma do consentimento na LGPD	48
	4.2.1.4 A revogabilidade do consentimento	50
	4.2.1.5 O consentimento e o direito de acesso a informações sobre o	

tratamento	50
4.2.2 Consentimento no tratamento de dados pessoais sensíveis.....	54
4.2.2.1 O tratamento de dados sensíveis para fins de exercício regular de direito contratual.....	55
4.2.2.2 O tratamento de dados sensíveis sem consentimento	57
4.2.2.3 A complementariedade do dever de informação em relação ao consentimento	57
4.2.2.4 A vedação ao consentimento para tratamento de dados por planos privados de assistência à saúde	58
4.2.2.5 A restrição ao consentimento para fins de estudos em saúde pública	58
4.2.3 Consentimento no tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes.....	59
4.2.4 Consentimento no término de tratamento de dados	62
4.2.5 Consentimento e cópia eletrônica de dados em posse do agente de tratamento.....	63
4.2.6 A manifestação de vontade e o direito à revisão de decisões automatizadas	64
4.2.7 Consentimento e tratamento de dados pelo Poder Público	64
4.2.8 Consentimento nas transferências internacionais de dados	65
4.2.9 A conformação de uma infoestrutura pró-consentimento substancial.....	66
4.2.10 A inobservância do regramento dispensado ao consentimento pela LGPD.....	67
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	72

1 INTRODUÇÃO

O reconhecimento da centralidade do papel do direito civil na integração do homem na sociedade - para além da mera proteção da vida individual - tem sido uma característica marcante do desenvolvimento desse ramo desde que tomou forma o processo de industrialização (MORAES, 1991). Na esteira dessa transformação estrutural do próprio conceito de direito civil nos sistemas de base romano-germânica, é possível notar que sua ampliação viabilizou o uso de técnicas e instrumentos tradicionalmente relacionados ao direito público, como a aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de caráter privado, com o intuito de tutelar atividades e interesses da pessoa humana (MORAES, 1991).

Nos sistemas jurídicos influenciados por tal tradição, manifestações desse fenômeno podem ser vislumbradas por meio da conjugação de alguns fatores importantes, dentre eles: (i) a elevação da Constituição do Estado-nação ao posto de documento político-legislativo de maior valor dentro do arranjo institucional, hierarquicamente superior aos demais e responsável pelo fornecimento de diretrizes capazes de harmonizar a integralidade do regramento jurídico; e (ii) a colocação da tutela da pessoa humana no cume axiológico de diversas constituições (BIONI, 2019, p. 55), que trouxe consigo os direitos existenciais decorrentes dessa condição, notadamente os direitos fundamentais e de personalidade.

No caso brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB, promulgada em 1988, e a proliferação de microssistemas jurídicos concretizaram o deslocamento do centro das relações de direito privado do Código Civil para a Constituição, o que se deu à luz do respeito à hierarquia das fontes normativas e da consciência da unidade do sistema, que se manifesta, por exemplo, pela intolerabilidade de antinomias (MORAES, 1991). A CRFB/1988, por sua vez, elevou a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento da República, em seu art. 1º, III (BRASIL, 1988).

Note-se que os dois movimentos acima ensejaram um ambiente normativo favorável ao reconhecimento da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, acolhida majoritariamente no contexto brasileiro, especialmente em vista das marcantes desigualdades vivenciadas no país (SARMENTO, 2004 apud KONDER, 2016, p. 57).

Operou-se, assim, a constitucionalização do direito civil e estabeleceu-se a pessoa humana no vértice do ordenamento jurídico brasileiro (MORAES, 1991), indicando o espírito constitucional. Disso decorre a perene necessidade de se mitigar a estrutura patrimonialista,

para que seja privilegiada a tutela de valores existenciais (MORAES, 1991), de modo a se conferir eficácia à referida constitucionalização.

É com base nessa compreensão jurídico-metodológica que este trabalho analisa o tratamento que a Lei nº. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD) dispensa ao consentimento, concebendo-a como um microsistema jurídico submetido aos mandamentos constitucionais de priorização da pessoa humana, de sua dignidade, de sua personalidade e de seu livre desenvolvimento sempre que a eles se contraponham os valores patrimoniais (MORAES, 1991), o que autoriza o uso de recursos interpretativos voltados a promover a correção do curso da lei quando esta se mostrar incompatível com o grande sistema constitucional.

A hipótese inicial é de que a lei em questão não guarda sintonia total com o ideal de regulação do consentimento sustentado na literatura especializada, que se orienta pela perspectiva constitucionalizada do direito civil.

Para que seja possível realizar tal averiguação, será realizada inicialmente uma revisão bibliográfica a fim de estabelecer o atual estado da arte no que diz respeito ao papel do consentimento no âmbito da proteção de dados. Após, realizar-se-á um estudo analítico-descritivo acerca do tratamento dispensado pela LGPD ao consentimento. Concomitantemente a esta última abordagem, serão propostas soluções hermenêuticas para eventuais inconsistências da legislação.

Nesse sentido, previamente ao estudo do objeto central deste trabalho, propõe-se uma contextualização da temática da proteção de dados, com o fito de aclarar o manejo adequado de alguns conceitos e também para demonstrar a relevância do tema deste estudo para o debate jurídico que já efervesce nas academias e começa a chegar aos tribunais nacionais com mais força¹.

Com este intuito, serão abordados dois eventos jurídicos historicamente representativos do desenvolvimento do moderno debate sobre privacidade e autodeterminação informacional, bem como o cenário socioeconômico decorrente da Revolução da Informação e alguns conceitos, caros a essa nova forma de organização produtiva, que possuem relevância para o direito. Encerrando esta apresentação do tema, serão destacados fundamentos e aspectos da proteção de dados pessoais, com ênfase na dimensão coletiva da privacidade, na hipervulnerabilidade do titular de dados pessoais frente aos agentes de tratamento e na

¹ Vide os julgamentos realizados em 2020 pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da Medida Provisória 954/2020 (ADI n. 6.387) e do parágrafo único do artigo 4º da Lei n. 9.883/1999 (ADI n. 6.529).

redução do papel da autodeterminação individual no processo regulatório (BIONI, 2019; DONEDA, 2019; RODOTÀ, 2008).

Em seguida, o estudo demonstrará como a funcionalização e a contextualização do consentimento colocam-se a favor da promoção da efetiva tutela da proteção de dados pessoais em um mercado deliberadamente regulado para promover o bem-estar do titular de dados, atenuando sua hipervulnerabilidade por meio do aparato legislativo, de modo a atender satisfatoriamente às demandas relacionadas às dimensões individual e coletiva da privacidade (BIONI, 2019; DONEDA, 2019; RODOTÀ, 2008).

Ao final, será realizado o cotejo entre o tratamento dispensado ao consentimento pela Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018) e as iniciativas recomendadas pela literatura especializada, com o objetivo de se aferir o grau de correspondência entre essas abordagens, a fim de que se possa, quando necessário, propor soluções interpretativas que promovam a constitucionalização plena da matéria.

2 ANTECEDENTES E FORMAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Antes de mais nada, é relevante que nos atentemos para a longevidade pretérita da regulamentação da privacidade, presente em sistemas jurídicos da China Antiga, da Grécia Clássica, de tribos hebraicas e de sociedades iliteratas (MOORE JR., 1984 apud DONEDA, 2019, p. 111).

Todavia, para os fins ora pretendidos, justifica-se um recorte histórico que compreenda apenas o período posterior ao século XVII, haja vista que, antes disso, o nível de complexidade das sociedades não impunha desafios sequer próximos aos vivenciados após as últimas revoluções tecnocientíficas.

Tendo isso em mente, apresentar-se-ão apontamentos sobre episódios emblemáticos do avanço do debate sobre proteção de dados - perpassando as noções de privacidade e autodeterminação informacional – e outros acerca de alterações sociais relevantes, que levaram à conformação de um cenário factual que traz consigo novos conceitos e riscos sociais e individuais.

Destaca-se que não há a pretensão de perpassar o desenvolvimento histórico exaustivamente, mas, tão somente, a de analisar a íntegra de dois documentos jurídicos representativos de movimentos de alto impacto acerca do tema. A incursão sobre as questões de natureza socioeconômica, por sua vez, é feita para introduzir o leitor em alguns tópicos elementares para a compreensão real acerca daquilo que é a proteção de dados pessoais.

Por último, abordar-se-ão fundamentos e características da concepção normativa pautada na proteção de dados pessoais, que tem sido adotada em diversos países, inclusive no Brasil.

2.1 O DIREITO À PRIVACIDADE COMO SOLUÇÃO SUFICIENTE PRÉ-SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Às portas da última década do século XIX, Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis (1890) debruçaram-se por sobre o tema do direito à privacidade com o intuito de verificar a existência de um princípio que pudesse ser adequadamente invocado para proteger a privacidade do indivíduo, ante um contexto sócio-tecnológico que já era capaz de fornecer alguns indícios das drásticas mudanças que estavam por vir.

A necessidade de se reestruturar o regramento da privacidade teria emergido das

mudanças tecnológicas que possibilitaram a ocorrência de violações subjetivas à honra dos cidadãos completamente desconexas de um contexto que fosse contratual ou no qual fosse aferível uma especial confiança, ou seja, sem que houvesse qualquer relação prévia entre transgressor e lesionado (WARREN; BRANDEIS, 1890).

Após descartarem teses que aventavam a possibilidade de se realizar a tutela da honra subjetiva por meio de frágeis interpretações analógicas de normas que regulavam afrontas objetivas ou propriedade intelectual e artística, os autores advogaram a tese de que a resposta às suas indagações encontrava-se na “inviolabilidade da personalidade” – que não estaria compreendida na acepção ordinária do termo “propriedade” -, manifestada no “direito a ser deixado só” (WARREN; BRANDEIS, 1890), expressão cunhada anteriormente pelo magistrado norte-americano Thomas Cooley (COOLEY, 1888 apud DONEDA, 2019, p. 108).

Conforme esse raciocínio, o “*right to be let alone*” seria um princípio apto a, por si só, tutelar a privacidade dos indivíduos contra a invasão da imprensa, dos fotógrafos e dos portadores de qualquer moderno dispositivo de redação ou reprodução de cenas e sons, além de proteger uma ampla – porém não absoluta – gama de escritos, condutas, conversas, atitudes e expressões faciais (WARREN; BRANDEIS, 1890).

Acerca das limitações desse direito, pontuava-se que ele não teria o condão de proibir publicação de matérias que fossem de interesse público ou geral, nem publicações que configurassem comunicação privilegiada nos termos da lei de calúnia e difamação dos Estados Unidos da América (WARREN; BRANDEIS, 1890). Observe-se que a LGPD faz referência direta à abordagem destes autores quando exclui, da sua esfera de abrangência, situações relacionadas à liberdade de imprensa, o que ocorre em seu inciso II do art. 4º (BRASIL, 2018).

Além das exceções à privacidade, acreditavam ser provável que não ocorressem indenizações baseadas em violações feitas por publicações orais se ausente dano especial e arguíam que o direito à privacidade cessaria com a publicação de fatos pelo indivíduo ou com seu consentimento para publicação (WARREN; BRANDEIS, 1890).

Desta última conclusão, extraem-se dois pontos característicos da teoria que sustentava o direito à privacidade àquela época: o papel central do consentimento e a rígida dicotomia entre as esferas pública e privada. O consentimento era a manifestação de vontade necessária e suficiente para que uma informação navegasse do âmbito privado para o público, excepcionado apenas pelo interesse público e geral. Uma vez publicizadas, as informações já não gozavam da tutela da privacidade, sendo esta reservada às privadas.

Nesse cenário, os remédios jurídicos vislumbrados por Warren e Brandeis (1890) para

combater as violações às quais a privacidade estava sujeita se resumiram a ações de perdas e danos – suscetíveis em todos os casos - e *injunctions* – em uma quantidade restrita de casos.

Destaca-se que as duas ferramentas processuais de tutela aventadas estavam completamente centradas na ideia de intervenção jurídica posterior à ocorrência da lesão. Não se elucubrava uma abordagem propriamente preventiva que se esforçasse, em algum grau, para promover a manutenção integral da esfera de privacidade dos cidadãos. O debate era restrito às categorias jurídicas tradicionais - ainda não se cogitava, por exemplo, a realização interferências regulatórias destinadas a normatizar a produção dos dispositivos eletrônicos ou mesmo a promover a adequação de controladores de dados a determinados parâmetros de segurança.

É possível, assim, notar como os argumentos elaborados pelos juristas estadunidenses estavam intimamente ligados aos desafios mais sofisticados daquela época e como satisfaziam à inteireza daquela complexidade. No entanto, é dever sublinhar também que a sociedade seguiu sendo impactada pelas inovações tecnológicas após a publicação daquele trabalho, o que lançou novíssimos desafios na arena jurídica, justificando boa parte das posteriores releituras doutrinárias e jurisprudenciais.

Sobre a obra de Warren e Brandeis, faz-se pertinente a transcrição do seguinte comentário de Doneda, que aborda o contexto histórico e a importância do trabalho para o desenvolvimento vinvenciado pela matéria:

O artigo “The right to privacy”, geralmente citado como uma solitária referência histórica, é na verdade parte de um contexto bem mais amplo no qual a sociedade americana e o sistema capitalista se encontravam. A expansão para o oeste, que influenciou fortemente a simbologia, cultura e os costumes dos norte-americanos, tinha acabado – o historiador F.J. Turner declarara “encerrada a era das fronteiras” em 1893. O artigo de Warren e Brandeis reflete a tendência a uma fundamentação diversa para a proteção da privacidade, desvinculada do direito de propriedade. [...] Nessa evocação de um direito de natureza pessoal encontramos, com todas as inúmeras ressalvas a serem feitas ao se tratar de um sistema jurídico de fundamentação diversa da *civil law*, o eixo em torno da proteção da pessoa humana que será determinante na proteção da privacidade no século seguinte. (DONEDA, 2019, p. 124) (grifo nosso).

2.2 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E SUAS REPERCUSSÕES

Conforme se evidenciará a seguir, as primícias da revolução tecnológica que impulsionaram o trabalho de Warren e Brandeis anunciavam a alvorada de uma era, a nível de

relações estritamente materiais, totalmente nova. Os impactos desse fenômeno afetam o globo terrestre como um todo, embora nem sempre de modo democrático.

A transformação de boa parte desta base material sobre a qual ocorrem as interações humanas, como não poderia deixar de ser, repercutiu incisivamente nas relações sociais e econômicas vivenciadas pelos indivíduos, e tudo isso importa para o direito.

2.2.1. O novo modelo socioeconômico

A expansão e a reestruturação vivenciadas pelo capitalismo a partir da década de 1980 (CASTELLS, 2000 apud WERTHEIN, 2000, p. 72) acarretaram transformações de ordem técnica, organizacional e administrativa que têm como elemento crucial o uso de insumos baratos de informação, propiciados pelos avanços tecnológicos na microeletrônica e nas telecomunicações (WERTHEIN, 2000, p. 71).

O novo cenário que tem se estabelecido possui dentre suas principais características (i) a percepção da informação como matéria-prima, superando-se o estágio anterior no qual as informações eram relevantes apenas para a criação de novas tecnologias ou adaptação de objetos a novos usos; (ii) a alta penetrabilidade das novas tecnologias, uma vez que passam a se relacionar com o ser humano em diversas atividades cotidianas; (iii) o predomínio da lógica de redes, que graças ao instrumental tecnológico pode ser implementada em qualquer tipo de processo; (iii) a flexibilidade, que favorece processos reversíveis e provê alta capacidade de reconfiguração de organizações; e (iv) a crescente convergência de tecnologias, decorrente da interligação entre mecanismos tecnológicos capazes de transformar as categorias segundo as quais pensamos os processos (CASTELLS, 2000 apud WERTHEIN, 2000, p. 72). O ápice dessa imbricação pode ser constatado na ideia e na operacionalização das grandes bases de dados (*big datas*).

Apesar da enorme força desse movimento tecnológico, concebê-lo como determinante autônoma das relações sociais mostra-se equivocado, especialmente quando se traz à tona que processos sociais e transformações tecnológicas interagem – tanto em sua formação quanto em sua aplicação prática - com fatores sociais pré-existentes, tais quais a criatividade, o espírito empreendedor e as condições da pesquisa científica (WERTHEIN, 2000, p. 72).

Ao contrário do que sugeria esse determinismo, é possível e recomendado que as sociedades lidem com esse novo cenário de um modo ativo e não-contemplativo, almejando evitar ou mitigar a emergência de novas forças de exclusão (WERTHEIN, 2000, p. 72).

É nesse sentido que rui, ao menos a nível de internet superficial², a pretensão inicial de alguns personagens intimamente ligados à popularização do mundo virtual, que almejavam a independência total desse ambiente em relação à estrutura jurídico-estatal - como era o caso de John Perry Barlow, citado por Danilo Doneda (2019, p. 39). O mundo virtual, sendo mais um ambiente de convivência humana, naturalmente atrai para si a regulação jurídica, inclusive em sua dimensão estruturante, para assegurar, ao cidadão, a disponibilização de meios que possibilitem a participação ativa na construção de seu futuro (WERTHEIN, 2000, p. 71).

Sob um enfoque mais relacionado às alterações nos modos de produção econômica, nota-se uma série de expressões que carregam consigo a pretensão de abarcar os fenômenos decorrentes dessa nova configuração, sem que haja consenso (ANGELONI; FERNANDES, 2000 apud CORRÊA; RIBEIRO; PINHEIRO, 2017, p. 189). Dentre elas, tem sido amplamente adotadas: “sociedade pós-industrial” (BELL, 1973 apud CORRÊA; RIBEIRO; PINHEIRO, 2017, p. 189); “sociedade pós-capitalista”, que apresenta uma nova economia baseada na informação (DRUCKER, 1999 apud CORRÊA; RIBEIRO; PINHEIRO, 2017, p. 189); e “revolução da informação”, calcada no conhecimento e na comunicação como fonte de riqueza (STEWART, 2007 apud CORRÊA; RIBEIRO; PINHEIRO, 2017, p. 189).

Cronologicamente, a economia observa esse novo modelo como sucessor imediato da estrutura erigida pela revolução industrial, qual seja a sociedade industrial, tal como esta sucedeu àquela decorrente da revolução agrícola.

Compreende-se que a sociedade agrícola possui a terra como principal insumo econômico, em razão do cultivo do solo; uma produção de bens tangíveis (principalmente gêneros alimentícios) orientada para a subsistência; com uma divisão do trabalho simples e a organização produtiva em aldeias (TOFFLER, 1998 apud CORRÊA; RIBEIRO; PINHEIRO, 2017, p. 188). A economia industrial, por sua vez, tem o capital como elemento propulsor da economia; ostenta produção de bens tangíveis, desde máquinas a meios de transporte, e é voltada para o consumo de outrem, ou seja, para o mercado (CORRÊA; RIBEIRO; PINHEIRO, 2017, p. 189), além de ser organizada predominantemente em indústrias.

Em verdade, note-se que todas as propostas de denominação para a “nova organização econômica” citadas têm sua razão de ser, apesar dos enfoques distintos. De fato, o capital não figura mais como fator central das cadeias produtivas mais lucrativas, o que torna legítimo que se pense em uma configuração pós-capitalista, tal qual a percepção de Drucker (*apud* CORRÊA; RIBEIRO; PINHEIRO, 2017, p. 189); a estrutura industrial tem encolhido

² Compreendida em oposição à internet profunda - *deep web*.

mundialmente³, o que faz coro à abordagem pós-industrial de BELL *et al.* (*apud* CORRÊA; RIBEIRO; PINHEIRO, 2017, p. 189); e, noutro sentido, o ascendente valor de mercado das empresas que lidam precipuamente com produção de bens intangíveis - trabalhando com dados, informação e conhecimento – indica que o arranjo econômico tende a girar cada vez mais em torno desse eixo⁴, nos termos propostos por Stewart (*apud* CORRÊA; RIBEIRO; PINHEIRO, 2017, p. 189).

Por meio dessas considerações, verifica-se, contudo, que as duas abordagens iniciais – “sociedade pós-industrial” e “sociedade pós-capitalista” – tomam, como enfoque principal de análise, aspectos da sociedade anterior que estão a ser superados pela nova. Dessa forma, em que pese a relevância das demais contribuições, o recurso à denominação “revolução da informação” revela-se mais consentâneo com a abordagem ampla que o tema tem recebido no decorrer da história.

Isso porque, ao olharmos para trás, as mudanças no modo de produção econômica foram designadas de acordo com suas características próprias - e não com base nas alterações promovidas em comparação com o contexto prévio. Aplica-se o ensinamento segundo o qual as definições devem buscar correspondência com o objeto que se pretende definir (CHESTERTON, 2018, p. 13).

Assim, a revolução agrícola ensejou a sociedade agrícola e a revolução industrial, a sociedade industrial. Mais adequada, pois, a análise segundo a qual a revolução da informação é um fenômeno apto a promover a consolidação da sociedade da informação.

Endereçando a atenção para este conceito de revolução da informação, percebe-se que ele trabalha com três aspectos de alta relevância: informação, conhecimento e comunicação. A informação participa dessa relação enquanto insumo para o conhecimento que é gerado por pessoas; ao passo que a comunicação funciona como “meio potencializador para transmissão de informação e conhecimento”, via mecanismos tecnológicos (CORRÊA; RIBEIRO; PINHEIRO, 2017, p. 189-190). O produto final pretendido nesse sistema corresponde a estruturas intangíveis - conceitos e *softwares*⁵ - de um processo personalizado, orientado ao

³ Vide “*O debate da desindustrialização no Brasil*”, de Cristiano Romero, publicado originalmente no Valor Econômico em 25.08.2010. Disponível em: <http://protec.org.br/artigos/26663/valor-economico-o-debate-da-desindustrializacao-no-brasil>. Acesso em: 24.09.2020.

⁴ Vide participação das empresas de tecnologia na lista das “*marcas mais valiosas do mundo em 2020*”, publicada em 28.07.2020. Disponível em: <https://www.forbes.com.br/listas/2020/07/as-marcas-mais-valiosas-do-mundo-em-2020/>. Acesso em: 24.09.2020.

⁵ Coleção de dados ou instruções que informam a um mecanismo como trabalhar. Em oposição a *hardware*, refere-se ao que não está ligado à parte física de um dispositivo. “*O que é software? Entenda o significado*”, por Matheus Bigogno Costa, 10.08.2020. Disponível em: <https://canaltech.com.br/software/o-que-e-software/>. Acesso em: 24.09.2020.

cliente, com apoio das tecnologias da informação e comunicação, com intuito de gerar produtos não palpáveis como oferta de seguros - de vida e automóvel - e de serviços - tratamento e hospedagem da informação, por exemplo, via *datacenters*⁶ (CORRÊA; RIBEIRO; PINHEIRO, 2017, p. 194-195).

Nesse sentido, a economia da informação e do conhecimento rompe com padrões constatáveis nas eras anteriores, especialmente em decorrência da alteração na fonte de geração de riqueza, que agora se centra no elemento informacional (intangível) e manifesta-se na sua posse, no acesso a ele e via controle dos meios de comunicação (CORRÊA; RIBEIRO; PINHEIRO, 2017, p. 190).

Diante disso, torna-se fácil perceber o tamanho do conhecimento e, por consequência, do poder de influência que as mídias sociais têm angariado continuamente, à medida que, funcionando como meios de comunicação interativos, mantêm os usuários “confinados” enquanto colhe informações destes para aumentar sua base de dados. Em verdade, essas mídias ilustram de modo mais contundente o funcionamento deste sistema, contudo, tratam-se apenas de uma espécie do gênero “agente de tratamento de dados”, expressão usada para definir aquele que realiza atividades de processamento sobre dados de terceiros a fim de extrair informações úteis para a sua própria cadeia produtiva ou para a de terceiros.

Considerando o novo elemento gerador de riquezas – informacional -, é possível dizer que a distribuição de poder se dá de maneira proporcional à qualidade e à quantidade de dados aos quais determinado agente de tratamento tem acesso.

Importante que se tenha clareza de que a relação entre os diferentes arranjos produtivos não ocorre por uma suplantação total do esquema anterior. Assim como a indústria não pôs fim à agricultura, o conhecimento não o fará com a indústria. O que haverá é transformação estrutural da sociedade, reduzindo a relevância econômica do paradigma prévio (CORRÊA; RIBEIRO; PINHEIRO, 2017, p. 192). Nesse particular, o caso brasileiro dá testemunho de uma sociedade na qual convivem as sociedades agrícola, industrial e informacional (PEREIRA, 1995 apud CORRÊA; RIBEIRO; PINHEIRO, 2017, p. 192).

A despeito da possibilidade de coexistência, ao afetar o *modus operandi* do sistema produtivo, ao menos parcialmente, esses eventos transformadores repercutem necessariamente no cotidiano das sociedades, vide o perfil de trabalhador – as exigências físicas de outrora se transmutam em exigências cerebrais - e as formas de trabalho – ilustrado pelo advento do

⁶ Centros de processamento de dados. Para informações introdutórias: “Data Centers: tudo que você precisa saber”, por Gustavo Sumares, 19.05.2016. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/pro/noticia/data-centers-tudo-que-voce-precisa-saber/58506>. Acesso em: 24.09.2020.

teletrabalho (CORRÊA; RIBEIRO; PINHEIRO, 2017, p. 192).

Outra questão impactada diz respeito à dimensão das organizações corporativas, nas quais a informação - antes percebida como instrumento de controle, por exemplo, de funcionários e processos fabris - passou a ser apreciada como ferramenta de comunicação para equalização dos indivíduos à empresa (CORRÊA; RIBEIRO; PINHEIRO, 2017, p. 198), processo ilustrável pelas campanhas de *endomarketing*⁷.

Nesse ponto, insta esclarecer que a informação não atua apenas no âmbito interno dessas organizações, mas tem tido particular relevância nas relações entre diferentes organizações e, principalmente, no contato das empresas com os clientes - como se extrai do fato de que lojas virtuais tendem a oferecer produtos aos clientes de acordo com as informações de perfil e as buscas realizadas por eles (CORRÊA; RIBEIRO; PINHEIRO, 2017, p. 203).

Ante todo este contexto, a impossibilidade de se vislumbrar a informatização da sociedade como fenômeno dotado de um caráter determinístico autônomo - desprovido de regulações heterônomas - demanda atenção do campo jurídico para com as relações humanas que se desenvolvem neste contexto, a fim de assegurar, ao ser humano, um papel ativo na construção de seu futuro, individual e coletivamente.

A imprescindibilidade e a legitimidade para que essa regulação considere tanto aspectos individuais quanto coletivos se dá, especialmente, em decorrência dos impactos igualmente individuais e coletivos, advindos das modificações da estrutura produtiva na sociedade, como fica claro pela variação no perfil dos trabalhadores e na própria forma de execução do trabalho.

Noutro aspecto, não há dúvidas de que alguns sujeitos lideram a nova locomotiva que arrasta a sociedade no sentido de incorporar as novas tecnologias ao cotidiano dos indivíduos, auferindo lucros cada vez maiores e exercendo influência pujante nas mais diversas esferas sociais. Os agentes de tratamento de dados, sendo os beneficiários principais desse novo arranjo, podem e devem submeter-se à regulação estatal, de forma que esta possa redistribuir mais democraticamente bônus e ônus sociais dele decorrentes, como os riscos relacionados à segurança dos dados sob tratamento ou em posse do agente.

Adentrando um pouco mais na composição da matéria-prima do novo paradigma produtivo, verifica-se que, dentre os objetos tratados pela economia da informação, um deles

⁷ Conjunto de ações de marketing dirigidas ao público interno da organização, os funcionários. Disponível em: <https://administradores.com.br/artigos/endomarketing-conceito-importancia-e-contexto-empresarial-junior>. Acesso em: 09.11.2020.

possui especial relevância em sociedades comprometidas com a preservação da dignidade da pessoa humana: as informações pessoais.

A partir do momento em que esta dignidade é compreendida como valor intrínseco à pessoa humana, manifesto em aspectos determinados da personalidade, como igualdade, liberdade, integridade psicofísica e solidariedade social (MORAES, 2017, p. 14-15), torna-se mais simples identificar que a economia da informação se desenvolve sobre uma permanente tensão, nem sempre aparente, entre os interesses econômicos - geralmente correspondentes às pretensões de um livre trânsito e processamento de informações pessoais, em outras palavras, à autorização para exploração da matéria-prima - e a esfera das pessoas que têm o livre desenvolvimento de sua personalidade afetado pela circulação de seus dados - o que repercute em pleitos relacionados à imposição de limites ao livre fluxo de dados para a tutela dos interesses extrapatrimoniais dos indivíduos (BIONI, 2019, p. XXV).

Por mais que processamento de informações pessoais e autodeterminação individual possam parecer não estar em rota de colisão na maioria dos casos, um olhar cuidadoso revela que os riscos são demasiados. Analogamente à super-exploração das matérias-primas utilizadas no contexto da sociedade industrial, o processamento de dados pessoais desvinculado de parâmetros éticos e jurídicos também coloca o tecido social sob ameaça.

Em virtude dessas alterações socioeconômicas ocorridas na passagem para o paradigma tecnológico, os perigos de danos – frise-se – individuais e coletivos conformaram um novo cenário, no qual a mera privacidade não corresponde mais às necessidades do tempo.

2.2.2. Noções instrumentais

Para que possam ser mais bem compreendidas as implicações deste novo modo de produção econômica e suas relações com os dados pessoais dos indivíduos, algumas noções devem ser introduzidas no debate e, principalmente, consideradas pelos legisladores e intérpretes deste campo. Nesse sentido é que serão realizadas considerações sobre: a diferenciação entre dado e informação; a definição de dados pessoais; o que vem a ser dados identificados, identificáveis e anonimizados; a delimitação dos dados pessoais sensíveis; a nova abordagem conferida aos dados públicos e manifestamente públicos; além de breves notas sobre as principais técnicas de processamento de dados.

Embora haja forte relação entre dado e informação, as expressões não são perfeitamente correspondentes. Enquanto o dado pode ser entendido como uma “‘pré-informação’, anterior à interpretação e a um processo de elaboração”, a informação “alude a

algo além da representação contida no dado” (DONEDA, 2019, p. 136). De maneira semelhante, Bioni (2019, p. 36) relaciona dados a “fatos brutos” - ainda não processados - e atrela informações ao significado revelado pelo processamento de dados. Assim, é razoável notar que os dados são utilizados como matéria-prima para a obtenção de informações no contexto da economia da informação.

Acerca dos dados pessoais, tem-se que o ordenamento jurídico brasileiro adota postura expansionista, assegurando a aplicabilidade do regime protetivo dos dados pessoais a todos os dados “relacionados à pessoa natural, seja ela identificada ou identificável” (BIONI, 2019, p. 68-69).

Para compreensão dessa “identificabilidade” do titular de um dado, há que se recorrer à noção de “procedimento de anonimização de dados”, por meio do qual se torna inviável ou dificultada a identificação do titular de determinado dado. Essa anonimização pode ser realizada por meio de diversas técnicas, dentre elas a supressão, a generalização, a randomização e a pseudoanonimização, que possuem graus distintos de reversibilidade (BIONI, 2019, p. 70-71). E é justamente esta possibilidade de a anonimização ser revertida que justifica especial proteção em favor dos dados que podem voltar a ser vinculados a um indivíduo específico, apesar de *prima facie* não o serem.

O risco inerente que cada dado anonimizado possui de ser transformado em dado pessoal é o que justificaria tratamento jurídico mais rigoroso aos dados com alto potencial de reversibilidade da anonimização (TENE apud BIONI, 2019, p. 75), exigindo-se o cumprimento de parâmetros de segurança mais elevados para a proteção de dados pessoais e daqueles considerados “desanonimizáveis”, ou seja, seria muito restrito o leque de dados que poderiam ser processados sob um regime regulatório mais brando. Todavia, em concreto, isso representaria um entrave significativo ao fluxo de dados e ao próprio funcionamento da economia da informação.

A gravidade da medida traz a necessidade de que se realize uma ponderação entre a proteção dos dados pessoais e a viabilidade da própria economia da informação. A LGPD estabeleceu o seguinte arranjo para tentar harmonizar esses interesses:

Art. 12. Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido.

§ 1º A determinação do que seja razoável deve levar em consideração fatores objetivos, tais como custo e tempo necessários para reverter o processo de anonimização, de acordo com as tecnologias disponíveis, e a utilização exclusiva de meios próprios.

§ 2º Poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada. (BRASIL, 2018)

Sendo assim, apesar de ontologicamente os dados pessoais e os anonimizados não possuírem diferenças muito relevantes, questões pragmáticas foram consideradas para delimitar a abrangência do regime jurídico destinado à proteção de dados pessoais no Brasil.

O aprofundamento no campo dos dados pessoais - identificados ou identificáveis - leva à distinção entre dados pessoais comuns e aqueles sensíveis, que conformam uma categoria específica de dados que, se conhecidos e submetidos a tratamento, ostentam potencial de utilização discriminatória ou lesiva mais acentuado (DONEDA, 2019, p. 142-143). Segundo Bioni (2019, p. 85), esse uso discriminatório revelaria uma especial vulnerabilidade do titular desses dados sensíveis. Note-se mais uma vez que, em razão das múltiplas possibilidades de processamento, dados aparentemente singelos podem fornecer informações sensíveis (DONEDA, 2019, p. 143).

Os primeiros conceitos elencados no art. 5º da LGPD referem-se, justamente, a dados pessoais, dados sensíveis e dados anonimizados:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento (BRASIL, 2018)

Para além desses aspectos, ainda é relevante considerar que a LGPD estendeu a aplicação de seu regime protetivo aos dados pessoais de acesso público e àqueles manifestamente públicos, cuja disponibilização ocorre por iniciativa do próprio titular de modo que o acesso a eles se torna irrestrito (BIONI, 2019, p. 268-271). Note-se, assim, alteração substancial quando se coloca em perspectiva esta nova regulamentação com a análise dicotômica entre as esferas pública e privada, tomada como pano de fundo no paradigma da privacidade. Os seguintes dispositivos da LGPD regulam esta matéria:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas

seguintes hipóteses: [...]

§ 3º O tratamento de dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, a boa-fê e o interesse público que justificaram sua disponibilização.

§ 4º É dispensada a exigência do consentimento previsto no caput deste artigo para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos nesta Lei. [...]

§ 7º O tratamento posterior dos dados pessoais a que se referem os §§ 3º e 4º deste artigo poderá ser realizado para novas finalidades, desde que observados os propósitos legítimos e específicos para o novo tratamento e a preservação dos direitos do titular, assim como os fundamentos e os princípios previstos nesta Lei. (BRASIL, 2018)

No que diz respeito às técnicas de tratamento de dados mais elaboradas que têm sido utilizadas para produzir informações a partir de dados, merecem destaque o perfilamento e a mineração dos dados pessoais, bem como as grandes bases de dados – em inglês, *big datas*.

O perfilamento - em inglês, *profiling* - é um mecanismo por meio do qual diversos dados pessoais de um indivíduo compõem um perfil vinculado ao titular. A partir desse emparelhamento e de correlações, esta técnica permite que o processador dos dados obtenha informações que passam a orientar processos de tomada de decisão (BIONI, 2019, p. 91). Ademais, essa forma de tratamento de dados pode ser aplicada tanto a indivíduos quanto a grupos (DONEDA, 2019, p. 151). Considerando que muitas decisões têm sido tomadas exclusivamente com base nesses perfis, é razoável dizer que eles realizam a exteriorização da subjetividade de pessoas humanas.

A importância da função desempenhada por esses perfis atrai consigo padrões mais elevados de segurança e isonomia no tratamento dos dados para que se evite a exposição de indivíduos e a reprodução de estereótipos sociais, além de questões relacionadas à garantia de autênticas liberdades individuais (BIONI, 2019, p. 91).

A mineração de dados - em inglês, *data mining* - trata-se de uma feliz analogia com a atividade de extração de minérios naturais. Em meio a verdadeiras “montanhas de dados” em estado bruto e não classificados, identificam-se “informações de potencial interesse”, por meio de correlações, recorrências, formas, tendências e padrões significativos (DONEDA, 2019, p. 154).

O perfilamento e a mineração de dados têm sido viabilizados pelo enorme progresso na gestão dos dados, que permite o registro de uma quantidade imensa destes a custos decrescentes e com horizontes cada vez mais promissores para a obtenção de diferentes informações (BIONI, 2019, p. 39; DONEDA, 2019, p. 154-155). Esse desenvolvimento tem seu êxtase nas grandes bases de dados que permitem que “um volume descomunal de dados

seja estruturado e analisado para uma gama indeterminada de finalidades” (BIONI, 2019, p. 39).

Esta ferramenta tecnológica contribui intensamente para o incremento da capacidade de obtenção de informações a partir de dados, à medida que aumenta as possibilidades de processamento no que diz respeito a volume, velocidade e variedade de dados (LANEY apud BIONI, 2019, p. 39). Relevante que se atente ainda para a conclusão exposta por Bioni:

Big Data não se preocupa com a *causalidade* de um evento, mas, tão somente, com a probabilidade de sua ocorrência. Em vez de questionar por que algo acontece, procura-se diagnosticar o que está acontecendo. Não se está preocupado com a análise das razões que geram uma cadeia de eventos, mas, tão somente, com o seu desencadeamento. (BIONI, 2019, p. 42)

Assim, tem-se que o uso dessa tecnologia nos processos de tomada de decisão automatizada tem enorme potencial de facilitação de tarefas, especialmente no cotidiano das organizações empresárias, por exemplo, no que diz respeito às tarefas atribuídas aos departamentos de recursos humanos. No entanto, os benefícios devem ser sopesados com a necessidade de se garantir que pessoas e grupos sociais identificados com “correlações estigmatizadas” não sejam privados de oportunidades de desenvolvimento pessoal exclusivamente por tais fatores.

Em suma, assimilar as dimensões positiva e negativa deste fenômeno tecnológico mostra-se algo essencial para que possa ser realizada uma regulamentação adequada, que otimize os benefícios e minimize os riscos às pessoas.

2.3 A CORTE ALEMÃ E O CASO “LEI DO RECENSEAMENTO DE 1983”

Vivenciando mais concretamente essa sociedade da informação, altamente capaz de coletar dados e extrair informações por meio deles, em março de 1982, a Alemanha promulgou a Lei do Recenseamento com o fito de coletar dados pessoais tradicionalmente considerados essenciais para guiar as tomadas de decisões político-econômicas da União, de Estados e municípios (MARTINS, 2016a, p. 55).

Em 1983, após algumas provocações, o Tribunal Constitucional Federal - TCF analisou a compatibilidade da referida legislação com alguns direitos fundamentais dos reclamantes, especialmente com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade - Art. 2 I GG. Apesar de haver reconhecido a constitucionalidade da lei vergastada em termos gerais, a Corte declarou a nulidade de dispositivos que versavam sobre comparação e troca de dados e

acerca da competência de transmissão de dados para fins de execução administrativa, que violavam o direito à proteção de dados e à autodeterminação informacional dos cidadãos (MARTINS, 2016a, p. 55-56).

Cabe esclarecer que a autodeterminação informativa não se tratava de um conceito inovador elaborado no seio do tribunal alemão, sendo mencionada pela doutrina norte-americana na década de 1960 (WESTIN, 1967 apud DONEDA, 2019, p. 168). Todavia, a sentença em comento teve papel ímpar na consolidação da expressão e da abordagem.

A paradigmática decisão foi amparada em sólida jurisprudência expansiva daquele tribunal acerca do conteúdo do direito geral de personalidade, que, por intermédio da livre autodeterminação, foi entendido como farol normativo capaz de aclarar a existência do direito de decidir - a princípio, por si próprio - quando e em quais limites fatos pessoais poderiam ser revelados (MARTINS, 2016b, p. 49).

Além disso, o julgado admite elementos próprios do momento histórico no qual está inserido, ratificando a necessidade de se conferir proteção especialmente intensa – embora limitada em determinadas hipóteses - aos dados pessoais contra levantamento, armazenagem, uso e transmissão irrestritos, em razão dos riscos inerentes à possibilidade técnica ilimitada de armazenagem e consulta de informações detalhadas sobre relações pessoais ou objetivas de uma pessoa determinada ou determinável (DECISÕES, 1983, p. 56-57).

Ao constatar que uma proteção de dados débil poderia fazer com que os indivíduos passassem a agir considerando as consequências da identificação de cada comportamento por instituições capazes de processar seus dados, a Corte asseverou a existência de prejuízos na esfera individual e também em questões atinentes à persecução do bem comum - de ordem eminentemente coletiva. Por meio deste raciocínio, a autodeterminação é posta como condição funcional elementar para uma comunidade democrática e livre, que preze pela capacidade de ação e participação dos cidadãos (DECISÕES, 1983, p. 58).

Em sentido análogo, a Corte trabalhou a ideia de que a credibilidade da estatística oficial está fortemente atrelada à confiança que os cidadãos depositam nas próprias instituições da Administração, de modo que se eventuais falhas repercutissem negativamente sobre os direitos da personalidade – especialmente se relacionadas à falta de transparência no tratamento dos dados e possíveis transferências de dados não anonimizados em situações inadequadas –, isso poderia minar a capacidade de o Estado obter dados sólidos para o planejamento de suas políticas públicas (DECISÕES, 1983, p. 62).

Com o intuito de compatibilizar as necessidades individuais concernentes à proteção de dados com as metaindividuais – do Estado e de terceiros -, o julgado delineou que “em

princípio o indivíduo tem de aceitar limitações de seu direito à autodeterminação sobre a informação em favor do interesse geral predominante”, todavia, essas limitações devem possuir base legal constitucional, a partir da qual o cidadão possa compreender seus pressupostos e sua extensão (DECISÕES, 1983, p. 58-59). Pontuou-se, ainda, que recai, sobre o legislador, o dever de observar o princípio da proporcionalidade, de forma a impedir a limitação de direitos fundamentais dos cidadãos pela Administração quando isso não se revele imprescindível para a persecução de interesses públicos (DECISÕES, 1983, p. 59).

Tem-se, então, que o substrato fático da decisão pode ser encontrado nos novos riscos advindos da sociedade da informação, que reclamam maior atenção do legislador ao tratar de temas atinentes a violações de direitos de personalidade, seja na seara organizacional ou processual (DECISÕES, 1983, p. 56).

Neste último campo, o TCF asseverou que são igualmente relevantes, para a análise legiferante e judicante, a natureza dos dados a serem coletados e tratados, a utilidade e a possibilidade de uso, bem como a finalidade a que serve a estatística e as possibilidades de ligação e processamento próprias da tecnologia da informação (DECISÕES, 1983, p. 59).

Essa linha de pensar levou à contestação direta da dicotomia apregoada entre dados significantes e insignificantes, haja vista a possibilidade - a depender das técnicas e dos dados “insignificantes” disponíveis - de o processamento eletrônico extrair informações sensíveis a partir de dados que, isoladamente, seriam considerados comuns (DECISÕES, 1983, p. 59).

Na mesma esteira, afirmou-se a necessidade se conhecer o contexto de utilização dos dados, para que seja possível constatar a admissibilidade de restrições ao direito à autodeterminação da informação. A essa altura, o contexto seria cognoscível por meio da aferição da finalidade da coleta, aliada às possibilidades de uso e às ligações que existam com outros dados (DECISÕES, 1983, p. 59).

A relevância dessa decisão se deve principalmente à autonomia conferida à proteção de dados – reconhecida como direito de personalidade – e à expansão da autodeterminação informacional para além do consentimento, além da delimitação de funções e limites do consentimento do titular de dados (BIONI, 2019, p. 101).

Apesar do avanço que a referida decisão representou, parte da doutrina notou que ela ainda trazia consigo algumas noções um tanto problemáticas, por exemplo, o peso excessivo conferido à própria autodeterminação informacional, conforme será minuciado a seguir.

2.4 FUNDAMENTOS E ASPECTOS DA PROTEÇÃO DE DADOS

Na segunda metade do século XX, o jurista italiano Stefano Rodotà propugnava uma lente com foco novo para se encarar o fenômeno da privacidade. Em oposição à noção que se consolidara até então, lançou luz sobre a importante função que a privacidade devia desempenhar para assegurar o direito de reação contra o autoritarismo e as políticas de discriminação baseadas em opiniões políticas (RODOTÀ, 2008, p. 30). Ao invés do enfoque individualista, Rodotà (2008) pretendeu assegurar a efetividade da “dimensão coletiva” da privacidade.

Com essa intenção, fez coro à necessidade de se articular, de maneira sólida, o direito à autodeterminação informativa como instrumento capaz de atenuar a defasagem entre a rapidez do progresso técnico-científico e a lentidão com que amadurece a capacidade de controle dos processos sociais que acompanham tal desenvolvimento (RODOTÀ, 2008, p. 42).

Essa acentuada diferença de velocidade, ao escancarar a disparidade de poder dos usuários de serviços informáticos e telemáticos em face dos fornecedores de tais serviços, tornava nítido que, a rigor, não seria possível falar em consentimento livremente manifestado para transações referentes à privacidade (RODOTÀ, 2008, p. 52-53).

Em sentido semelhante, atualmente, têm sido constantes as críticas às técnicas legislativas que elegem o consentimento do titular dos dados pessoais como seu pilar normativo. Isso tem ocorrido principalmente em razão da condição de “(hiper) vulnerabilidade” dos titulares dos dados pessoais, manifestada sobretudo pelo fato de estarem inseridos em uma relação assimétrica que lhes tolhe o poder de autodeterminação sobre seus dados (BIONI, 2019, p. XXVI).

As complexas implicações decorrentes do tratamento dos dados pessoais no atual estágio de desenvolvimento tecnológico que a sociedade se encontra impossibilitam uma abordagem exclusivamente pautada no “estrito controle individual dos próprios dados” (DONEDA, 2019, p. 24). Para que pudesse exercer esse controle de maneira efetiva, os titulares necessariamente teriam de lidar, por exemplo, com a “intensidade do fluxo de dados e a dificuldade em se saber efetivamente quem os detém e como são utilizados e mesmo quais os reais efeitos do seu tratamento” (DONEDA, 2019, p. 24).

Esse descompasso entre a abordagem individualista e os desafios apresentados pelo contexto hodierno é a base de boa parte da crítica que se faz à autodeterminação informacional. Isso porque este conceito traz consigo uma “interpretação equivocada de que o consentimento do titular dos dados pessoais teria primazia e prevalência na proteção dos

dados pessoais” (BIONI, 2019, p. 106), à medida que a autodeterminação remete exclusivamente à perspectiva individual.

Em verdade, é possível notar que considerações dessa natureza correspondem à transição da terceira para a quarta geração de leis de proteção de dados pessoais. Enquanto a terceira centrava-se no cidadão, na preocupação com a liberdade de fornecer ou não os dados e com a garantia da efetividade dessa liberdade; a quarta diagnosticou a necessidade de instrumentos aptos a elevar “o padrão coletivo de proteção” (DONEDA, 2019, p. 179).

Isso ocorreu em decorrência da clara incompatibilidade entre o modo pelo qual a estrutura da economia da informação opera e a pretensão de se regular o tema sob a ótica estritamente individual. A abordagem centrada no poder soberano do sujeito, adotada inicialmente, evidenciou que o consentimento do titular é insuficiente para assegurar a própria autodeterminação individual.

Corroborar tal inadequação o fato de que essa lógica não assegura aos indivíduos uma proteção adequada contra análises de dados indesejadas – vide os casos nos quais um sujeito é impactado por análises indexadas a espaços geográficos que costuma frequentar ou a recortes sociais dos quais faz parte. Além disso, enquanto a legislação permanece centrada no consentimento, corre-se o risco de que ele seja utilizado para conferir uma roupagem de legitimidade meramente formal a transações de dados, sem significar uma proteção substancial dos dados pessoais – por vezes o “vazio do consentimento” é tão grande que ele sequer corresponde apropriadamente à vontade do titular de dados.

Com base em boa parte dessas considerações, Bioni apresenta o seguinte posicionamento:

A autonomia do titular dos dados pessoais não deve ser uma armadilha a esconder um território informacional que lhe seja destrutivo. Zonas de autonomia devem ser esculpidas, levando-se em conta parâmetros que não esvaziem o valor social que a proteção dos dados pessoais tem a cumprir. Deve-se verificar em que medida o fluxo informacional é (in)apropriado para garantir o engajamento social, notadamente se ele estabelece uma excessiva interferência ao livre desenvolvimento da personalidade do titular das informações pessoais em circulação. (BIONI, 2019, p. 222)

Conforme essa ótica protetiva, no intuito de tutelar de modo eficaz o fluxo dos dados coletivamente concebido, é possível que, em determinadas modalidades de tratamento de dados pessoais, seja negado ao titular o poder de consentir com o tratamento (DONEDA, 2019, p. 179). Contudo, o próprio Danilo Doneda (2019, p. 144) não recomenda “a mera

proibição da coleta e tratamento de dados sensíveis” enquanto prática regulatória, pois, muitas vezes, o uso de tais dados é legítimo e necessário.

A regulamentação da proteção de dados cada vez mais clama pelo equilíbrio daqueles que estão em poder de tomar as decisões em âmbito social. Os impulsos proibitivo e permissivo têm papel relevante para indicar os pontos mais controversos da matéria, seja no que tange às demandas pela tutela dos dados pessoais, seja naquilo que se liga a legítimos interesses econômicos. No entanto, a atuação estatal não deve se guiar *prima facie* por nenhum deles, senão pela ponderação dessas demandas, considerando categorias de pensamento menos abstratas do que aquelas que eram usualmente empregadas. Apenas no exercício da ponderação é que os interesses de ordem extrapatrimonial deverão ser tratados com primazia, quando isso se fizer necessário, em observância ao mandamento constitucional.

A fim de que a proteção da informação tenha um tratamento socialmente eficiente e individualmente conveniente, nota-se que o raciocínio atualmente mais difundido na doutrina brasileira prevê o fortalecimento das pessoas frente aos processadores de dados, a disseminação de autoridades independentes e de normas específicas para setores estratégicos em conformidade com as disposições das leis gerais; e a redução do papel da decisão individual de autodeterminação informativa (DONEDA, 2019, p. 179).

E é neste cenário que o consentimento tem de reencontrar seu papel para servir, de verdade, tanto aos indivíduos quanto à sociedade.

3 CONSENTIMENTO FUNCIONAL E CONTEXTUAL

Sob uma perspectiva meramente materialista-histórico-dialética, pode-se identificar que o consentimento foi inicialmente alçado à condição de pedra fundamental da regulação da proteção de dados; em seguida, duramente criticado; posteriormente, adjetivado; e, por último, remodelado para conformar-se a um todo normativo que considere a privacidade como forma de tutela da pessoa – e não mais como fim em si mesma (DONEDA, 2019, p. 132).

Merece destaque o esforço consciente de S. Rodotà (2008, p. 74-80) no sentido de promover esse renascimento do consentimento, o que se deu parcialmente como consequência da percepção de que o direito à privacidade não mais se estruturava em torno do eixo “pessoa–informação–segredo”, mas sim no eixo “pessoa–informação–circulação–controle” (RODOTÀ, 1995 apud DONEDA, 2019, p. 41).

Nesta mesma esteira, Rodotà assevera que a privacidade, isoladamente considerada, “não é mais capaz de se constituir em uma regra precisa para a circulação das informações: aquilo que conta é, sobretudo, o contexto, social e institucional, no qual a privacidade se encontra historicamente inserida” (Rodotà, 2008, p. 74).

Por meio dessa abordagem revisada da privacidade no contexto tecnológico vivenciado especialmente a partir da quarta parte final do século XX, tem-se que ela se consubstanciaria no direito do indivíduo de “manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada” (RODOTÀ, 2008, p. 109) - muito mais próxima da autodeterminação informacional do que do direito a ser deixado só. Dessa forma, as regras sobre circulação de dados tendem a serem cada vez mais orientadas para a consideração de contextos, funções, associações (Rodotà, 2008, p. 77).

Aplicando raciocínio análogo para analisar a natureza jurídica do consentimento na sua interface com a proteção de dados, Danilo Doneda assevera a necessidade de sua funcionalização:

A qualificação jurídica do consentimento para tratamento de dados pessoais não deve ser tomada como uma tarefa que visa ao enquadramento da sua disciplina em um esquema preconcebido, no qual o tratamento de dados pessoais deva submeter-se aos cânones de uma determinada concepção da autonomia privada. A especificidade do consentimento, no caso da proteção dos dados pessoais, pede igualmente uma funcionalização de sua própria natureza jurídica, e ao intérprete cabe integrar essa disciplina do consentimento com os efeitos que dela são pretendidos. (DONEDA, 2019, p. 301)

Válido mencionar ainda as conclusões obtidas por Doneda ao realizar essa incursão pela natureza do instituto:

E vemos que existem dois planos de análise possíveis: no primeiro, o consentimento é o instrumento por excelência dessa autodeterminação e, portanto, de um aspecto da tutela da pessoa. Em outro plano, porém, o consentimento representa o papel de instrumento de legitimação para que esses dados sejam, em alguma medida, utilizados por outra pessoa. [...] a raiz do problema do consentimento se revela, consistindo na compreensão dos seus dois perfis - como autodeterminação e também como instrumento de legitimação -, na medida da proteção da pessoa e também da circulação de informações. (DONEDA, 2019, p. 302-303)

Nota-se uma ampliação da percepção sobre o consentimento, que inicialmente foi tomado apenas enquanto legitimador do trânsito de informações, para, por meio do vislumbre integral da funcionalidade, abarcar também a sua íntima e determinante relação com a autodeterminação do indivíduo.

Concretizando a previsão de Rodotà para além da funcionalização, a teoria da *Privacidade Contextual* permite uma releitura da proteção dos dados pessoais de acordo com o seu valor social, que é “guiado por considerações políticas e morais” (NISSENBAUM, 2010 apud BIONI, 2019, p. 211). Conforme citação de Bioni (2019, p. 211), Nissenbaum sustenta que a maior preocupação das pessoas não diz respeito simplesmente à restrição ao fluxo de informações, senão à garantia de que ele ocorra adequadamente. A aferição desta adequação se dá diante do contexto, sem tanta preocupação com o conceito de privacidade em si, mas com foco nos casos de violação à integridade do fluxo informacional:

A inteligência do que venha a ser (in)apropriado decorre do *contexto* de cada relação subjacente na qual as informações pessoais fluem. É dessa análise heurística [a ‘privacidade contextual’ é tida como um processo heurístico, cujo centro de análise não está focado em capturar significado completo da privacidade, mas identificar como sucedem violações a tal direito] que deve ser extraída uma linguagem - por ela [Nissenbaum] denominada de linguagem informacional - que sinaliza a (des)*integridade* do tráfego dos dados pessoais. (BIONI, 2019, p. 212)

Essa concepção leva à noção de “privacidade como integridade contextual”, que permite uma construção normativa tutelar dos dados pessoais a ser concretizada por meio de *normas informacionais*. Tais normas “impõem restrições ao fluxo informacional que independem do controle (consentimento) exercido pelo indivíduo” (BIONI, 2019, p. 212).

Explicando de modo didático a construção de Helen Nissenbaum, Bioni (2019, p. 212) relata que a “equação normativa” proposta, a princípio, exclui o consentimento, sendo constituída da seguinte forma: “contexto + integridade = normas informacionais”.

Ao final, caberia às normas informacionais a tarefa de regular o fluxo de dados, restringindo-o à medida que se verifique, em face do contexto em que eles estão inseridos, a ausência de integridade do tratamento realizado. Bioni (2019, p. 213) propõe que a análise da integridade seja realizada inicialmente por meio da consideração dos elementos inseridos no fluxo informacional interno (atores e atributos) e, posteriormente, no externo (disseminação). A identificação dos atores envolvidos no trânsito de dados afere o contexto no qual se dá o fluxo informacional, à medida que leva em conta, além dos nomes propriamente ditos, o vínculo existente entre as partes, delimitando-se inclusive a esfera social na qual este está inserido - por exemplo, profissional, familiar, religiosa ou médica (BIONI, 2019, p. 214). Esse momento analítico é salutar para que se determine o que é ou não um fluxo de dados íntegro:

É com base na conexão estabelecida entre emissário e recipiente da informação que se parametrizará todo o fluxo informacional, tal como o segundo elemento de análise: os atributos - i. e., quais tipos de informações devem ser transmitidos. (BIONI, 2019, p. 214)

A lógica do fluxo informacional, que é determinada pelo contexto, regula, no âmbito interno, *quais* tipos (atributos) de informações devem ser trocadas entre emissário e recipiente; e, no externo, *quem* pode ingressar no fluxo informacional na qualidade de terceiro (BIONI, 2019, p. 215). Infere-se, pois, quais seriam as legítimas expectativas de privacidade do titular de dados; e, por conseguinte, que o tráfego de dados se dá sob um conjunto de circunstâncias que determinam sua integridade (BIONI, 2019, p. 215-216).

Verifica-se, assim, que o consentimento não está pressuposto no fluxo de dados, ou seja, não é elemento essencial para que este possa ocorrer de maneira adequada. A possibilidade de que haja um fluxo de dados apropriado “sem consentimento” é plenamente concebível, como nas coletas por força de lei para fins de recenseamento. Apesar disso, nos fluxos de dados ordinários, em geral, o consentimento estará presente, como mecanismo responsável pela legitimação da coleta, e é por isso que merece ser analisado cuidadosamente.

Ancorado na abordagem contextual da privacidade, Bruno R. Bioni (2019, p. XXVII) trabalha a ideia de consentimento contextual, pautada na compreensão de que o fluxo

informativa deve ser adequado para o livre desenvolvimento da personalidade e condizente com os desafios normativos dos usos secundários dos dados na era do *Big Data*. Note-se, neste ponto, o diálogo da abordagem de Bioni com a natureza jurídica dúplice do consentimento defendida por Doneda.

Com efeito, uma articulação normativa pautada na autodeterminação informativa é inapta a regulamentar um cenário marcado pelas grandes bases de dados cuja existência está intrinsecamente voltada para usos indeterminados, à medida que o acervo dessas bases pode ser reutilizado para propósitos “não pré-determinados” (BIONI, 2019, p. 240). Neste sentido:

Ela [tecnologia do big data] é incompatível com a dinâmica normativa tradicional da autodeterminação informativa, ora tangenciada pelos princípios da especificação e limitação dos propósitos. Como determinar um único uso para os dados pessoais, se a própria tecnologia visa alargá-los, tornando-os indetermináveis *a priori*? (BIONI, 2019, p. 240)

Se a autodeterminação informativa e seus princípios forem levados a sério, a economia da informação deve ser atravancada, em razão da impossibilidade de se reutilizar bases de dados para fins não previstos inicialmente. Por outro lado, a existência de entidades de processamento de dados especializadas em viabilizar essa reutilização atacaria frontalmente as bases regulatórias estruturais da autodeterminação – a dimensão da concessão a ser feita seria de tal monta que descaracterizaria a autodeterminação enquanto elemento guia da atividade normativa.

Dessa forma, ganha espaço o arranjo contextual, que compreende os limites inerentes ao consentimento – seja “puro” ou “informado” -, demandando um dirigismo informativo, por meio do qual se realize uma “releitura ambivalente do paradigma da autodeterminação informativa, procedimental e substantiva” (BIONI, 2019, p. XXVII).

Explica-se. A partir do momento em que se rompe com o dogma da centralidade absoluta do consentimento, ainda é possível manter seu legítimo protagonismo desde que se admita a (hiper)vulnerabilidade do titular de dados (BIONI, 2019, p. XXVII) e a importância restrita aos contextos em que ele seja efetivamente o meio pelo qual se confere legitimidade ao fluxo de dados. O que resta evidenciado pelo novo paradigma é que o problema do consentimento não está no próprio instituto, senão no papel que lhe era atribuído, qual seja o de camuflar a hipossuficiência do titular de dados, enquanto servia, de fato, apenas como “meio para legitimar os modelos de negócios da economia digital” (BIONI, 2019, p. 167).

Portanto, quando se admite a discrepância de forças entre as partes envolvidas na

relação, a autodeterminação como elemento integrante da natureza jurídica do instituto, e o legislador assume seu papel na elaboração de normativas tutelares da parte mais suscetível a violações, eis que o consentimento volta a ter importância - embora não mais absoluta - no que diz respeito à possibilidade de o titular de dados manifestar sua real vontade em um vasto espectro de situações cotidianas.

3.1 DIRETRIZES PARA A INTERVENÇÃO ESTATAL

A intervenção estatal deve ser realizada de forma cuidadosa pelo legislador, de modo que não suprima indevidamente as liberdades individuais e empresariais dos sujeitos responsáveis pela coleta e tratamento dos dados – tutelada no art. 1º, IV, CRFB/1988 -, ao mesmo tempo em que seja eficaz o bastante para tutelar os prioritários direitos dos titulares dos dados – com base na cláusula geral do art. 1º, III, da CRFB/1988.

Para a consecução de tal mister, o paternalismo libertário tem ganhado espaço como norte filosófico-regulatório capaz de configurar, por meio de uma *arquitetura de vulnerabilidade*, um ambiente de trocas informacionais que permita a superação da debilidade do titular de dados e, concomitantemente, preserve ao máximo possível a autonomia privada dos sujeitos responsáveis pelo tratamento de dados (BIONI, 2019, p. 168-169).

O ponto de partida dessa proposta defendida por Sunstein e Thaler (2015, p. 2) consiste no fato de que, em muitos casos, “as pessoas não possuem preferências claras, estáveis ou ordenadas”, o que faz com que suas escolhas sejam fortemente influenciadas por detalhes do contexto em que estão inseridas. Desta constatação, decorre que a mera disposição das regras jurídicas e organizacionais influencia sobremaneira as escolhas das pessoas submetidas a essas normas, o que legitimaria a propositura de regras escolhidas com o objetivo explícito de melhorar o bem-estar desses indivíduos (SUNSTEIN; THALER, 2015, p. 3).

No que tange à transposição desse raciocínio para a regulação dos fluxos informacionais, isso deve ser catalizado por medidas capazes de transformar o espaço virtual em um local mais seguro para os titulares de dados, sem perder de vista a possibilidade de obtenção de lucros por meio da exploração de atividades inseridas na economia da informação e, ainda, sopesando a comodidade tão cara à interação digital.

3.1.1 Princiologia

O descompasso entre o ritmo segundo o qual as pessoas têm aprendido a lidar com a proteção de dados e aquele que tem impulsionado o desenvolvimento das tecnologias evidencia a hipossuficiência dos usuários frente aos agentes de tratamento de dados e, além disso, intensifica um desafio inerente à atividade regulatória.

O reconhecimento de um direito específico e determinado, abstratamente concebido, ocorre inexoravelmente após o momento em que um – no mínimo - indivíduo constata sua existência, o que é feito a partir de elucubrações humanas – anteriores ou posteriores à ocorrência de eventos traumáticos que suscitam concretamente a aplicação do direito.

A forma pela qual esse “direito descoberto” será socialmente concretizado, ao menos em sistemas de *civil law*, depende de escolhas políticas que desembocam na positivação do direito, salvo as exceções nas quais as peculiaridades de situações excepcionais fazem com que a norma seja produzida inicialmente nos tribunais.

Em um contexto de transformações sociais lentas e de impacto material reduzido no cotidiano, muito do que conhecemos por Direito pode ser produzido paulatinamente com base na experiência humana holística - material e espiritual -, cobrindo boa parte da existência individual por regras precisas – aplicáveis diretamente a partir da abstração à concretude, bastando que o intérprete se esforçasse para vislumbrar adequadamente à qual regra o caso deveria ser subsumido.

Todavia, os anos de marasmo para legislador e intérprete findaram. Nos últimos dois séculos e especialmente nas últimas cinco décadas, boa parte dos seres humanos passou a viver e, por conseguinte, interagir em cenário materialmente muito diverso daquele que se tinha anteriormente. Neste novo mundo, o ser humano incorporou as tecnologias ao dia a dia, tornou-se dependente delas e hoje vive “naturalmente” tendo-as como pano de fundo de suas relações sociais.

Se a percepção dos direitos naturalmente coloca os homens que pensam sobre as leis na posição de “caçador”, atrás de “presas” - normas jurídicas aplicáveis ao casos concretos -, é plenamente constatável que caçar se tornou tarefa mais árdua nos últimos tempos, haja vista a velocidade com que se alteram as situações fáticas – os casos concretos.

Visando satisfazer à necessidade de constante atualização do direito, frente a um mundo que se altera no compasso das mudanças tecnológicas, o recurso aos princípios tem se mostrado de alta utilidade. É bem verdade que eles não conferem respostas aplicáveis ao caso concreto pela mera subsunção, e é isso que põe fim ao marasmo da vida de quem pensa o direito. A atividade interpretativa principiológica exige o trabalho artesanal de quem está a interpretar o caso concreto, devendo prevalecer a interpretação que, ao modo da arte, exponha

a norma mais bela a ser aplicada, ou seja, aquela que, a partir do talento do artista para encontrar a transcendência da justiça, mais revela do espírito da verdade.

De acordo com esta percepção, princípios são normas jurídicas aptas a manifestar eficácia em concreto, mas são mais. Eles são as ferramentas das quais o artista deverá se valer para que normas justas sejam aplicáveis à resolução dos conflitos dos concidadãos.

No âmbito da proteção de dados pessoais, alguns deles podem ser identificados como: (i) “correção na coleta e no tratamento das informações”; (ii) “exatidão dos dados coletados e obrigação de atualização”; (III) “finalidade da coleta de dados” que deve ser apresentada antes da coleta e deve especificar a relação entre os dados coletados e a finalidade perseguida; (IV) “pertinência”; (V) “utilização não abusiva”, efetivada pelo dever de eliminar ou anonimizar dados que não sejam mais necessários; (VI) “direito ao esquecimento”; (VII) “publicidade dos bancos de dados que tratam as informações pessoais”, sobre os quais deve existir um registro público; (VIII) “acesso individual” para conhecer, copiar, corrigir, integrar dados e informações sobre si, além de eliminar dados coletados ilegitimamente; (IX) “segurança física e lógica da coletânea de dados” (Rodotà, 2008, p. 59).

Na principiologia do jurista italiano, o acesso coloca-se em um plano distinto dos demais, surgindo como instrumento para a atuação direta de um interesse individual e para garantir a efetividade de um (outro) princípio geral. Verifica-se, assim, que o acesso aos dados pessoais coletados e às informações produzidas a partir dos dados é dotado de dúplice implicação, servindo tanto para o acompanhamento das informações tratadas, quanto para fiscalização – mesmo que parcial – do tratamento aplicado aos dados.

Essa teleologia fiscalizadora, ínsita ao direito de acesso, permite que a legitimação para requisitar informações não pessoais (como aquelas relativas às modalidades de tratamento automático dos dados) seja atribuída também a outros sujeitos – além dos interessados diretos cujas informações foram coletadas (Rodotà, 2008).

Note-se que a Lei nº. 13.709/2018 reproduz a maioria dos princípios apresentados acima, ao longo dos dez incisos do seu art. 6º. A lei apenas não reproduziu o direito ao esquecimento – que realmente parece ser antes um direito subjetivo do que um princípio propriamente dito – e a publicidade dos bancos de dados – que talvez tenha sua ausência compensada pelos princípios de transparência, prevenção e responsabilização e prestação de contas, constantes dos incisos VI, VIII, X do art. 6º.

A obrigatoriedade da observância dos princípios jurídicos em todo o procedimento por meio do qual o agente de tratamento de dados realiza sua atividade é medida de importância inestimável dentro da lógica legislativa no que tange à proteção de dados pessoais. Assim o é,

tanto por se constituir em referência no cotidiano prático dos agentes de tratamento de dados (extrajudicialmente), quanto para possibilitar que o intérprete consiga encontrar, em concreto, a solução normativa que confira mais proteção aos direitos que se apresentarem violados ou ameaçados. Os princípios conferem, aos intérpretes, a maleabilidade – não “malabarismidade” – necessária para atuar em um contexto de rápidas alterações nas circunstâncias fático-objetivas.

Perceba-se que uma estrutura principiológica dotada de organicidade tem o condão de assegurar um ambiente informacional que zele pela qualidade da interação do titular de dados, sem impor obrigações que enrijeçam as interações econômicas a ponto de desincentivá-las.

3.1.2 Ferramentas tecnológicas e consentimento granular

O auxílio do instrumental tecnológico para a implementação de garantias à proteção de dados pessoais é algo que tem sido frequentemente considerado (DONEDA, 2019, p. 296). Neste campo de possibilidades, ressalta-se, de modo especial, as *PETs*⁸, ferramentas tecnológicas concebidas para promover a concretização da tutela da privacidade. A título exemplificativo, cita-se aquelas relacionadas à criptografia, que estabelece maior grau de confidencialidade às comunicações, e à anonimização de dados pessoais, ainda que de forma reversível (BIONI, 2019, p. 177).

Para além dessas espécies de tecnologia embutidas na “infoestrutura” - termo emprestado de Wertheim - que aumentam a proteção dos dados pessoais, tem-se uma série de outras *PETs* que podem ser colocadas à disposição do titular de dados para que ele possa exercer um controle mais legítimo e efetivo sobre a circulação de seus dados por meio do denominado “*consentimento granular*”. Sobre este ponto, calha a seguinte lição:

O consentimento granular estabelece, portanto, limites à microeconomia dos dados pessoais, na medida em que resguarda a opção do titular em emitir autorizações, de forma fragmentada, no tocante ao fluxo de seus dados pessoais. Por exemplo, uma aplicação pode oferecer inúmeras funcionalidades cujo funcionamento demanda, indispensavelmente, uma gama de dados pessoais para a sua operacionalização. Com a ressalva do consentimento granular, o titular poderá fazer o uso de tal aplicação, determinando de forma correlacionada, quais dados pessoais seus serão tratados de acordo com as funcionalidades que pretende fazer uso. O titular possuiria, assim, um controle sobre seus dados pessoais em face do próprio produto e/ou serviço, na medida em que pode, de forma compartimentalizada, escolher como se dará o tratamento de suas

⁸ *Privacy enhancing technology*: tecnologias para incremento da privacidade (tradução livre).

informações pessoais. (BIONI *et al.*, 2015 apud BIONI, 2019, p. 184)

Em linhas gerais, essa granularidade pode ser compreendida como a possibilidade de se consentir de modo mais específico, finalisticamente dirigido e relacionado estritamente às funcionalidades das quais o usuário pretenda se valer, de maneira que a coleta de dados ocorra na exata medida que se revele essencial para a fruição da experiência pretendida pelo titular.

Ao invés de o consentimento do titular dos dados ser exigido de modo global ante o conjunto de todos os termos da política de privacidade de um aplicativo, a granularidade impõe que a anuência com a proposta de tratamento apresentada deverá ser aferida de acordo com o uso que o usuário pretenda fazer do *software*.

Exemplo prático do impacto gerado pelo consentimento granular pode ser constatado na postura do Facebook, que, sob a iminência da vigência da LGPD em agosto de 2020, disponibilizou, a partir do dia 20.07.2020, caixas de diálogos para que os usuários manifestassem consentimento expresso acerca de pontos mais sensíveis de sua política de privacidade, bem como informações sobre alguns direitos assegurados pela nova legislação - destaca-se a revogabilidade do consentimento⁹. Observe-se que o usuário não foi convidado a excluir sua conta em razão de adotar postura restritiva quanto às questões tratadas.

Outra *PET* que tem sido citada na literatura especializada como sendo de grande potencial para reequilibrar a relação entre titular e coletores de dados é a “plataforma para preferências de privacidade” - em inglês, *platform for privacy preferences (P3P)*. Por meio dessa ferramenta, seria possível promover a massificação das preferências de privacidade. Em que pese os entraves para a sua implementação, elas possibilitariam que o titular de dados vinculasse suas preferências gerais de privacidade ao navegador - em inglês, *browser* -, de modo que este fosse capaz de analisar, automaticamente, a compatibilidade entre as preferências do usuário e as permissões exigidas pelos sites, por exemplo (BIONI, 2019, p. 182-183).

O grau de relevância destas plataformas é sobrelevado à medida que permite a operacionalização de um sistema mais fluido de análise das políticas de privacidade, ao mesmo tempo em que renova o instrumental para que o consentimento granular se consolide:

Com efeito, a *P3P* teria o potencial de tornar o fluxo informacional massificado para ambos os lados da relação de consumo do mercado informacional, já que tal tecnologia permitiria aos consumidores

⁹ Vide notícia disponível em: <https://tecnoblog.net/353425/facebook-se-antecipa-a-lgpd-e-pede-permissao-para-coletar-seus-dados/>. Acesso em: 14.10.2020.

universalizar as suas preferências de privacidade e, conseqüentemente, controlar seus dados pessoais sem que fosse necessária a leitura singular e impraticável de cada política de privacidade [...] Mais do que isso, afastar-se-ia a lógica do “tudo” ou “nada” das políticas de privacidade, na medida em que o “concordo” ou “discordo” poderiam ser substituídos pela *granularidade* das autorizações especificadas nas preferências de privacidade. [...] Enfim, a P3P seria um novo veículo para autodeterminação informacional em substituição à sua falaciosa faceta contratualizada, ora escorada nas políticas de privacidade. (BIONI, 2019, p. 183-185)

Buscando atuar em prol do mesmo objetivo da *P3P*, possivelmente em conjunto, a exclusão do titular de dados do âmbito de abrangência das técnicas de rastreamento virtuais - em inglês, *do not track (DNT)* - é tema que frequentou debates regulatórios, especialmente às margens do Atlântico Norte. Todavia, interesses contrapostos de diferentes atores que pretendiam avocar para si a padronização do *DNT* levaram a impasses relacionados à forma de implementação (BIONI, 2019, p. 180). Apesar disso, o potencial desse mecanismo na promoção de um consentimento legítimo para a coleta de dados na internet não pode ser deixado de lado, haja vista que

[...] tal tecnologia simplifica substancialmente o controle dos dados pessoais na fase da coleta, capacitando o cidadão para fazer valer a sua escolha, mesmo que sem maiores conhecimentos técnicos e sem ser algo penoso. De um lado, o consumidor não necessitaria ser um *expert* para deletar os vários *tracker* [rastreadores], a fim de vencer a corrida armamentista tecnológica de um rastreamento persistente. De outro lado, a sua experiência de navegação não seria prejudicada, já que tal tecnologia *universalizaria* a sua opção em não ter seus dados coletados por toda a *web*. (BIONI, 2019, p. 180)

Assim, o aparato tecnológico revela enorme potencial instrumental na jornada pela construção de uma infoestrutura axiologicamente orientada a contemplar satisfatoriamente a dúplici natureza jurídica do consentimento - exteriorizador da autodeterminação e autorizador da inserção de informações em diversos contextos -, o que tem o condão de fazer emergir um mercado delineado pelas diretrizes da *arquitetura de vulnerabilidade*, tolhendo grau reduzido de liberdade dos agentes de tratamento e dos titulares de dados.

No entanto, é necessário que se acate a advertência de que a aplicação de tais instrumentos depende de uma complexa coesão entre forças do mercado, pressão dos consumidores e políticas de governo (DONEDA, 2019, p. 296). Isso é reforçado quando se percebe que a falta de normas cogentes que determinem a implementação dessas “tecnologias do bem” tem sido a válvula de escape utilizada por agentes desse nicho econômico que não se interessam pela proteção dos dados pessoais.

3.2 AS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DECORRENTES DO FLUXO DE DADOS ORIGINÁRIO

Pois bem, sedimentada a necessidade de atuação legislativa para implementar uma *arquitetura de vulnerabilidade*, voltada à proteção da fluidez do trânsito de dados e, principalmente, à tutela da autodeterminação informacional, voltemo-nos ao instigante tema da integridade do fluxo de dados.

Conforme relatado anteriormente, a privacidade contextual propõe que a análise dessa integridade se dê à luz do contexto no qual a informação originariamente saiu da esfera estritamente pessoal, adentrando no âmbito de conhecimento de terceiros. Essa teoria viabiliza a delimitação daquilo que se insere na legítima expectativa do titular de dados quanto ao tratamento a ser realizado, incluindo eventuais remessas a terceiros, a partir da consideração de padrões sociais objetivos (BIONI, 2019, p. 242).

A partir dos parâmetros de aferição de integridade suscitados, deve-se perquirir “se o fluxo informacional promove a participação social e o livre desenvolvimento da personalidade do titular dos dados pessoais” (BIONI, 2019, p. 243). É neste ponto que se percebe que o consentimento, apesar de ser importante para autorizar a colocação do dado pessoal no mercado, tem o seu papel reduzido no que tange à aferição da integridade de determinado fluxo.

A extensão dos efeitos e a importância da privacidade contextual, que torna o próprio consentimento contextual, podem ser verificadas no excerto abaixo:

Para limitar e se revelar como um relato normativo complementar à autodeterminação informacional centrada no consentimento, a privacidade contextual dela se aproxima ao propugnar que o controle dos dados pessoais deve ser visto sob as lentes das práticas sociais e não meramente individual. Ao fazê-lo, amplia-se, conseqüentemente, a esfera de controle dos dados pessoais, que toma lugar sob um conjunto de ações possíveis dentro de um determinado contexto.

O *consentimento passa a ser contextual*. Ele não é delimitado por um propósito específico e duro - em linha com o que dispõe a expressão finalidades determinadas -, mas direcionado a uma gama de ações passíveis de serem executadas no contexto de uma relação. Com isso, a privacidade contextual mostra-se útil, já que ela é *elástica* o suficiente para governar o uso secundário dos dados pessoais que não podem ser previamente especificados e controlados de maneira rígida. (BIONI, 2019, p. 243)

Tem-se, pois, que a privacidade contextual é apta a fornecer padrões objetivos para

que os intérpretes e os agentes envolvidos no fluxo de dados possam aferir a integridade do trânsito, superando importantes deficiências do consentimento, sendo compatível com o uso das tecnologias mais avançadas de tratamento de dados e, o mais importante, permitindo um controle objetivo acerca das legítimas expectativas do titular de dados, o que repercute em bases mais sólidas para se regular a atividades dos agentes de tratamento de dados.

3.3 A CONCRETIZAÇÃO DOS ADJETIVOS DO CONSENTIMENTO

Ressalta-se que a abordagem contextual não elimina benefícios trazidos pela “adjetivação” à qual o consentimento foi submetido, especialmente, ao longo do último século. Em verdade, o novo relato aproveita-se do edifício construído anteriormente, sendo útil em razão do preenchimento robusto de algumas lacunas.

Para que o consentimento contextual possa ser bem aproveitado, mister que o consentimento seja informado e que haja transparência por parte de quem coleta os dados. No entanto, não basta uma informação acerca dos termos em que se autoriza a coleta e o tratamento dos dados, senão também do contexto - elementos internos e externos do fluxo informacional - em que insere ou deixa de inserir um dado pessoal no mercado.

Importante notar que o dever de informação é satisfeito pela parte que dele deve se desincumbir à medida que surge, a partir da comunicação, a transparência necessária ao início de um processo de tomada de decisão por parte do titular de dados (BIONI, 2019, p. 195-196). Para que tal fim seja atingido, imprescindível que o emitente observe a ostensividade da informação no ato comunicativo e a utilidade da informação, o que será satisfeito quando ela for imprevisível e original para reduzir a assimetria informacional (BIONI, 2019, p. 192).

Na mesma toada, não se abdica do consentimento livre. Pelo contrário, ao jogar luz sobre o contexto em que se dá o fluxo informacional, reitera-se a necessidade de estruturação de mecanismos que aumentem o poder de barganha do titular de dados, de modo que a sua manifestação de vontade possa ser considerada qualitativamente mais livre (BIONI, 2019, p. 197). Não é outro o propósito do consentimento granular e das várias ferramentas que se prestam a operacionalizá-lo, por exemplo.

Sobre a finalidade determinada, em que pese oferecer óbice à reutilização de dados armazenados em grandes bases, o que inclusive justifica a consideração da abordagem complementar da privacidade contextual, é inegável que ela cumpre papel salutar na tutela dos interesses dos titulares de dados ao determinar a necessidade de propósito “específico e explícito” para a realização da coleta de dados.

As manifestações da “finalidade determinada” que enrigecem o fluxo de dados, independentemente de este ser ou não íntegro, assim o fazem pela ausência de uma regulação mais ampla que forneça outros alicerces para a proteção do titular de dados. Tal como ocorreu com o consentimento, a finalidade determinada também era pensada como ferramenta rígida para operar em sistemas normativos frágeis, sobrecarregando-a, o que repercutia na legitimação da produção de efeitos indesejados.

Inserida em um contexto dotado de uma gama de instrumentos aptos a realizarem a proteção dos dados pessoais a depender da natureza do contexto, a finalidade determinada encontra-se, atualmente, em condições muito melhores para gerar os resultados que dela se espera, sem que seja um elemento de eficácia dúbia.

Observe-se que a LGPD determina que a finalidade é exigência não só para os tratamentos realizados com base no consentimento, mas para qualquer tratamento que se realize, o que revela sua amplitude para além do “consentimento finalístico”, autonomizando-a enquanto ferramenta disponível para concretizar a proteção de dados pessoais. A força que este instituto ostenta quando bem manejado pode ser vislumbrada na imprestabilidade de menções genéricas das políticas de privacidade no sentido de que se realiza a coleta para “melhorar a experiência do usuário” (BIONI, 2019, p. 198).

Por sua vez, o consentimento específico é utilizado no contexto brasileiro para “estabelecer uma camada adicional de proteção” aos dados cuja coleta ocorre em um contexto de risco anormal aos direitos relacionados à tutela da pessoa do titular. Por meio desse expediente, pretende-se que o cidadão consinta deliberadamente com riscos de natureza mais elevada (BIONI, 2019, p. 201-202). Há apontamentos a respeito deste assunto, sustentando que a expressão mais adequada seria “consentimento expresso”. De toda forma, isso não deve repercutir na eficácia da tutela jurídica e administrativa dispensada aos bens jurídicos tutelados por esse arranjo (BIONI, 2019, p. 203).

Ante todo roteiro exposto nesta seção, resta evidenciado que pensar em consentimento atualmente perpassa necessariamente o enfrentamento da “hiper-vulnerabilidade” dos titulares de dados, o diálogo com as possibilidades tecnológicas e a compreensão da dupla natureza do instituto. O consentimento, para ser substancial, precisa de um fundamento de consciência legítimo por parte de quem o manifesta; do contrário, estará fadado a ser uma “vontade fictícia” ou um mero “concordar sem ler”. É para garantir a existência de conteúdo no consentimento que se faz imprescindível a construção de uma infoestrutura tutelar do cidadão e do fluxo de dados, consentânea com as práticas sugeridas pela literatura especializada.

4 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E O CONSENTIMENTO

Aproximando-nos do estudo analítico da Lei nº. 13.709/2018 no que pertine ao consentimento, faz-se recomendável uma compreensão sintética acerca da organização estrutural do aparato normativo.

Nesse sentido, tem-se que a lei possui dez capítulos, que versam sobre: (I) disposições preliminares – art. 1º ao 6º; (II) tratamento de dados pessoais – art. 7º ao 16; (III) direitos do titular – art. 17 a 22; (IV) tratamento de dados pessoais pelo poder público – art. 23 a 32; (V) transferência internacional de dados – art. 33 a 36; (VI) agentes de tratamento – art. 37 a 45; (VII) segurança e boas práticas – art. 46 a 51; (VIII) fiscalização – art. 52 a 54; (IX) órgãos de controle – art. 55 a 59; e (X) disposições finais e transitórias – art. 60 a 65.

Ademais, é válido ressaltar a importância do art. 5º da LGPD, que funciona como verdadeiro glossário, estipulando diversos conceitos de forma sintética. Deste artigo, extrai-se a definição dos sujeitos que interagem à luz da legislação, dentre os quais se destacam os seguintes:

V - **titular**: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;

VI - **controlador**: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

VII - **operador**: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador; [...]

IX - **agentes de tratamento**: o controlador e o operador; [...]

XIX - **autoridade nacional**: órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei em todo o território nacional. (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019). (**grifo nosso**)

Note-se que a escolha pelo arranjo da “titularidade de direito” é de extrema importância para todo o desenrolar da lei em questão, especialmente quando esta acepção ocupa um espaço que poderia ter sido conferido à lógica proprietária. Em sentido análogo ao do inciso V do art. 5º, o art. 17 da LGPD reitera a titularidade dos dados pessoais como um direito, afastando novamente a concepção patrimonialista:

Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei. (BRASIL, 2018)

Apesar de conferir ampla proteção aos cidadãos, é importante frisar que a lei em comento não possui aplicação irrestrita a todas as situações do cotidiano. O art. 4º da LGPD

apresenta um rol de exceções que não pode passar despercebido por aqueles que trabalham com a interpretação deste texto legal.

Evidenciando a relação da proteção de dados pessoais com a economia da informação¹⁰, o inciso I do art. 4º afasta a LGPD dos tratamentos de dados realizados por pessoas naturais para fins exclusivamente particulares. Este inciso confirma que um dos maiores riscos à proteção de dados decorre do uso econômico destes, com a potencial limitação à autodeterminação informacional e, até mesmo, com a possibilidade de uma segregação datificada.

Os incisos II e III do art. 4º excluem do âmbito de incidência da lei diversos tratamentos de dados pessoais realizados em atividades de natureza privada (inciso II) e pública (inciso III). Para estas últimas, a LGPD prevê, no §1º do art. 4º, a elaboração de legislação específica, que ainda não foi levada ao Parlamento.

Feitas tais considerações sobre alguns dos temas ventilados nas disposições preliminares da LGPD, tem-se que o caminho para a compreensão da regulação do consentimento encontra-se mais bem pavimentado, embora ainda seja necessário abordar pontos específicos sobre fundamentos, princípios e bases legais para o tratamento de dados, previamente ao enfrentamento do objeto final deste estudo.

4.1 NOTAS SOBRE A LGPD

Antes que a atenção seja dispensada ao consentimento propriamente dito, salutar que se perceba o escopo da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD. Como a própria designação legal registra, trata-se de ato legislativo de caráter protetivo, o que é reafirmado no *caput* de seu art. 1º ao estabelecer o “objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”.

4.1.1 Fundamentos e princípios da LGPD

Dentre os fundamentos da proteção dos dados pessoais elencados no art. 2º, vislumbra-se a presença de seus antecedentes e fundamentos históricos que permanecem atuais - embora revisados à luz da nova ótica -, de pontos constantes com os quais a matéria

¹⁰ Vide subseção 2.2.

invariavelmente mantém diálogo e de valores que têm orientado a disciplina mais recente do tema. Assim podem ser vistos, respectivamente, (i) o respeito a privacidade, autodeterminação informativa; (ii) a intimidade, honra, imagem, as liberdades de expressão, informação, comunicação e opinião; bem como o desenvolvimento econômico e tecnológico, a inovação e a livre iniciativa acompanhada da livre concorrência sob a égide da defesa do consumidor; (iii) tudo isso orientado pela tutela dos direitos humanos, do livre desenvolvimento da personalidade, da dignidade e do exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Observe-se, neste sentido, que o microssistema erigido sobre a lei nasce em perfeita harmonia com os valores mais elevados do ordenamento jurídico brasileiro, assimilando inclusive a primazia da dignidade da pessoa humana, transportando o arranjo axiológico estipulado na Constituição da República Federativa do Brasil para o campo da proteção de dados pessoais no contexto da sociedade da informação conforme se evidencia pelos conceitos constantes do art. 5º da Lei nº. 13.709/2018. Em outras palavras, a lei nasce – e não poderia ser diferente – constitucionalizada, ou seja, em sintonia com o direito civil contemporâneo.

Com o intuito de conferir a necessária tutela aos cidadãos, a LGPD traz, em seu art. 6º, uma série de princípios que deverão ser observados em toda atividade de tratamento de dados pessoais.

Ainda no *caput*, figura a boa-fé objetiva, com o condão de produzir todos os seus efeitos típicos, seja para cumprir sua função interpretativa de negócios jurídicos, para limitar (controlar) posições jurídicas, para integrar contratos ou para servir como fonte de deveres anexos (TARTUCE, 2005, p. 3-4).

A partir de uma visão solidarista, conformada pelos deveres obrigacionais decorrentes da boa-fé objetiva coligados com a noção dinâmica de obrigação como processo, Bioni - valendo-se, de certa forma, da natureza bifocal do consentimento proposta por Doneda - considera que a finalidade dos fluxos informacionais engloba tanto a operação econômica, quanto a preservação da autodeterminação informacional do titular de dados:

É por meio dessa evolução dogmática que surgem os denominados deveres acessórios, secundários, gravitacionais ou satelitários que redimensionam o vínculo obrigacional para conformar uma plêiade de direitos e deveres, de forma cruzada, entre credor e devedor. [...] Deve haver uma coordenação recíproca entre os sujeitos do vínculo obrigacional, em razão dessa concomitância de direitos e deveres que devem ser canalizados para um fim comum. [...] Logo, a ideia da obrigação como processo deve ter como fim não só o aperfeiçoamento da sua operação econômica [...] mas, sobretudo, a própria autodeterminação informacional. Esse é o dever de cooperação

desejado nessa relação jurídica obrigacional abrigada por um traço de *alteridade* e que percorrerá toda a adjetivação do consentimento. (BIONI, 2019, p. 189-190)

No trecho destacado, Bioni ressalta a importância dessas concepções como fundamento de deveres legalmente encartados, como se fizesse uma retrospectiva das razões que levaram à positivação dos direitos relacionados à adjetivação do consentimento. Todavia, a partir do momento em que tais normas de conduta estão positivadas, a boa-fé objetiva deixa de ser necessária para a efetivação, por exemplo, do direito à informação. Perceba-se, com isto, que os maiores efeitos da boa-fé objetiva nas relações obrigacionais, inclusive naquelas que envolvam fluxo de dados pessoais e estejam abrangidas pela LGPD, serão verificados quando da ausência de cláusula expressa - contratual e legal - e nos casos em que uma norma estipulada pelas partes mostrar-se incompatível com o princípio.

Nada obstante, retomando as finalidades que Bioni confere ao fluxo de dados, o adimplemento da obrigação que recai sobre o agente de tratamento apenas será concretizado se, ao final do processamento, for perceptível que se realizou a operação econômica pretendida e se respeitou a autodeterminação informacional, à medida que estes dois elementos integram o conteúdo da “prestação devida”, que introjeta, na ideia tradicional de “prestação obrigacional principal”, deveres anteriormente considerados anexos (MARTINS-COSTA *apud* TERRA, 2009, p. 96)

Para além da boa-fé objetiva prevista no *caput*, o art. 6º ainda define outros dez princípios que devem permear a conduta dos agentes de tratamento de dados pessoais. Essas normas podem ser organizadas em categorias conforme (i) imponham limites às possibilidades de tratamento realizadas pelos operadores e controladores de dados (finalidade, adequação, necessidade e não discriminação); (ii) confirmem meios para que o titular tenha maior controle sobre dados em circulação (livre acesso e qualidade dos dados); (iii) visem a proteção objetiva dos dados (segurança e prevenção); ou (iv) estabeleçam dever de comprovar a observância dos padrões de conduta exigidos pela lei (responsabilização e prestação de contas).

4.1.2 As bases legais para o tratamento de dados pessoais

Para além das questões de ordem axiológica, o art. 7º da LGPD¹¹ define as hipóteses

¹¹ Art. 7º O tratamento de dados pessoais **somente** poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de **consentimento pelo titular**;

concretas nas quais o tratamento de dados pessoais será admitido. Note-se que a lei adotou uma postura restritiva, presumindo que o tratamento é vedado, para, em seguida, excepcionar “somente” algumas situações nas quais ele poderá ser realizado.

De antemão, é de se destacar que esta técnica legislativa tende a consolidar a taxatividade do rol elencado ao longo dos incisos, uma vez que devem ser lidos como exceções, reduzindo as possibilidades das interpretações analógicas. Não bastasse esta questão de técnica hermenêutica formal, ainda há que se ter em mente que se trata de uma lei expressa e explicitamente voltada à proteção de direitos fundamentais, o que implica interpretação menos flexível ante situações que possam aumentar a exposição desse bem jurídico.

Com efeito, o dispositivo elenca diversas bases legais distintas que podem legitimar o tratamento de dados pessoais. Retomando a noção de privacidade contextual, faz-se oportuna a identificação de cada uma das situações descritas ao longo dos incisos como sendo um contexto, dentro do qual os agentes estão autorizados a realizar o tratamento de dados licitamente, desde que observado o conjunto específico de “normas informacionais” que define a integridade ou não do fluxo.

Observe-se que, em vista da necessidade de se autorizar as atividades de reutilização de dados realizadas pelas grandes bases de dados, a finalidade específica e explicitamente determinada - inequívoca, portanto - é temperada pela base legal do legítimo interesse. Essa foi a solução legislativa para escapar à necessidade de obtenção do consentimento nestes casos (BIONI, 2019, p. 201). Note-se, porém, que o tratamento realizado sob o pálio do legítimo interesse não apresenta, a priori, mecanismos suficientes para aferição da existência real desse legítimo interesse. A fim de conferir meios para aferição da integridade do fluxo

-
- II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
 - III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;
 - IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;
 - V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, **a pedido do titular dos dados**;
 - VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);
 - VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
 - VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)
 - IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou
 - X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente. **(grifo nosso)**

informativa, o recurso à privacidade contextual mostra-se eficaz, haja vista que as legítimas expectativas do usuário, a partir da consideração do contexto, tornam aferível a adequação do tratamento realizado.

Em que pese a relevância de cada hipótese legal autonomamente concebida, bem como a importância de que se revestem no que tange à promoção de uma infraestrutura tutelar dos dados pessoais e economicamente viável, ora realiza-se um recorte para, em consonância com o propósito deste trabalho, compreender de forma pormenorizada o tratamento que a LGPD dispensou ao consentimento.

4.2 CONSENTIMENTO NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A seguir, será analisada mais detidamente a forma pela qual a Lei nº. 13.709/2018 dispõe sobre o consentimento. Orienta-se esta tarefa pela análise dos dispositivos na ordem linear em que eles se encontram no texto normativo, excepcionados casos em que a inversão da sequência legal se revele conveniente para trabalhar o conteúdo de maneira mais coesa, a exemplo do que decorre de algumas remissões legais.

Visando a um escrutínio mais completo do tema, serão abordadas as situações nas quais o consentimento é tratado expressamente pela LGPD como suficiente para legitimar o fluxo de dados e aquelas em que há norma cogente afastando a legitimidade da manifestação do consentimento para a concretização do negócio jurídico.

Adota-se o conceito de consentimento estabelecido no inciso XII do art. 5º da LGPD, segundo a qual este seria “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”, com a ressalva de se tratar de um conceito heurístico e não propriamente ontológico.

Em sentido um pouco distinto daquele ilustrado por Bioni (2019, p. 204), considera-se o “pedido do titular” como a situação de máxima carga participativa do cidadão no que diz respeito às formas pelas quais sua anuência pode ser manifestada. A fim de evitar que este “pedido” possa ser utilizado como recurso para burlar a proteção conferida pela adjetivação ao consentimento, a forma pela qual ele se externaliza deve assegurar a garantia de que a manifestação de vontade do titular se dê de modo informado, livre, inequívoco, específico e expresso, sob pena de invalidade.

Frise-se que, tratantando-se de uma manifestação do consentimento, o pedido do titular poderá ser utilizado como fator de legitimação para o processamento dos dados apenas nas hipóteses em que o próprio consentimento seja admitido.

4.2.1 Consentimento no tratamento de dados pessoais

Registre-se, por oportuno, que todo o regramento constante da seção I do Capítulo II da LGPD é direcionado, a princípio, para a totalidade dos tratamentos de dados pessoais, não havendo restrição à aplicação do regramento constante nesta seção a outras formas de processamento de informações pessoais. O alerta é indicado neste momento para auxiliar na interpretação dos comentários a seguir, uma vez que devem ser entendidos como regras gerais comuns aos diferentes tipos de tratamento de dados independentemente das especificidades que eles apresentem, excepcionados apenas os casos em que a lei expressamente assim determinar.

Isto feito, importante compreender que, diferentemente da proposta esboçada no início do trâmite legislativo, a redação final do artigo 7º não conferiu um “sobrepapel” ao consentimento quando comparado às demais bases legais. Ao inseri-lo em um inciso - fora do *caput* do artigo -, representando uma dentre tantas situações autorizadoras do tratamento de dados, a lei conferiu-lhe menos importância na normativa geral (BIONI, 2019, p. 133-134). Tal alocação consolida o consentimento como sendo mais um instrumento voltado à proteção dos dados pessoais, reduzindo sua centralidade e evitando maiores dificuldades em decorrência de possíveis conflitos entre a proteção de dados – especialmente quanto à dimensão coletiva - e o consentimento do titular – pessoa concebida individualmente.

Neste ponto, percebe-se que a lei guarda compatibilidade com a asserção de que o fluxo de dados não pressupõe o consentimento¹², ou seja, a ausência de anuência do titular dos dados, por si só, não é suficiente para que se constate a ilegalidade de determinado tratamento. Há que se verificar, em concreto, qual base legal - hipótese prevista nos incisos do art. 7º - autoriza o tratamento dos dados, sendo a falta de consentimento determinante para aferição de ilicitude apenas nos casos dos incisos I e V.

Após os incisos, o artigo em comento apresenta sete parágrafos, sendo que o 1º e o 2º se encontram revogados.

4.2.1.1 A dispensa do consentimento no tratamento de dados manifestamente públicos e de acesso público

¹² Conforme preconizado pela privacidade contextual, vide seção 3.

O §4º do art. 7º dispensa a exigência do consentimento para que se proceda ao tratamento de dados tornados manifestamente públicos pelo titular, todavia mantém esses dados sob a tutela da LGPD, resguardando os direitos do titular e a aplicabilidade dos princípios previstos na lei¹³. A lei, em homenagem à relação que o próprio titular guarda com seus dados, torna despicienda a manifestação de vontade no sentido de concordar com o tratamento de dados, mas mantém a tutela substancial do direito de personalidade.

Considerando a dúplici natureza do consentimento, o dispositivo mitiga a relevância do papel deste enquanto “legitimador da colocação de dados no mercado da informação”, ao mesmo tempo em que reafirma a imprescindibilidade de se tutelar a “autodeterminação informacional”, o que se dá pela imposição legal de que o tratamento desses dados deverá observar os direitos do titular e todos os princípios previstos na legislação.

É correto dizer que esta lógica vai ao encontro do paradigma “pessoa-informação-circulação-controle”, à medida que o fluxo dos dados é autorizado - a informação da pessoa é posta em circulação - desde que realizado dentro de certos parâmetros que possibilitem seu controle, a ser exercido inclusive pelo titular.

Ainda sobre a norma legal do §4º, pontue-se uma imprecisão contida em sua redação, quando se refere à dispensabilidade do “consentimento previsto no *caput*” do artigo. Conforme destacado no início desta subseção, o consentimento, ao final do trâmite legislativo, já não ocupava espaço no *caput*, senão no inciso I do art. 7º. De qualquer forma, o equívoco legislativo acaba servindo como registro do desenvolvimento do debate, sem causar prejuízo a interpretação ou aplicação da lei, embora a correção seja indicada.

O §3º do art. 7º, a seu turno, apesar de não dispensar explicitamente a necessidade do consentimento do titular, guarda semelhanças relevantes com o §4º, sendo digno das mesmas notas, à exceção daquela que se refere à remissão inadequada ao *caput*. Ao tratar dos dados pessoais de acesso público, o legislador não prevê a necessidade de consentimento, mas atrai parte substancial do arcabouço protetivo da LGPD ao impor os deveres de se considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram a disponibilização do dado.

O §7º do art. 7º, autorizando a reutilização de dados de acesso público e manifestamente públicos para novas finalidades, também excepciona a regra geral que exige o consentimento específico do titular de dados. Em verdade, trata-se de uma dupla dispensa de consentimento, à medida que originariamente os dados em questão não demandam consentimento para serem submetidos a tratamento. Tal como ocorre nos §§3º e 4º,

¹³ Tema abordado na subseção 2.2.2.

novamente o legislador reiterou que a ausência de consentimento não afasta as demais obrigações decorrentes da LGPD.

O §6º do art. 7º torna cristalina a *ratio legis* presente de modo expresso nos §§3º, 4º e 7º do mesmo artigo, assegurando que a dispensa da exigência do consentimento em nada impacta as demais obrigações que a lei impõe aos agentes de tratamento, destacando a necessidade de se observar os princípios gerais e as garantias dos direitos do titular. Este dispositivo veicula norma geral sobre os casos em que o consentimento é dispensado, de modo que seria recomendável um rearranjo que lhe conferisse maior destaque, incluindo o tratamento e o reuso de dados pessoais de acesso público e manifestamente públicos como situações concretas que demandam sua observação.

Pois bem. Considerando que o consentimento perdeu o *locus privilegiado* no *caput* do art. 7º, as disposições contidas nos parágrafos vigentes do art. 7º mostram-se mal alocadas. Além disso, excepcionado o §5º, a alta carga de repetição nos enunciados em comento pode ser consideravelmente reduzida por meio de um rearranjo que os trate como casos exemplificativos de aplicação da regra geral do §6º do art. 7º da LGPD.

Outrossim, a relação entre estes dispositivos pode ser vislumbrada sob a seguinte perspectiva: (i) a ausência de consentimento não afasta o esquema protetivo da LGPD; (i.i) dispensa-se o consentimento para o tratamento de dados de acesso público e manifestamente públicos, inclusive no que diz respeito a tratamentos posteriores com novas finalidades.

Em linhas gerais, é possível constatar que, apesar das considerações feitas, o legislador andou bem ao asseverar que a dispensa do consentimento não afasta as demais obrigações previstas na lei e ao estender a tutela protetiva aos dados de acesso públicos e manifestamente públicos.

4.2.1.2 Consentimento no fluxo de dados entre controladores

Regulamentando o fluxo de dados entre diversos controladores nos casos em que houver necessidade de comunicar e compartilhar dados pessoais, o §5º do art. 7º ventila a obrigatoriedade de se obter consentimento específico do titular, ressaltando as hipóteses de dispensa do consentimento previstas na lei.

Ora, trazendo à baila a concepção de privacidade contextual, nota-se que esta regra, embora pretensamente tutelar do titular, repercute em dois excessos perigosos quanto à restrição do fluxo de dados e à relevância conferida ao consentimento.

Em primeiro lugar, o trânsito de dados entre controladores não deveria ser, a priori,

ilegítimo, considerando-se que o titular já anuiu com uma operação originária no mesmo fluxo de dados. Assim, o mais recomendado seria a análise casuística a fim de se aferir (i) quais os agentes envolvidos e (ii) como eles interagem à vista do contexto originário no qual o consentimento foi exarado¹⁴. Se constatada a existência de um fluxo de dados íntegro, prescinde-se de nova manifestação de vontade do titular; sendo o trânsito *prima facie* inadequado, faz-se necessário o fornecimento de consentimento específico para a finalidade a ser satisfeita, podendo inclusive ser exigida anuência com maior carga de participação - inequívoca e expressa, por exemplo - para fluxos de elevado risco.

Em segundo, autorizar a comunicação e o compartilhamento de dados pessoais entre controladores diversos exclusivamente por meio do consentimento pode vir a se revelar uma escolha política insuficiente para tutelar o titular de dados, à medida que não se estabelece nenhum outro mecanismo para controle da legitimidade desse trânsito. Na hipótese sob análise, diferentemente de outros casos, o fluxo se dá em razão da “necessidade do controlador”, o que, em tese, deveria suscitar um arranjo que protegesse o cidadão de maneira mais incisiva.

Em sendo assim, tem-se que o §5º do art. 7º da LGPD exige o consentimento em situações desnecessárias, ao mesmo tempo em que o considera suficiente em contextos de maior vulnerabilidade do titular dos dados. Notável, pois, a existência de afronta à esquemática segundo a qual o consentimento tem relevância apenas quando concebido dentro de contextos específicos, sendo viciado - por não observar sua dúplici natureza - à medida que a norma se afasta da concretude dos fluxos de dados e se fia a uma abstratividade demasiada.

4.2.1.3 A forma do consentimento na LGPD

O art. 8º da LGPD, no *caput*, estabelece que o consentimento do titular utilizado como fundamento do tratamento de dados deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular. Embora a lei não faça distinção, o consentimento fornecido presencialmente tende a ser exarado por escrito; enquanto, no mundo virtual, devem prevalecer “outros meios que demonstrem a manifestação de vontade do titular”.

Dentre os seis parágrafos do art. 8º, apenas o §1º considera a distinção entre

¹⁴ Conferir parâmetros para análise da integridade do fluxo informacional no âmbito externo, abordados na seção 3.

consentimento por escrito e aquele manifestado por outra forma. O dispositivo determina que o consentimento para o tratamento de dados conste de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais quando for fornecido por escrito. Considerando-se a extensão potencial das consequências advindas do processamento de dados pessoais, o destaque a esta cláusula contratual é medida legítima, que pretende reduzir as chances de “autorização desavisada” para o tratamento de dados.

A efetividade que a lei cobra do agente de tratamento de dados ao comunicar a intenção de tratar os dados pessoais do titular, no entanto, não está adstrita ao âmbito dos contratos físicos. Os parágrafos 2º, 3º e 4º do art. 8º impõem aos agentes de tratamento o dever de zelar pela obtenção de um consentimento “não-viciado”, de obter anuência atrelada a finalidades determinadas - sendo nulas as autorizações genéricas - e de se desincumbir do ônus de provar que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto na lei.

Percebe-se, pois, que a lei efetivamente internaliza “hiper-vulnerabilidade” do titular dos dados pessoais frente aos agentes de tratamento, reconhecendo a exigibilidade de uma série de deveres que, na ausência de previsão legal, poderiam ser considerados anexos à prestação principal devida pelo agente de tratamento. Aquele que se propõe a tratar dados pessoais mediante o consentimento do titular, para fazê-lo de modo lícito, deve cuidar para que todo o fluxo informacional seja legitimado por uma manifestação formal de vontade que se dê sob condições objetivas que favoreçam a exteriorização dos desígnios íntimos do titular.

À toda evidência, é impossível que o agente de tratamento de dados investigue psicologicamente cada titular de dados que aceita seus termos para confirmar se o consentimento foi exarado em conformidade com a vontade real do sujeito. Entretanto, o agente de tratamento deve agir de modo leal no momento de obter o consentimento, sem fazer sugestionamentos com o fito de induzir a resposta do titular e estruturando a coleta do aceite do titular de forma a atender o mandamento da finalidade determinada.

A inobservância destas boas práticas exigidas pela LGPD tem o condão de atrair a aplicação do regime das invalidades sempre que o consentimento for a base normativa para o tratamento de dados. Quanto às autorizações genéricas, a nulidade é prevista expressamente no § 4º do art. 8º. O §3º, por sua vez, veda o tratamento mediante vício do consentimento, o que remete aos defeitos que tornam o negócio jurídico anulável conforme art. 138 e seguintes do Código Civil Brasileiro - CCB. Os incisos do art. 9º informam algumas diretrizes que compõem o padrão de conduta exigível de controladores e operadores de dados.

Para atender aos mandamentos legais, os agentes de tratamento têm de abandonar os longos textos das políticas de privacidade seguidos por uma caixa de “li e concordo”, e rumar

para um novo sistema de obtenção do consentimento que permita, ao titular, avaliar, de forma específica e independente, se autorizará a realização dos tratamentos que se pretende realizar. Enquanto o §1º prevê cláusula destacada para o consentimento que permite o tratamento de dados pessoais, os demais, lidos de forma integrada com os princípios da LGPD, permitem que se vislumbre um presente e um futuro de consentimento granularizado e não sugestionado.

Repise-se a conveniência de os ônus da economia informacional recaírem, de maneira direta, sobre os agentes de tratamento de dados, haja vista o fato de eles serem os maiores beneficiários deste arranjo¹⁵.

4.2.1.4 A revogabilidade do consentimento

Os parágrafos 5º e 6º do art. 8º ratificam que o consentimento não é tratado segundo a lógica proprietária ou estritamente contratual no direito brasileiro. Reconhecendo o direito do titular dos dados à revogação do consentimento exarado anteriormente, a legislação reafirma que está a regular um bem jurídico que se liga umbilicalmente à existência da pessoa humana e à forma como ela escolhe viver na sociedade da informação.

Ambos os dispositivos privilegiam a autodeterminação informacional frente a um cogitável direito de propriedade do agente de tratamento sobre os dados pessoais em seu poder. O § 6º ainda condiciona a continuidade do processamento dos dados ao oferecimento, por parte do agente de tratamento, de oportunidade para que, querendo, o titular exerça o direito à revogação do consentimento nos casos em que houver alteração no que tange às informações constantes dos incisos I, II, III e V do art. 9º.

4.2.1.5 O consentimento e o direito de acesso a informações sobre o tratamento

O art. 9º da LGPD¹⁶ ratifica o direito do titular ao acesso facilitado às informações

¹⁵Vide subseção 2.2.1.

¹⁶ Art. 9º O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso:

I - finalidade específica do tratamento;

II - forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

III - identificação do controlador;

IV - informações de contato do controlador;

V - informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade;

VI - responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e

sobre o tratamento de seus dados, especificando algumas informações que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva, de modo que o fluxo de dados ocorra em um ambiente de maior transparência, com menor assimetria informacional, assegurando que o titular tenha controle sobre seus dados independentemente do contexto em que se dá o trânsito dos dados.

Este artigo torna-se especialmente pertinente ao presente estudo em razão das normas constantes dos §§1º e 2º. O primeiro estabelece que o consentimento do titular de dados será nulo caso as informações fornecidas pelo agente de tratamento tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca. Ao editar tais regras, o legislador privilegia o dever de lealdade das partes, especialmente quanto à necessidade de redução da assimetria informacional, pretendendo assegurar que a autorização originária para o fluxo de dados ocorra em um ambiente seguro para o titular dos dados pessoais.

Assim, a lei mostra-se atenta a uma questão curial sobre o consentimento: não é possível “consentir às cegas”. O aceite não pode ser um “cheque em branco” (BIONI, 2019, *passim*), por esta razão é que ganha relevância a necessidade de se informar o titular de dados previamente à manifestação de consentimento.

O segundo parágrafo do art. 9º, distanciando-se da lógica simplista do §5º do art. 7º, determina que o controlador informe, previamente, ao titular sobre mudanças de finalidade do tratamento desde que a nova seja incompatível com o consentimento originário. Dispondo dessa forma, o legislador considera todo o contexto no qual se dá o fluxo informacional, destravando-o em certos casos, concretizando, neste ponto, a totalidade da potência do consentimento contextualizado:

A privacidade (consentimento) contextual é como se fosse o óleo das engrenagens de um mercado e de uma série de relações sociais movimentadas e altamente dependentes da troca intensa e dinâmica de dados. (Bioni, 2019, p. 247-248)

É exatamente este o efeito que a norma do §2º do art. 9º tem o condão de produzir, evitando o recurso ao consentimento nos casos em que a nova finalidade do tratamento de dados guardar compatibilidade com as legítimas expectativas do usuário ao tempo da anuência originária.

O §3º do art. 9º não menciona expressamente o consentimento, todavia mantém

estreita relação com o instituto. Basicamente, o dispositivo insere um dever de informação extra nos casos em que o tratamento for condição para o fornecimento de produto ou de serviço ou para o exercício de direito:

§ 3º Quando o tratamento de dados pessoais for condição para o fornecimento de produto ou de serviço ou para o exercício de direito, o titular será informado com destaque sobre esse fato e sobre os meios pelos quais poderá exercer os direitos do titular elencados no art. 18 desta Lei. (BRASIL, 2018)

Com tal norma, a uma só vez, o legislador logrou levar a existência de direitos à esfera de conhecimento do titular de dados e pressionar os agentes de tratamento para que atuem em conformidade com a legislação, haja vista que demanda a prestação de informações sobre os meios pelos quais o titular poderá exercer uma série de direitos elencados no art. 18 da LGPD¹⁷.

Oportuno reiterar, para além da redução de assimetria no momento em que se manifesta a vontade, a possibilidade de a aplicação conjunta do §3º do art. 9º com o art. 18 da LGPD colaborar para construção de um ambiente social no qual os consumidores tenham seus direitos mais respeitados – quantitativa e qualitativamente. Atentar contra qualquer um dos direitos previstos no art. 18 seria mais difícil para o prestador de serviço, à medida que o agente de tratamento deve informar, antes da coleta, como o titular deverá proceder em caso de necessidade, o que pressupõe a existência de meios para atender a tais solicitações. Por meio desta sistematização legislativa, a lei revela-se, aqui, dotada de potencial conformador do espaço econômico, prezando pela tão dita arquitetura de vulnerabilidade, direcionada à tutela e à emancipação do titular dos dados.

¹⁷ Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

I - confirmação da existência de tratamento;

II - acesso aos dados;

III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados;

IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei;

V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial; (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)

VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art.16 desta Lei;

VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados;

VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa;

IX - revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei. [...].

O §5º do art. 18 também pode ser lido à luz da construção de espaços saudáveis para o desempenho das interações econômicas por parte do titular dos dados, haja vista que assegura gratuidade do requerimento por meio do qual as demandas referentes a direitos contidos no art. 18 serão levadas aos agentes de tratamento. Isso confere maior liberdade ao consentimento para o tratamento e torna mais atraente o controle posterior do fluxo de dados por parte do titular.

Ressalva-se somente que o arranjo composto pelo §3º do art. 9º e pelo art. 18 perdeu oportunidade de incrementar a qualidade do consentimento. Isto, porque não há previsão de nenhum transcurso de tempo mínimo entre a apresentação das condições do tratamento dos dados e o aceite do titular, que, em muitos casos, estará prestes a consumir um produto ou serviço. A importância desta questão é corroborada pela denominada “teoria da decisão da utilidade subjetiva”:

O ser humano tem a tendência de focar nos *benefícios imediatos*, o que, de acordo com o arranjo e os modelos de negócios da economia informacional, é representado pelo acesso a um produto ou serviço *on-line*. Por tal razão, deixa-se de sopesar os possíveis prejuízos à privacidade, que são temporariamente distantes. De fato, os possíveis danos com relação à perda do controle sobre as informações pessoais só podem ser experimentados no futuro. (BIONI, 2019, p. 147)

Nesse âmbito, as *PETs* promotoras da massificação de preferências poderiam cumprir a função de distanciar o momento em que se manifesta o consentimento daquele no qual o titular dos dados esteja, por exemplo, sob o frenesi da expectativa pela fruição de determinado produto ou serviço. Todavia, enquanto elas ainda não possuem relevância no cotidiano do usuário, genericamente concebido, a possibilidade de se consentir displicentemente com qualquer tratamento para acessar determinado produto ou serviço macula a qualidade deste consentimento.

A previsão dos direitos a revogação, anonimização, eliminação e portabilidade com certeza tem o potencial de mitigar eventual dano. Mas, considerando que o bem jurídico tutelado se trata de um direito fundamental do titular de dados, a lógica preventiva deveria sobrepujar a de redução de danos.

Ainda sobre o art. 18, é notória a importância do seu §2º, que assegura ao titular de dados o direito de se opor a qualquer tratamento realizado que viole disposições da LGPD, inclusive nos casos em que há dispensa do consentimento. Em verdade, a mera disposição do §6º do art. 7º seria suficiente para assegurar tal direito, em razão da clareza com que se

assegura a aplicabilidade da sistemática protetiva da LGPD aos dados tratados sob dispensa do consentimento. De toda sorte, reafirmar o óbvio, por vezes, é necessário, e este parece ser um caso em que a reiteração evita que o titular tenha de enfrentar escusas de ordem processual na busca pela tutela de direitos tão caros.

Ao fim e ao cabo, a previsão de gratuidade do §5º do art. 18 e o funcionamento conjunto do art. 18 com o §3º do art. 9º - apesar da crítica feita - merecem elogios por auxiliarem no processo de consolidação do acesso à justiça democrático. Afinal, há tempos, já foram feitas importantes constatações acerca da existência de cidadãos que não gozam de seus direitos por desconhecê-los e, por vezes, em decorrência de barreiras financeiras (CAPPELLETTI *apud* TEIXEIRA; BUSIQUIA, 2017, p. 171).

4.2.2 Consentimento no tratamento de dados pessoais sensíveis

O tratamento dos dados pessoais sensíveis é regulado na seção II do capítulo II, nos artigos 11, 12 e 13 da LGPD. O art. 12¹⁸ é o que apresenta a definição de dados pessoais sensíveis para fins regulatórios no Brasil. Sendo a norma que define o objeto tratado na seção II da lei, pondera-se que seria mais conveniente que fosse o dispositivo de abertura do tema. Contudo, o legislador optou por iniciar a regulação com as condições de licitude do tratamento de dados sensíveis.

Um sobrevoo panorâmico por sobre o art. 11 revela uma estrutura distinta daquela do art. 7º, que regula as hipóteses com base nas quais o tratamento de dados pessoais comuns pode ser realizado; o aprofundamento, porém, evidencia grande coincidência entre as bases legais.

Enquanto o *caput* do artigo 7º da LGPD anuncia que o tratamento de dados presume-se vedado, a não ser que se faça presente uma das circunstâncias autorizadas do fluxo informacional previstas ao longo dos incisos; o art. 11 diferencia-se por separar, em incisos, dois grandes grupos de situações nas quais o tratamento será autorizado: (i) mediante consentimento do titular ou responsável legal, de forma específica e destacada, para finalidades específicas, e (ii) na ausência de consentimento, desde que indispensável para, ao menos, uma das hipóteses previstas nas alíneas que se seguem.

Apesar de a apresentação do art. 11 fazer maior referência à figura do consentimento do titular dos dados sensíveis, a análise do conteúdo do dispositivo revela poucas, mas

¹⁸ Vide subseção 2.2.2.

importantes, distinções em relação ao art. 7º da LGPD.

No que tange aos tratamentos realizados com base no consentimento do titular, a sensibilidade dos dados pessoais atrai um regime de proteção mais intensa conforme se extrai da ênfase do legislador no sentido de que a anuência deverá ser fornecida, de forma específica e destacada, para finalidades específicas¹⁹. Em concreto, há alguns indícios sobre a maneira pela qual essas exigências legais se manifestarão:

Mais uma vez, será necessário analisar o grau e a qualidade de interação de todo o processo que desencadeia a declaração de vontade. Isso pode variar de mensagens textuais, imagens até um sistema que combine ambos e seja de dupla verificação do consentimento, como seria o caso em que o titular dos dados dá o “concordo” em um *website* e, posteriormente, o confirma por *e-mail*. (BIONI, 2019, p. 202-203)

Quanto à regulação do tratamento de dados sensíveis sem o fornecimento de consentimento, há que se mencionar a peculiaridade de que só poderá ser realizado quando indispensável para a finalidade autorizada pela lei. O inciso II do art. 11 afasta os dados sensíveis do mercado ordinário de dados pessoais, visando a coibir circulação exacerbada dessas informações, que repercutiria em risco demasiado à proteção da pessoa. Assim, todas as hipóteses constantes das alíneas do art. 11 possuem essa diferença importantíssima quando comparadas às autorizações similares do art. 7º.

4.2.2.1 O tratamento de dados sensíveis para fins de exercício regular de direito contratual

Tal qual ocorre no regime geral de proteção de dados comuns, os dados sensíveis podem ser tratados para promover o exercício regular de direitos em contrato, desde que sejam indispensáveis para tal fim, conforme se depreende da alínea “d” do inciso II do art. 11. Entretanto, ao contrário da regra do inciso V do art. 7º, o pedido do titular não será necessário para o exercício desse direito em se tratando de dados pessoais sensíveis.

A normatização foi infeliz neste ponto. Toda e qualquer consideração que possa ser feita para sustentar a dispensa do requerimento do titular no caso da alínea “d” do art. 11, pode e deve ser transposta também para o inciso V do art. 7º, devendo produzir, no mínimo, o mesmo resultado ou a regulação mais rígida para os dados sensíveis, o que seria mais

¹⁹ A conveniência desta camada extra de proteção e considerações sobre a abordagem da LGPD foram destacadas na subseção 3.3.

adequado. Nada obstante, a regulação feita é diametralmente oposta à esperada, impondo mais requisitos para o tratamento de dados pessoais comuns do que para o processamento de dados pessoais sensíveis.

O fato de a alínea “d” do inciso II do art. 11 aglutinar situações tratadas nos incisos V e VI do art. 7º em nada impacta sobre a inexistência de razão jurídica que permita conferir maior controle, ao titular, sobre dados comuns do que sobre dados sensíveis. A lei, neste particular, inverteu a hierarquia dos bens jurídicos tutelados, conferindo maior proteção ao dado pessoal comum.

Destaca-se que mesmo a “indispensabilidade do tratamento” não é suficiente para sustentar a adequação desta norma. O inciso V do art. 7º, apesar de não mencionar este requisito, condiciona o tratamento de dados pessoais “para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular” ao pedido do titular - manifestação de vontade que ostenta a maior carga participativa que se pode conceber. Note-se, em sendo o dado comum, ainda que seja imprescindível para exercício regular de direito em contrato, o agente de tratamento só poderá realizar o processamento com a autorização do titular.

Infelizmente, esta lacuna mantém-se independentemente da norma do art. 21 que veda o tratamento de dados referentes a exercício regular de direitos pelo titular em seu prejuízo. Embora o art. 21 atenuie os riscos advindos dessa inconsistência normativa, não tem o condão de eliminá-la. Afinal, a carga protetiva irradiada por este dispositivo também produz efeitos no âmbito dos dados comuns, ou seja, ele não pode servir de argumento contrário à flagrante incongruência da lei, uma vez que não se trata de proteção dispensada exclusivamente aos dados pessoais sensíveis.

A fim de contornar esta imprecisão normativa, sugere-se uma interpretação sistêmica que, em conformidade com o espírito protetivo da LGPD, conserve a importância do consentimento expresso com a máxima carga participativa - manifesto por meio do pedido do titular -, coadunando-o com a indispensabilidade do tratamento de dados sensíveis.

Não se olvida que isto contamina a estrutura bipartite adotada nos incisos do art. 11, à medida que insere o pedido do titular como condição de legitimidade para a realização de um tratamento feito com base em hipótese que figura na alínea “d” do inciso II, destinado explicitamente aos casos em que o tratamento ocorrerá sem o consentimento. Todavia, a leitura proposta é salutar para que haja a preservação da proporcionalidade da lei, com a justa equação da balança “risco - medidas de prevenção” enquanto persistir a disposição legal tal como posta.

Desta forma, alerta-se para a necessidade de que o tratamento de dados sensíveis para fins de exercício regular de direitos de índole contratual só possa ocorrer mediante a ocorrência concomitante da indispensabilidade do tratamento e do pedido do titular dos dados pessoais.

4.2.2.2 O tratamento de dados sensíveis sem consentimento

O legislador suprimiu, para os dados sensíveis, a possibilidade de o tratamento ser realizado para promover “interesses legítimos do controlador” e “proteção do crédito”, genericamente concebidos. Assim, as alíneas do inciso II do art. 11 não reproduzem as previsões dos incisos IX e X do art. 7º.

Ao invés disso, o regime dos dados pessoais sensíveis trabalha com duas hipóteses – ainda sim, excepcionadas por direitos e liberdades fundamentais do titular - mais específicas a autorizar o tratamento:

g) garantia da **prevenção à fraude** e à **segurança do titular**, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais. (BRASIL, 2018) (**grifo nosso**)

Dado o elevado risco decorrente do tratamento de dados sensíveis, justificável que sua ocorrência se dê em hipóteses mais estritas, apenas para homenagear bens jurídicos bem delimitados e de alto gabarito, como a segurança - seja do titular ou da operação econômica que se realiza.

4.2.2.3 A complementariedade do dever de informação em relação ao consentimento

Ressalta-se o §2º do art. 11, que, na esteira da regra do §6º do art. 7º, impõe, a órgãos e entidades públicas, o dever de se conferir publicidade à dispensa do consentimento sempre que o tratamento for realizado segundo as hipóteses das alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 11, em veículos de fácil acesso, conforme a regra do art. 23, I, da LGPD.

No que tange ao consentimento, esta previsão tem especial importância por clarificar o seu verdadeiro papel. O consentimento não existe voltado para si mesmo, senão para a consecução de um objetivo maior, de tutelar a pessoa que o manifesta. Havendo dispensa do consentimento, a proteção da pessoa segue sendo um dever, que se concretiza, entre outras

formas, por meio da informação acerca da própria dispensa. Isso permite que o titular possa se portar com consciência sobre o que acontece - ou pode acontecer - com os seus dados.

Apesar de a eficácia desta norma ser incerta em razão da ausência de costumes no seio da sociedade brasileira relacionados à busca por informações tais quais as que serão disponibilizadas, é legítima a postura do legislador no sentido de atenuar objetivamente os riscos de “panoptização” da sociedade, à medida que se confere ciência sobre o fluxo de dados ao titular que por isto se interesse.

4.2.2.4 A vedação ao consentimento para tratamento de dados por planos privados de assistência à saúde

Acerca da relação que a “inviabilidade de manifestação do consentimento” guarda com a proteção efetiva dos dados pessoais²⁰, é ilustrativo o §5º do art. 11:

§ 5º É vedado às operadoras de planos privados de assistência à saúde o tratamento de dados de saúde para a prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade, assim como na contratação e exclusão de beneficiários. (BRASIL, 2018)

Apesar de não fazer menção ao consentimento, este dispositivo limita a liberdade do consumidor de concordar com este tipo de tratamento de dados. Ao direcionar a proibição para o âmbito das “operadoras de planos privados de assistência à saúde”, a lei define que esta não é uma seara na qual o consentimento possa ser aventado como “fator autorizador do tratamento de dados”.

Nesse ponto, verifica-se talvez a maior restrição que a LGPD faz à autonomia privada do próprio titular de dados, evidenciando a superação, em termos de linha metodológica, da autodeterminação informacional. A primazia da proteção dos dados pessoais se impõe. Uma vez mais, calha lembrar que isso não significa a abolição do indivíduo, senão a conformação do ambiente econômico à proteção da pessoa humana, por meio da “arquitetura de vulnerabilidade”. A razão de ser do consentimento - qual seja a tutela da dignidade, externa a ele - tem força suficiente para impor-lhe restrições quando ele se mostra ineficaz para cumprir seu mister.

4.2.2.5 A restrição ao consentimento para fins de estudos em saúde pública

²⁰ Conforme abordado na subseção 2.4.

O *caput* e os §§1º e 2º do art. 13 da LGPD²¹, respectivamente, regulam e proíbem algumas práticas, independentemente da existência do consentimento do titular. Apesar de o dispositivo estar inserido na seção que trata dos dados pessoais sensíveis, há uma aparente imprecisão da lei que pode suscitar a extensão da vedação para a tutela de dados pessoais comuns.

A redação das normas não explicita se as restrições incidirão apenas sobre dados pessoais sensíveis. Em verdade, parece ser intenção do legislador estender estas regras para a proteção de dados pessoais comuns. Tal assertiva sustenta-se no fato de que, mesmo estando dentro da seção II da lei, o *caput* do art. 11 é explícito ao definir que está a regular o tratamento de dados pessoais “sensíveis”. Portanto, a falta do adjetivo no art. 13 é significativa e, amparada pela teleologia protetiva da lei, apta a subsidiar a extensão da proteção para dados comuns.

4.2.3 Consentimento no tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes

A terceira seção do Capítulo II da LGPD traz normas específicas para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, no bojo do art. 14. O *caput* do artigo, em conformidade com os mandamentos constitucionais e legais²² de tutela dessa categoria especial de pessoas, estipula que só será admitido tratamento de dados quando este for feito de modo a atender o melhor interesse da criança ou do adolescente.

A exemplo da “indispensabilidade” no caso dos dados sensíveis regulados pelo art. 11, o “melhor interesse do titular” é *conditio sine qua non* para a realização do tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Dessa forma, nem mesmo o consentimento dos responsáveis teria o condão de autorizar um tratamento que não seja voltado para o melhor interesse da criança.

²¹ Art. 13. **Na realização de estudos em saúde pública**, os órgãos de pesquisa **poderão ter acesso a bases de dados pessoais**, que serão tratados exclusivamente dentro do órgão e estritamente para a finalidade de realização de estudos e pesquisas e mantidos em ambiente controlado e seguro, conforme práticas de segurança previstas em regulamento específico e que incluam, **sempre que possível, a anonimização ou pseudonimização dos dados**, bem como consideremos devidos padrões éticos relacionados a estudos e pesquisas.

§ 1º A divulgação dos resultados ou de qualquer excerto do estudo ou da pesquisa de que trata o *caput* deste artigo **em nenhuma hipótese poderá revelar dados pessoais**.

§ 2º O órgão de pesquisa será o responsável pela segurança da informação prevista no *caput* deste artigo, **não permitida, em circunstância alguma, a transferência dos dados a terceiro. (grifo nosso)**

²² Vide art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil - 1988 e o art. 1º da Lei nº. 8.069/90

Os parágrafos que se seguem ao *caput* do art. 14 regulamentam o papel do consentimento dos responsáveis, no entanto atêm-se exclusivamente às situações que envolvam o fluxo de dados de crianças, não tutelando os adolescentes:

§ 1º O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.

§ 2º No tratamento de dados de que trata o § 1º deste artigo, os controladores deverão manter pública a informação sobre os tipos de dados coletados, a forma de sua utilização e os procedimentos para o exercício dos direitos a que se refere o art. 18 desta Lei. (BRASIL, 2018)

É verdade que a razoabilidade, a justiça e a equidade aconselham o tratamento desigual a sujeitos desiguais na medida em que se manifeste a desigualdade entre eles. Não há problema em tratar crianças e adolescentes de maneiras distintas, isto é antes um mérito. O que torna a lei questionável neste aspecto é o fato de ter relegado a proteção especial do adolescente apenas ao *caput* - com o dever de que o tratamento seja feito no melhor interesse do titular -, o que, na prática, poderá se revelar insuficiente. Outra vez o legislador parece se fiar exageradamente à categorização objetiva de estruturas jurídicas, afastando-se das circunstâncias concretas que permeiam o fluxo de dados.

Afora esta crítica, o §1º assegura que, ao menos quando os dados forem titularizados por crianças, o tratamento só poderá ser feito se atendidos dois critérios: (i) melhor interesse da criança e (ii) consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal. Novamente, a lei parece se render à redundância ao mencionar a necessidade de “consentimento específico”. Contudo, maior familiaridade com o assunto não deixa dúvidas quanto ao sentido do texto normativo: trata-se de confirmar a necessidade de maior carga participativa do cidadão dentro da dinâmica da proteção dos dados pessoais (BIONI, 2019, p. 203).

Tendo em vista a situação fática na qual as crianças se encontram inseridas na sociedade da informação, plenamente adequado que se dispense a elas um regime mais preocupado com a tutela de seus dados pessoais, que demande simultaneamente a observância de norma de ordem pública – melhor interesse da criança – e de caráter privado – consentimento de responsáveis.

A única hipótese legal de tratamento de dados de criança, sem o consentimento, é apresentada no §3º do art. 14:

§ 3º Poderão ser coletados dados pessoais de crianças **sem o consentimento**

a que se refere o § 1º deste artigo quando a coleta for **necessária para contatar os pais ou o responsável legal**, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção, e em nenhum caso poderão ser repassados a terceiro sem o consentimento de que trata o § 1º deste artigo. (BRASIL, 2018) (**grifo nosso**)

Trata-se de situação pertinente para tal flexibilização. O legislador regulamentou, assim, que a dispensa do consentimento deverá ocorrer apenas quando for necessária para a proteção da criança ou para contatar os pais ou o responsável legal. A imposição de que o dado coletado sem o consentimento para fins de contato deva ser utilizado uma única vez e sem armazenamento também se revela eficaz no sentido de concretizar a tutela da proteção dos dados da criança. Vinculada a coleta à necessidade de contato, feito o contato deixa de existir razão legítima para a manutenção da informação sob os auspícios do agente de tratamento.

Considerando que a regra geral prevê o binômio “melhor interesse da criança e consentimento de responsável”, a exceção à exigência do consentimento feita pelo §3º ocorre ante situações extremas, nas quais o melhor interesse da criança ganha dimensão absoluta para legitimar, por si só, a coleta dos dados.

No §4º do art. 14, percebe-se uma manifestação concreta do princípio da necessidade, insculpido no inciso III do art. 6º, sendo que essas normas pouco se diferenciam à medida que têm em seu núcleo expressões como “mínimo necessário para realização de suas finalidades” e “estritamente necessárias à atividade”. Apesar da possível redundância, tem-se mais um fator que condiciona a atuação dos agentes de tratamento de dados no mercado da informação em paralelo ao consentimento do titular. Independentemente da concordância dos pais ou responsável legal, não é válido que o controlador condicione a participação de crianças em jogos ao fornecimento de dados pessoais que não sejam estritamente necessários à atividade.

A efetividade do arranjo previsto nesses parágrafos iniciais do art. 14, para que possa ser atestada em concreto, depende da observância dos dois últimos parágrafos:

§ 5º O controlador deve realizar todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento a que se refere o §1º deste artigo foi dado pelo responsável pela criança, consideradas as tecnologias disponíveis.

§ 6º As informações sobre o tratamento de dados referidas neste artigo deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança. (BRASIL, 2018)

Assegurar que o consentimento foi manifesto pelo responsável pela criança não é tarefa simples. Entretanto, é bastante plausível que a anuência seja confirmada pelo sistema de “dupla verificação”, no site e, por exemplo, no e-mail do responsável. Essa é uma prática que se revela apta, na maioria dos casos, a satisfazer a exigência do §5º do art. 14 da LGPD.

Os deveres decorrentes do §6º, diferentemente, não desafiam a criatividade do agente de tratamento para que possam ser substancialmente adimplidos. A própria lei encaminha a conduta do operador e do controlador de dados, à medida que estabelece parâmetros objetivos aptos a orientar a comunicação com o titular de dados e seus responsáveis.

Depreende-se, das disposições da seção III do Capítulo II da LGPD, o cuidado legislativo com os dados das crianças, haja vista a tentativa deliberada de evitar que elas sejam capturadas e manipuladas pela economia da informação. Como não poderia deixar de ser, o consentimento da criança não tem o condão de legitimar nenhum tratamento de dados, dada a incapacidade absoluta desses indivíduos para atos da vida civil decorrente do art. 3º, *caput*, do Código Civil Brasileiro. Quando há relevância para a anuência no tratamento de dados de crianças, esta deve ocorrer por meio dos representantes legais, recaindo sobre o agente de tratamento o ônus de realizar esforços razoáveis para verificar se efetivamente foi exarada por quem tinha capacidade de fornecê-la.

Contudo, a rigidez estanque quanto à aplicabilidade, restrita às crianças, das normas especiais previstas nos parágrafos do art. 14 da LGPD - excepcionado o §6º - revela-se inadequada. A fim de restabelecer o contexto fático como principal inspiração normativa, a aplicação analógica desses dispositivos aos adolescentes far-se-á necessária sempre que a ponderação das circunstâncias indicar grau de vulnerabilidade do titular equiparável ao de uma criança, o que só poderá ser aferido ante a concretude das situações.

4.2.4 Consentimento no término do tratamento de dados

A seção IV do Capítulo II da Lei nº. 13.709/2018 cuida das circunstâncias nas quais se dará o término do tratamento de dados pessoais e, reiterando a lógica “pessoa-informação-circulação-controle”, assegura, ao titular, o exercício da sua autodeterminação informacional, por meio do inciso III do art. 15, que prevê o término do tratamento mediante

III - comunicação do titular, inclusive no exercício de seu direito de revogação do consentimento conforme disposto no § 5º do art. 8º desta Lei, resguardado o interesse público; [...]. (BRASIL, 2018)

Zelando pela proteção dos dados pessoais, tangenciando o mecanismo do consentimento, a lei ainda estabelece, no inciso I do art. 15, que o tratamento terminará quando o agente atingir a finalidade determinada no momento da coleta ou quando os dados se tornarem inúteis para a finalidade específica almejada. Considerando os casos em que a coleta se legitima pelo consentimento, atingida a finalidade última acordada inicialmente, esgota-se o objeto da própria anuência, de modo que tratamentos posteriores não estariam legitimados. Embora o inciso I não tenha aplicação exclusiva aos tratamentos realizados mediante consentimento, é notável que a eles também se aplica.

Saliente-se que a previsão legislativa fala em término do tratamento quando os dados, supervenientemente, forem irrelevantes para a finalidade inicialmente determinada. No caso de os dados serem originariamente imprestáveis para a finalidade alegada pelo agente de tratamento, não deve haver sequer coleta dos dados. Solicitar dados neste contexto seria ou reflexo de incompetência no planejamento das atividades dos agentes de tratamento, ou tentativa violação direta à norma do art. 9º, §1º, da LGPD²³.

O inciso V do art. 15, em consonância com a sistematização eminentemente protetiva da LGPD, ainda prevê que haja o término do tratamento por determinação da autoridade nacional, quando houver violação às disposições da lei. Trata-se de mais um dispositivo por meio do qual o dirigismo informacional²⁴ pede passagem ao consentimento e assume o controle das relações que podem ou não haver no mercado de dados pessoais no Brasil.

4.2.5 Consentimento e cópia eletrônica de dados em posse do agente de tratamento

O §3º do art. 19, inserido no capítulo sobre direitos do titular, utiliza-se do consentimento do titular como critério para determinar a possibilidade de o titular obter cópia eletrônica integral de seus dados pessoais, nos seguintes termos:

§ 3º Quando o tratamento tiver origem no consentimento do titular ou em contrato, o titular poderá solicitar cópia eletrônica integral de seus dados pessoais, observados os segredos comercial e industrial, nos termos de regulamentação da autoridade nacional, em formato que permita a sua utilização subsequente, inclusive em outras operações de tratamento.

O dispositivo, apesar de dependente de prévia regulamentação da autoridade nacional

²³ Vide subseção 4.2.1.

²⁴ Vide seção 3.

de proteção de dados, revela grande potencial de incrementar o controle dos dados por parte do titular. Diferentemente da portabilidade, que se opera quando o titular pretende trocar o agente de tratamento de dados com o qual mantém relação de consumo por outro, a parte final do §3º permite que o titular tome posse dos seus dados sem que tenha de, imediatamente, transferi-la para outro prestador de serviços.

Tal mecanismo é especialmente útil quando se cogita de um consumidor insatisfeito com o serviço prestado – por exemplo, no caso de não concordar mais com o tratamento ao qual seus dados estão sendo submetidos -, mas que ainda não escolheu seu próximo contratante. Valendo-se do §3º do art. 19, este consumidor hipotético poderia solicitar a cópia eletrônica integral de seus dados pessoais, o término do tratamento de dados e, inclusive, utilizar as informações obtidas para fazer uma pesquisa de preço no mercado antes de definir seu novo prestador de serviço.

4.2.6 A manifestação de vontade e o direito à revisão de decisões automatizadas

Ainda no Capítulo III da lei, o art. 20 cria um instrumento que certamente será cada vez mais utilizado pelos titulares de dados, acompanhando a afirmação da sociedade informacional²⁵:

Art. 20. O titular dos dados tem direito a **solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses**, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) **(grifo nosso)**

Não é à toa que o dispositivo já ostenta alteração legislativa, ele será crucial no mundo de decisões informatizadas que se consolida. Apesar de o exercício do direito à revisão de decisões automatizadas não depender do consentimento em acepção estrita, a manifestação de vontade do titular de dados, via pedido – solicitação, segundo a redação legal -, é o veículo que confere concretude à norma.

4.2.7 Consentimento e tratamento de dados pelo Poder Público

O art. 24, escrito no capítulo IV que regula o tratamento dos dados pessoais pelo poder

²⁵ Vide subseção 2.2.

público, guarda relação com o tema do consentimento em razão de esclarecer o regime jurídico ao qual estarão sujeitas empresas públicas e sociedades de economia mista quando ocuparem a posição de agentes de tratamento de dados:

Art. 24. As empresas públicas e as sociedades de economia mista que atuam em regime de concorrência, sujeitas ao disposto no art. 173 da Constituição Federal, terão o mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídicas de direito privado particulares, nos termos desta Lei.

Parágrafo único. As empresas públicas e as sociedades de economia mista, quando estiverem operacionalizando políticas públicas e no âmbito da execução delas, terão o mesmo tratamento dispensado aos órgãos e às entidades do Poder Público, nos termos deste Capítulo. (BRASIL, 2018)

Desta forma, apenas na hipótese do parágrafo único as empresas públicas e as sociedades de economia mista estão autorizadas a realizar o tratamento de dados pessoais com base no inciso III do art. 7º e na alínea “b” do inciso II do art. 11, dispositivos que dispensam o consentimento do titular.

O capítulo IV da LGPD menciona poucas vezes o consentimento do titular, no entanto, são dignos de atenção os artigos 26 e 27, que versam, respectivamente, sobre o uso compartilhado de dados pessoais pelo poder público e a comunicação e uso compartilhado de dados pessoais de pessoa jurídica de direito público a pessoa de direito privado.

Foge do escopo deste estudo adentrar às minúcias destes dispositivos. Contudo, pontue-se que o art. 26 não trata expressamente do consentimento, senão de uma das hipóteses de dispensa de consentimento previstas como exceção no art. 27. Sobre este último artigo, destaca-se a existência de uma regra geral, em seu *caput*, que reconhece a necessidade de se assegurar controle sobre o fluxo dos dados pessoais ao titular.

Nesse sentido, é louvável a preocupação constante da LGPD em estender a vedação ao tratamento de dados sem ciência do titular aos fluxos de dados intermediados pelo poder público, assegurando que a regra do § 6º do art. 7º seja observada inclusive no âmbito da administração pública, consolidando a superação da *summa divisio* entre direito público e privado.

4.2.8 Consentimento nas transferências internacionais de dados

O capítulo V da Lei nº. 13.709/2018 aborda a delicada temática da transferência internacional de dados. De forma diferente do que é costumeiro ao longo da lei, neste particular o consentimento é tratado topograficamente como uma base legal de menor

importância, figurando apenas nos incisos VIII e IX do art. 33:

Art. 33. A transferência internacional de dados pessoais somente é permitida nos seguintes casos: [...]

VIII - quando o titular tiver **fornecido o seu consentimento específico e em destaque para a transferência, com informação prévia sobre o caráter internacional** da operação, distinguindo claramente esta de outras finalidades;

IX - quando **necessário para atender as hipóteses previstas nos incisos II, V e VI do art. 7º** desta Lei. (BRASIL, 2018) **(grifos nossos)**

Verifica-se que o fato de a transferência possuir caráter internacional, por si só, demanda alta carga participativa do cidadão, para que ele assuma, de modo responsável, os riscos pela transação, uma vez que questões atinentes à territorialidade tornarão inviável que o Estado brasileiro lhe assegure os direitos previstos na LGPD.

O inciso VIII é claro ao estipular os parâmetros para aferição da integridade do consentimento fornecido pelo titular dos dados. O inciso IX, por sua vez, ao fazer referência ao inciso V do art. 7º, não se satisfaz com o consentimento passivo, independentemente do quão bem colhido ele o tenha sido, exigindo que haja manifestação ativa de vontade, qual seja, o pedido do titular dos dados a serem objeto do fluxo informacional internacional²⁶.

4.2.9 A conformação de uma infoestrutura pró-consentimento substancial

A higidez da manifestação de vontade exarada pelo titular dos dados, que se dará, no mais das vezes, por meio do consentimento do titular, ainda se vê tutelada pela norma contida na seção de regulação das boas práticas e da governança:

Art. 51. A autoridade nacional estimulará a adoção de padrões técnicos que facilitem o controle pelos titulares dos seus dados pessoais.

A preocupação exposta pelo legislador está diretamente vinculada ao anseio de se conformar uma infoestrutura adequada para promover o livre desenvolvimento da personalidade dos titulares de dados. Pressupondo-se a hipossuficiência destes, o fomento à criação de ambientes que facilitem o controle dos dados pessoais é de suma importância para que a liberdade do titular seja substancial - e não uma fábula de (a)moral estritamente capitalista, legitimadora da circulação de dados pessoais como se estes fossem meras

²⁶ Vide subseção 4.2.

mercadorias.

Seguindo idêntica racionalidade, os incisos XIX²⁷ e XXIV²⁸ do art. 55-J orientam a atividade da autoridade nacional de proteção de dados pessoais quanto à tutela da qualidade do fluxo de dados, respectivamente, de idosos e de usuários em geral.

Intervenções estatais de natureza semelhante poderiam ainda fomentar a popularização das *PETs*. Ao tratar da segurança e do sigilo dos dados, a Lei Geral de Proteção de Dados esboça normas que poderiam servir de inspiração para a institucionalização e disseminação do uso dessas ferramentas tecnológicas:

Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

§ 1º A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões técnicos mínimos para tornar aplicável o disposto no caput deste artigo, considerados a natureza das informações tratadas, as características específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia, especialmente no caso de dados pessoais sensíveis, assim como os princípios previstos no caput do art. 6º desta Lei.

§ 2º As medidas de que trata o caput deste artigo deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução.

Dada a distinção entre os múltiplos setores existentes na economia da informação, a normatização por meio de atos da autoridade nacional de dados pessoais parece ser o melhor caminho, seguindo o exemplo que foi trilhado no §1º do art. 46.

4.2.10 A inobservância do regramento dispensado ao consentimento pela LGPD

Em todos os casos nos quais o legislador afasta a anuência como fundamento possível para o tratamento de dados, se houver fluxo informacional baseado em manifestação de consentimento do titular que reconheça esta condição ao tempo do aceite, o negócio jurídico celebrado será maculado pela existência de um objeto ilícito, o que atrai o regime das invalidades conforme o art. 104, II, do Código Civil Brasileiro. Mais precisamente, o art. 166,

²⁷ XIX - garantir que o tratamento de dados de idosos seja efetuado de maneira simples, clara, acessível e adequada ao seu entendimento, nos termos desta Lei e da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso)

²⁸ XXIV - implementar mecanismos simplificados, inclusive por meio eletrônico, para o registro de reclamações sobre o tratamento de dados pessoais em desconformidade com esta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

II, do CCB enquadra este como sendo um negócio jurídico nulo, o que, entre outros efeitos, torna desnecessária a provocação do interessado para que haja reconhecimento da nulidade.

Neste exemplo, o próprio regime das invalidades previsto na codificação seria capaz de afastar a autonomia privada de ambas as partes contratantes, logrando reafirmar a primazia da proteção dos dados pessoais violada em sua acepção coletiva.

Lembremo-nos que o art. 9º, §1º, da LGPD assegura a tutela do titular no caso de este consentir em erro, desde que isto tenha decorrido da inobservância de algum dos deveres previstos no próprio dispositivo. Ademais, a inobservância das boas práticas exigidas pela LGPD pode suscitar a aplicação do regime das invalidades sempre que o consentimento for a base normativa para o tratamento de dados realizado, conforme tratado anteriormente²⁹.

Além do regime das invalidades, nada obsta que os agentes de tratamento que agirem em desconformidade com a lei recebam punições administrativas, nos termos do art. 52 da LGPD, e judiciais, haja vista a inafastabilidade da jurisdição insculpida no art. 5º, XXXV, da CRFB/1988.

²⁹ Vide subseção 4.2.1.3.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O diálogo entre fenômenos de natureza socioeconômica e o universo jurídico tem se mostrado profícuo para a formação de entendimentos e a realização de propostas de soluções para problemas sócio-jurídicos. O direito, enquanto ciência social aplicada, não pode se dar ao luxo de ignorar outros campos do conhecimento, sob pena de erigir legislações inadequadas para os desafios de nosso tempo.

Assim, a retomada do direito à privacidade e da autodeterminação informacional sob a perspectiva das modificações sociais – especialmente as produtivas - potencializa a capacidade de entendimento acerca do atual estágio da regulação da proteção de dados pessoais. Este arcabouço multidisciplinar permite que se vislumbre a necessidade da regulação estatal e da observância de esquemas metodológicos que otimizem as potencialidades e minimizem as externalidades negativas do novo arranjo socioeconômico, além de tornar viável a compreensão dos fluxos informacionais em seus aspectos econômicos, comportamentais, sociais e tecnológicos, para que, então, seja viável uma regulamentação jurídica justa e eficaz. É esta percepção mais global do fenômeno que confere os subsídios para a constatação da legitimidade de os ônus regulatórios serem suportados pelos agentes de tratamento³⁰.

Nessa esteira, a funcionalização e a contextualização do consentimento revelam-se, em sua dimensão histórica, como movimentos necessários para a construção de uma infoestrutura que favoreça a comunicação, a prestação de serviços e a própria troca de mercadorias sob o paradigma da sociedade da informação. Dada a existência inequívoca de impactos de âmbito social, o paradigma econômico deve ser conformado à luz da construção deliberada de ambientes que prezem pelo bem-estar dos indivíduos, principalmente quando isto se revelar oposto a interesses estritamente patrimoniais³¹.

Tal primazia da pessoa humana ante aspectos patrimoniais resta reconhecida na Constituição da República Federativa do Brasil e tem sido arduamente concretizada no campo do direito civil brasileiro a partir de sua constitucionalização. A própria Lei nº 13.709/2018 evidencia esse compromisso metodológico pela materialização do arranjo axiológico

³⁰ Vide seção 2.

³¹ Vide subseção 3.1.

constante da CRFB/88, inclusive seu artigo de abertura pode ser analisado como reafirmação deste compromisso civilizatório³².

Para além do dispositivo inicial, a Lei Geral de Proteção de Dados recepciona direta e indiretamente elementos caros à efetiva tutela dos titulares. A própria noção de titularidade dos dados pessoais, que afasta o tratamento meramente patrimonial e autoriza a revogabilidade do consentimento sem maiores problemas, é ilustrativa da metodologia protetiva da lei. Ademais, a legislação adotou a hipervulnerabilidade do titular de dados e a natureza dúplice do consentimento como fatores a serem levados em consideração. Isto, aliado ao poder atribuído à Autoridade Nacional de Proteção de Dados, tornou possível uma releitura do papel do consentimento.

A percepção do consentimento como “senhor dos dados pessoais” foi afastada da LGPD, sendo a manifestação de vontade do titular de dados apenas mais uma das bases legais que legitimam o tratamento de dados. Sendo assim, também são impostas restrições importantes ao consentimento, com o fito de concretizar a proteção de dados em sua dimensão coletiva.

Em paralelo à perda de espaço do consentimento, outros instrumentos ganham autonomia em relação àquele e passam a ser utilizados inclusive nos casos em que o consentimento é dispensado. Importante notar que este fenômeno ocorre tanto nas relações entre particulares, quanto nas relações que envolvam o poder público. A proteção de dados pessoais não é refém do consentimento, mas sua “senhora”, segundo a construção erigida pela LGPD. Diga-se de passagem, a proteção de dados é “senhora exigente” do consentimento, não se contentando com meras formalidades, senão valendo-se de aspectos formais para conformar um ambiente no qual o consentimento seja, em regra, granular e substancial, sem embargo de, em circunstâncias específicas, ser ilícito.

Apesar de o espírito da lei ser amplamente correspondente àquilo que a literatura especializada tem sustentado como ideal regulatório para o consentimento, a pesquisa realizada confirmou a hipótese inicial do trabalho à medida que foram identificados aspectos problemáticos pontuais na LGPD, alguns meramente formais e outros substanciais.

Dentre os problemas formais da Lei nº. 13.709/2018, menciona-se a má estruturação

³² Vide seção 1.

de alguns parágrafos do art. 7º da LGPD³³; a remissão equivocada constante do §4º do art. 7º da LGPD³⁴; e a ordem dos dispositivos sobre tratamento de dados sensíveis³⁵.

Os pontos mais críticos da regulamentação do consentimento na LGPD, por sua vez, encontram-se no §5º do art. 7º que versa sobre o fluxo de dados entre controladores³⁶; na aplicação conjunta do §3º do art. 9º com o art. 18, quando o legislador perdeu a oportunidade de estipular intervalo temporal ou o uso de plataformas de referências de privacidade para evitar que o consentimento seja dado sob o frenesi da iminente fruição de produto ou serviço³⁷; na previsão da alínea “d” do inciso II do art. 11, em que o consentimento foi dispensado para o tratamento de dados sensíveis para fins de exercício regular de direito contratual³⁸; na redação dúbia do art. 13, que trata de estudos em saúde pública³⁹; e nos parágrafos do art. 14, que conferem ampla proteção à criança, mas deixam a desejar quanto à tutela dos adolescentes⁴⁰.

Tratando-se de uma legislação de vigência recente, a falta de decisões judiciais acerca destas questões controversas é algo que impede maiores incursões no estudo jurisprudência. Contudo, este também é o fator que torna imprescindível a atividade interpretativa em sede de literatura especializada, inclusive para orientar a atividade judicial quando a jurisdição for provocada para decidir sobre o tema.

As atribuições do consentimento provavelmente servirão como norte na realidade dos tribunais, nas atividades administrativas da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e, principalmente, para a orientação dos agentes de tratamento de dados, sejam públicos ou privados. Isto faz com que os estudos neste campo sejam de relevância ímpar.

³³ Vide subseção 4.2.1.1.

³⁴ Vide subseção 4.2.1.1.

³⁵ Vide subseção 4.2.2.

³⁶ Vide subseção 4.2.1.2.

³⁷ Vide subseção 4.2.1.5.

³⁸ Vide subseção 4.2.2.1.

³⁹ Vide subseção 4.2.2.5.

⁴⁰ Vide subseção 4.2.3.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro. Forense, 2019.
- BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19.09.2020.
- BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 24.07.2020.
- CORRÊA, Fábio; RIBEIRO, Jurema S. A. Nery; PINHEIRO, Marta Macedo Kerr. Aspectos da economia da informação: arquétipo conceitual econômico e social. *Inf.*, Londrina, v. 22, n. 1, jan./abr., 2017, p. 185-214.
- CHESTERTON, G. K. A superstição do divórcio e outros ensaios sobre a família, a mulher e a sociedade. Trad. Evandro Ferreira, 1ª edição. Ecclesiae, Campinas, São Paulo, Brasil, 2018.
- COSTA, Matheus Bigogno. O que é software? Entenda o significado, 10.08.2020. Canaltech. Disponível em: <https://canaltech.com.br/software/o-que-e-software/>. Acesso em: 24.09.2020.
- GUEDES, Felipe. Endomarketing – Conceito, Importância e Contexto Empresarial Júnior. *Administradores.com*. Disponível em: <https://administradores.com.br/artigos/endomarketing-conceito-importancia-e-contexto-empresarial-junior>. Acesso em: 09.11.2020.
- KONDER, Carlos. Direitos fundamentais e relações privadas: o exemplo da distinção por gênero nos planos de previdência complementar. *Interesse público - IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 99, p. 47-65, set./out. 2016.
- DECISÕES do Tribunal Constitucional Federal. v. 65, p. 1 ss. (BVerfGE 65, 1). In: Martins, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. v. 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2016, p. 56-63.
- DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 2ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MARTINS, Leonardo. BVerfGE 65, 1 (Volkszählung). Matéria. In: Martins, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. v. 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2016, p. 55-56.
- MARTINS, Leonardo. Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG). Notas introdutórias. In: Martins, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. v. 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2016, p. 49-51.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional in Revista Estado, Direito e Sociedade, vol. I, 1991, publicação do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/215668558_Na_Medida_da_Pessoa_Humana_Estudios_de_Direito_Civil-Constitucional. Acesso em: 02.07.2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura Civil-Constitucional dos danos morais. 2ª edição revista. Editora Processo, Rio de Janeiro, 2017.

RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Editora Renovar, 2008.

ROMERO, Cristiano. O debate da desindustrialização no Brasil, 25.08.2010. Valor Econômico. Disponível em: <http://protec.org.br/artigos/26663/valor-economico-o-debate-da-desindustrializacao-no-brasil>. Acesso em: 24.09.2020.

SILVA, Victor Hugo. Facebook se antecipa à LGPD e pede permissão para coletar seus dados. Tecnoblog. Disponível em: <https://tecnoblog.net/353425/facebook-se-antecipa-a-lgpd-e-pede-permissao-para-coletar-seus-dados/>. Acesso em: 14.10.2020

SUMARES, Gustavo. Data Centers: tudo que você precisa saber, 19.05.2016. Olhar Digital. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/pro/noticia/data-centers-tudo-que-voce-precisa-saber/58506>. Acesso em: 24.09.2020.

SUNSTEIN, Cass S.; THALER, Richard H. O paternalismo libertário não é uma contradição em termos. Trad. Fernanda Cohen. Civilistica.com. Revista eletrônica de direito civil. Rio de Janeiro: a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/o-paternalismo-libertario-nao-e-uma-contradicao>. Acesso em: 30.05.2020.

SWANT, Marty. As marcas mais valiosas do mundo em 2020, 28.07.2020. Forbes. Disponível em: <https://www.forbes.com.br/listas/2020/07/as-marcas-mais-valiosas-do-mundo-em-2020/>. Acesso em: 24.09.2020

TARTUCE, Flávio. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: V Congresso Brasileiro de Direito de Família do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, out. 2005, Belo Horizonte. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/48.pdf>. Acesso em: 20.10.2020.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; BUSIQUIA, Thais Seravali Munhoz Arroyo. A tutela coletiva sob o viés do acesso à Justiça: análise de sua efetividade através do processo coletivo. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 11, n. 37, p. 151-184, jul./dez. 2017.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Inadimplemento anterior ao termo. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2009.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy in Harvard Law Review, v. 4, n. 193, 1890, p. 198-220.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. Ci. Inf., Brasília, v. 29, n. 2, maio/ago. 2000. p. 71-77. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2>. Acesso em: 16.09.2020.