

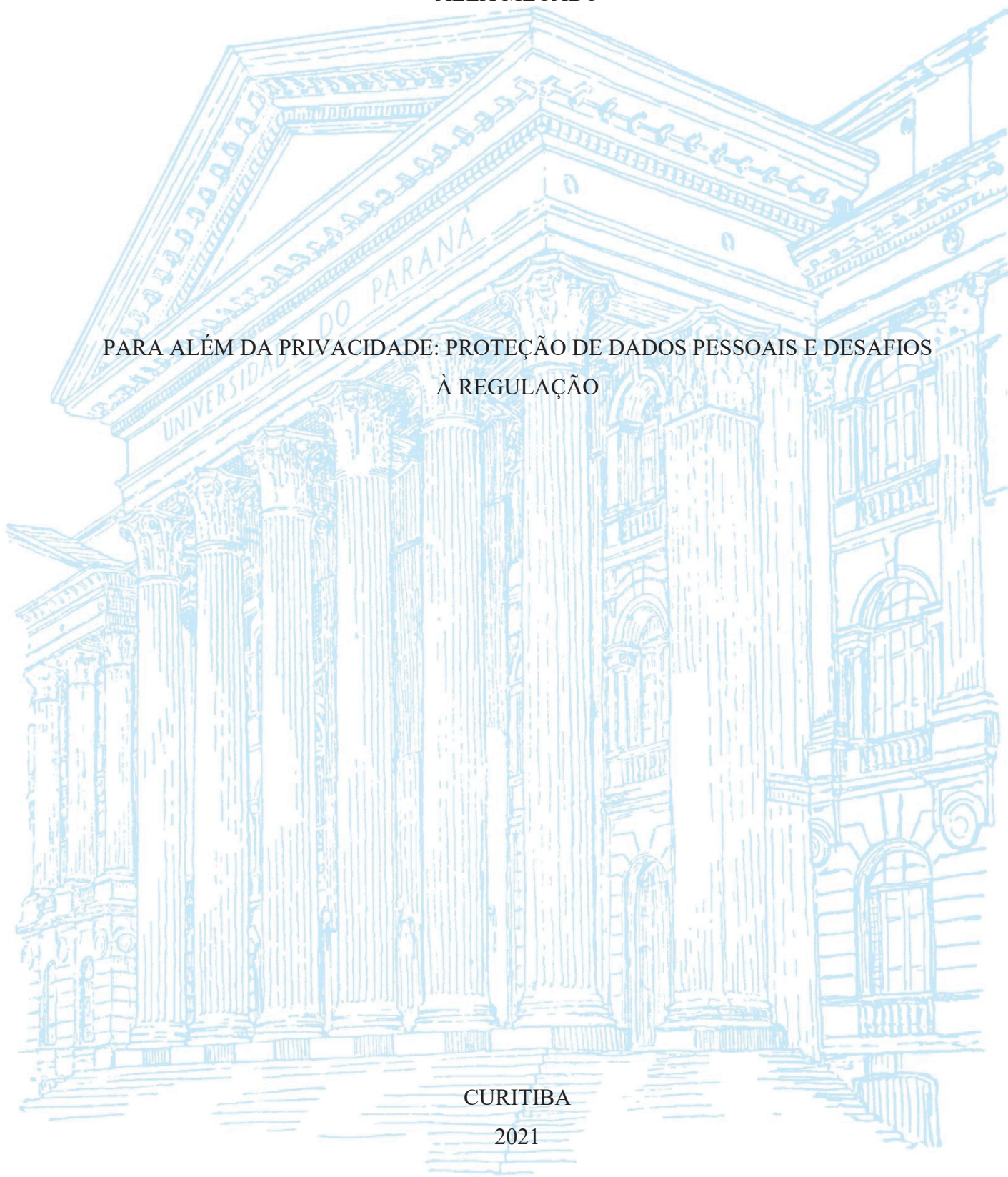
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ALEX MECABÔ

PARA ALÉM DA PRIVACIDADE: PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E DESAFIOS
À REGULAÇÃO

CURITIBA

2021



ALEX MECABÔ

PARA ALÉM DA PRIVACIDADE: PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E DESAFIOS
À REGULAÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito das Relações Sociais. Linha de pesquisa: Novos Paradigmas do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

CURITIBA

2021

M486p

Mecabô, Alex

Para além da privacidade: proteção de dados pessoais e desafios à regulação [meio eletrônico] / Alex Mecabô. - Curitiba, 2021.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2021.

Orientador: Rodrigo Xavier Leonardo.

1. Proteção de dados. 2. Direito a privacidade. 3. Regulação (Direito). I. Leonardo, Rodrigo Xavier. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

CDU 347.121

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB-9/1626**

ATA Nº160

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia vinte e seis de julho de dois mil e vinte e um às 15:00 horas, na sala REMOTA, CONFORME AUTORIZA PORTARIA 36/2020-CAPES, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **ALEX MECABÔ**, intitulada: **"Para além da privacidade: proteção de dados pessoais e desafios à regulação"**, sob orientação do Prof. Me.RODRIGO XAVIER LEONARDO. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: RODRIGO XAVIER LEONARDO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ADRIANA ESPINDOLA CORREA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), SANDRO MANSUR GIBRAN (CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA), OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, RODRIGO XAVIER LEONARDO, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 26 de Julho de 2021.

Assinatura Eletrônica

16/08/2021 15:33:53.0

RODRIGO XAVIER LEONARDO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

28/07/2021 10:25:31.0

ADRIANA ESPINDOLA CORREA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

28/07/2021 10:26:39.0

SANDRO MANSUR GIBRAN

Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA)

Assinatura Eletrônica

26/10/2021 10:42:59.0

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **ALEX MECABÔ** intitulada: **"Para além da privacidade: proteção de dados pessoais e desafios à regulação"**, sob orientação do Prof. Me. RODRIGO XAVIER LEONARDO, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 26 de Julho de 2021.

Assinatura Eletrônica

16/08/2021 15:33:53.0

RODRIGO XAVIER LEONARDO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

28/07/2021 10:25:31.0

ADRIANA ESPINDOLA CORREA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

28/07/2021 10:26:39.0

SANDRO MANSUR GIBRAN

Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA)

Assinatura Eletrônica

26/10/2021 10:42:59.0

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP)

A Deus.

Aos meus pais, Itamar e Marlete, pelo apoio incansável.

Ao grande mestre e inspiração, professor Rodrigo Xavier Leonardo.

*Aos que participaram e me auxiliaram nesta
caminhada, e todos aqueles que instigaram meu
crescimento profissional e acadêmico.*

AGRADECIMENTOS

Proclamo a “inauguração: aqui cheguei com tudo que andou comigo”¹. Esta dissertação não nasce, ou morre, nos limites deste programa de pós-graduação. Tampouco se esgota nos livros consultados: ela é fruto de todos que alguma semente em mim plantaram.

Aos professores que serviram de inspiração, em especial ao meu orientador e amigo, Rodrigo Xavier Leonardo, e à professora Maria da Glória Colucci, por sempre incentivarem o meu desenvolvimento acadêmico e acreditarem em uma educação verdadeiramente transformadora.

Àqueles que, de alguma forma, acompanham esta jornada, com destaque ao amigo João Paulo Capelotti, e aos colegas de mestrado e do cotidiano na advocacia – a presença de vocês foi, e é, fundamental.

Aos meus pais, sobretudo, pelo apoio incondicional. Cada passo que dou tem um pedacinho de vocês.

¹ NERUDA, Pablo. **Defeitos Escolhidos & 2000**. Porto Alegre: L&PM, 2011. p. 111.

"I don't care what they're talking about.

All I want is a nice fat recording"

The Conversation (1974) - Francis Ford Coppola.

RESUMO

A despeito de serem historicamente oriundas de um radical comum, a proteção de dados pessoais e o direito à privacidade possuem peculiaridades e divergências substanciais, sobretudo com relação aos potenciais danos causados. Enquanto danos à privacidade, em sua acepção clássica, de afastamento das intromissões físicas em ambientes de solitude, podem ser solucionados com maior facilidade pela via judicial, os danos causados pela gestão abusiva de dados pessoais possuem, hoje, natureza sistêmica, que ultrapassam a simples violação de um atributo da personalidade do indivíduo, atraindo, por conseguinte, a compreensão de incapacidade da mera entrega de um direito subjetivo nas mãos do titular. Torna-se elementar, diante deste cenário, a complementação da Lei por meio da estruturação de uma via regulatória responsiva, com atuação ativa e diretiva do Estado, de modo a neutralizar ou mitigar eventuais abusos cometidos por entes privados na alimentação e gerenciamento de dados pessoais, sem, no entanto, simplificar o debate a partir da defesa de uma via punitivista, de comando e controle, que ignora os benefícios sociais e econômicos gerados pela gestão de *big data*.

Palavras-chave: Proteção de dados pessoais. *Marketing analytics*. Privacidade. Direito da Regulação. Regulação responsiva.

ABSTRACT

Although historically deriving from a common radical, the data protection and the privacy have substantial peculiarities and divergences, especially regarding the potential damage caused. While damages to privacy, in its classic sense, can be more easily resolved through the courts, damages caused by the abusive management of personal data have a systemic nature, which go beyond the simple violation of an individual's personality attribute, thus attracting the understanding of the inability of the simple provision of guarantees in Law. In this context, the need to complement the Law through the structuring of a responsive regulatory pathway, with active and directive action by the State, to neutralize or mitigate any abuses committed by private entities in the management of personal data, without, however, simplifying the debate by defending a punitive approach, in a logic of command and control, which disregards the social and economic benefits generated by the management of big data.

Keywords: Personal data protection. Marketing analytics. Privacy. Regulation Law. Responsive regulation.

LISTA DE ABREVIACÕES

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas

ACB – Análise custo-benefício

ACE – Análise custo-efetividade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AIR – Análise de Impacto Regulatório

ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANPD – Autoridade Nacional de Proteção de Dados

ANS – Agência Nacional de Saúde

BC – Banco Central

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CMN – Conselho Monetário Nacional

CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária

CPF – Cadastro de Pessoa Física

CVM – Comissão de Valores Imobiliários

IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

MCI- Marco Civil da Internet

MPF – Ministério Público Federal

OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

ONU – Organização das Nações Unidas

PIPEDA – Personal Information Protection and Electronic Documents Act (Lei canadense)

RESP – Recurso Especial

RG – Registro Geral

RIPD – Relatório de Impacto à Proteção de Dados

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa do Consumidor

SPC – Serviço de Proteção ao Crédito

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCA – Tribunal Constitucional Alemão

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

WP29 – Grupo de Trabalho Europeu para Proteção de Dados Pessoais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1. DIREITO À PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS: ENTRE A DEFESA DA PERSONALIDADE E OS INTERESSES MERCADOLÓGICOS.....	20
1.1 O EMBRIÃO DE UM NOVO DIREITO E A CONSAGRAÇÃO DA SOLITUDE.....	20
1.2 DEFINIÇÃO CONCEITUAL: TENTATIVA DE OBJETIVAÇÃO TEÓRICA E A AMPLIAÇÃO DO ÂMAGO DO RESGUARDO.....	26
1.2.1 Disciplina jurídica da privacidade e a interpretação no ordenamento pátrio.....	38
1.3 FRAGMENTOS DA RELATIVIZAÇÃO DE UMA EXPRESSÃO DA PERSONALIDADE: MONETIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS E DESAFIOS JURÍDICOS.....	46
1.3.1 O contexto de datificação do indivíduo: a construção de um mercado de circulação de dados pessoais.....	46
1.3.2 Dados pessoais, econômica e proteção à personalidade.....	54
2 MARKETING ANALYTICS: BIG DATA E A EXPANSÃO DE UM MERCADO DE EXPLORAÇÃO DA PRIVACIDADE DIGITAL.....	61
2.1 O MIX DE <i>MARKETING</i>	61
2.2 CIÊNCIA DE DADOS E A QUESTIONÁVEL EXTRAÇÃO DE VANTAGENS COMPETITIVAS A PARTIR DOS DADOS PESSOAIS.....	69
2.2.1 Calibragem do preço: sistema de <i>Scoring</i>	69
2.2.2 Promoção: <i>behavioral advertising</i>	77
2.2.3 O composto praça: <i>geopricing</i> e <i>geoblocking</i>	89
3 A DISCIPLINA LEGAL DO USO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL.....	95
3.1 O CÓDICO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: A ARTIFICIAL ABRANGÊNCIA DA REGULAÇÃO DOS DADOS PESSOAIS.....	96
3.1.1 A Lei de Cadastro Positivo.....	105
3.2 MARCO CIVIL DA INTERNET: ENTRE A PREOCUPAÇÃO LEGISLATIVA E O VAZIO REGULATÓRIO.....	108
3.3 LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: A TENTATIVA DE EFETIVAÇÃO, PELA VIA LEGISLATIVA, DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA...118	
3.3.1 A formulação das Leis Gerais de Proteção de Dados.....	118

3.3.2	O tom da legislação: entre princípios e direitos correlatos.....	126
3.3.3	As bases legais do tratamento: entre o horizonte dos riscos da insegurança jurídica e a necessidade de repensar o Direito Regulatório.....	137
4.	SISTEMA REGULATÓRIO HÍBRIDO: A NECESSIDADE DE UMA ESTRUTURA FLEXÍVEL E DE FOMENTO À PARTICIPAÇÃO COOPERATIVA DO SETOR PRIVADO.....	157
4.1	DIREITO E REGULAÇÃO: OS PARADOXOS DO DIREITO REGULATÓRIO CONVENCIONAL	157
4.1.1	Análise de Impacto Regulatório.....	174
4.2	AUTORREGULAÇÃO: CONTRASTANDO O DIREITO REGULATÓRIO VERTICALIZADO.....	180
4.3	DIREITO REGULATÓRIO RESPONSIVO: SUPORTE PARA OPERACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS.....	190
4.3.1	A natureza da Lei Geral de Proteção de Dados: gatilhos para estruturação do Direito Regulatório Responsivo.....	203
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	211
	REFERÊNCIAS	215

INTRODUÇÃO

O personagem Irineu Funes, o Memorioso, do ensaísta argentino Jorge Luis Borges, vivia soterrado por lembranças. Sua capacidade de apreender e catalogar todo e qualquer detalhe (até mesmo cada folha de cada árvore em cada monte) o colocava como um autômato “solitário e lúcido espectador de um mundo multiforme, instantâneo e quase intolerantemente preciso”², vagando irracionalmente por meio dos escombros de suas ricas e detalhada lembranças.

Esta ficção literária, datada de 1944, serve como analogia para a realidade atual: o acúmulo incalculável de dados e informações pessoais, coletados de forma minuciosa a partir de recursos tecnológicos variados, que têm sido apreendidos pelo setor privado, colocando (ou tentando colocar) o mundo (e sobretudo as pessoas) em aparente exatidão, com análises preditivas direcionadas para classificação e extração de vantagens competitivas pelo mercado.

Desde os sensores embutidos nas câmeras instaladas em portas interativas dos metrô, passando pelas escutas insertas em brinquedos infantis, celulares e *Smart TV's*, chegando até mesmo ao acesso de dados captados por dispositivos marca passo, é certo que a tecnologia espalhou suas raias pelo anônimo, acumulando quantidade infindável e detalhada de dados pessoais, que foram revertidos, gradativamente, em matéria-prima substancial para a formulação das técnicas de *marketing analytics*, ou seja, para compreender padrões, formular estratégias empresariais, assumir riscos e tomar melhores decisões negociais.

Noutras palavras, por meio da obtenção e organização de dados dos consumidores e potenciais clientes, viabilizada hoje por algoritmos que operam velozmente em *big data*, o setor privado alcançou assertividade para formular suas estratégias de mercado, possibilitando o alcance de conclusões preditivas diversas, tais como (i) riscos de concessão de crédito, auxiliando na calibragem dos juros; (ii) saúde dos segurados, o que facilita na formação dos preços para planos de saúde e medicamentos, por exemplo; (iii) tendências de mercado, assegurando a diversificação e segmentação dos serviços e produtos; (iv) características singulares e sensíveis dos indivíduos, com direcionamento publicitário certo, a partir da personalização da propaganda e do estímulo ao consumo, entre outros.

² BORGES, Jorge Luis. Funes, o Memorioso. Tradução de Marco Antonio Franciotti. In BORGES, Jorge Luis. Prosa Completa, Barcelona: Ed. Bruguera, 1979, vol. 1. p. 484.

Se, por um lado, este fenômeno gera um poderoso arsenal competitivo para as organizações, uma frequente facilitação no cotidiano do consumidor e também traduz inúmeros benefícios sociais (sustentabilidade, eficiência, melhor comunicação entre os polos da cadeia de consumo, redução dos riscos financeiros às companhias, diversificação nos produtos e serviços...), por outro, pode repercutir em danos sensíveis aos cidadãos e até mesmo à sobrevivência das democracias.

E exemplos não faltam. Birôs de crédito descalibrados, com discriminação algorítmica formulada a partir da coleta de dados pessoais, encaixam determinados sujeitos em específicas categorias de menor confiabilidade, dificultando o acesso ao crédito e alimentando a marginalidade de grupos. A *Consumer Federation of America* e a *National Credit Reporting Association* pesquisaram 500.000 *credit scores* e 1.700 *credit reports* e concluíram, ao fim, que 1/5 de todos os consumidores haviam sido classificados em categorias de risco mais acentuadas, em razão de *credit scores* desajustados. As consequências financeiras, decorrentes desses equívocos, eram desastrosas. Calcula-se a perda de 124.000 dólares por consumidor, na hipótese de crédito hipotecário, caso o solicitante estivesse na categoria de risco *subprime*, em vez das taxas mais vantajosas referentes à camada *prime market*³.

E mais. Em 2011, a rede americana Target enfrentou uma delicada situação: com base na leitura e no gerenciamento de dados pessoais sensíveis coletados por ferramentas *online*, descobriu-se precocemente a gravidez de uma adolescente, antes mesmo da família ser comunicada. Com base nessa descoberta, a varejista passou a encaminhar cupons de desconto em itens de vestuário de bebês para a residência da adolescente. O pai da jovem, bastante incomodado com a agressiva estratégia publicitária, acusava a loja de promover a gestação precoce, sendo, contudo, posteriormente surpreendido pela notícia de confirmação da gravidez da filha. Tudo isso, frise-se, baseado na leitura e cruzamento de informações sensíveis coletadas por ferramentas *online* e armazenadas em *Big Data*.

O escândalo da *Cambridge Analytica* também diagnostica os elevados riscos alcançados pela apreensão irrestrita de dados pessoais pelo setor privado. Por meio de uma parceria comercial estabelecida entre a empresa britânica *Cambridge Analytica* e o *Facebook*, criou-se um complexo sistema de direcionamento de publicidade eleitoral

³ BUCHNER, Benedikt. *Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. p. 125. *Apud* SCHERTEL, Laura. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 116.

personalizada, com o objetivo de angariar apoiadores para determinado candidato. No sistema criado, por meio de apenas um usuário monitorado era possível obter informações sobre um grande grupo de pessoas (aproximadamente outros 340 indivíduos).

As informações sobre a localização e os interesses pessoais eram recolhidas e analisadas para desvendar traços de personalidade como: extroversão, benevolência, consciência, estabilidade emocional e abertura à experiência, assim como seus opostos. Em 2018, o *New York Times* publicou um artigo dando conta que a empresa britânica teria dados pessoais de pelo menos 50 milhões de usuários. Todo o episódio levou a uma extensa investigação, não apenas por suspeitas de manipulação eleitoral e alimentação de redes de *fake news* nas eleições dos EUA, mas também sobre o envolvimento da *Cambridge Analytica* no *BREXIT*⁴, bem como nos conflitos entre Rússia e Ucrânia.

Para o Direito, a solução de conflitos desta natureza se esteou, por muito tempo, em uma atualização hermenêutica – jurisprudencial e doutrinária – do direito à privacidade. Colorido por um ideário burguês, o “*right to be alone*”, originalmente elaborado por Samuel Warren e Louis Brandeis em artigo datado de 1890, nasceu como uma espécie de retaliação jurídica contra as obstinadas intromissões dos jornalistas e veículos de imprensa em ambientes privados da elite da época. No entanto, com o desenvolvimento tecnológico, as escandalosas reportagens veiculadas pelo semanário *Saturday Evening Gazette*, de Boston, que angustiam a família Warren no século XIX, perderam gradativamente o protagonismo, dando espaço à compreensão dos riscos gerados à privacidade a partir da vigilância silenciosa – e aparentemente inofensiva – empreendida pelo Estado por meio da gestão de bancos de dados pessoais.

É neste contexto, de plasticidade e ampliação do centro gravitacional do direito à privacidade, que se passa a reconhecer a fragilidade da identificação deste direito apenas a partir da intromissão de terceiros em espaços físicos, encaminhando, sucessivamente, o conceito para o abrigo de defesa do percurso da informação pessoal, de proteção de dados pessoais, principalmente em apreço à massificação da coleta e gestão por meios digitais. Aqui, pouco a pouco, já não se fala tão somente dos riscos de monitoramento dos cidadãos pelo Estado, mas sobretudo pelas organizações privadas, que, impulsionados pelo barateamento da gestão de arquivos, tornam o monitoramento *online* um fator competitivo

⁴ Expressão derivada da junção das palavras *British* e *Exit*, designando o processo de saída do Reino Unido do bloco da União Europeia.

para o negócio. É a substituição da figura do vigilante “*grande irmão*” por “*pequenos irmãos*”, em alusão à clássica obra de George Orwell, “1984”.

Com isso, os problemas relacionados aos caminhos da informação pessoal deixam de encontrar abrigo apenas no conteúdo do direito à privacidade. Danos que em sua origem repercutiam tão só na mera violação de um atributo da personalidade, intangível, passam a repercutir em prejuízos de cunho negocial, financeiro, de participação política, de discriminação e segregação de grupos e manipulação de massas, revelando uma faceta mais severa da sociedade de vigilância.

Assim, da flexibilidade do direito à privacidade, que gradualmente albergou a proteção de dados pessoais, normas mais específicas foram surgindo, estimuladas sobretudo por escândalos mundiais, como o caso Edward Snowden, que revelou os mecanismos de espionagem *online* praticada pelo governo dos Estados Unidos contra diversos países, e o *Cambridge Analytica*, episódio de manipulação eleitoral anteriormente assinalado.

No Brasil, são três as principais Leis que, irradiadas do direito à privacidade, disposto no Código Civil, se debruçaram, em maior ou menor grau, sobre a temática de proteção de dados pessoais.

Em primeiro, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 43, disciplinou brevemente os arquivos de consumo, notadamente aqueles destinados à proteção de crédito. Sua formulação, a despeito de ser dotada de certa amplitude, remete às condutas empresariais de uma dada época, tempo em que a coleta e gerenciamento de dados pessoais tinha maior aderência à mera tentativa de redução dos riscos de inadimplência. Nascidos para substituir os chamados informantes, profissionais contratados pelas empresas para verificar, diária e pessoalmente, as referências que o candidato de crédito apresentara no momento da aquisição de um bem ou serviço, os arquivos de consumo logo ocuparam as discussões legislativas sobretudo por conta da baixa clareza dos parâmetros utilizados pelos arquivistas para as classificações de risco e a ausência de limite temporal para o uso de informações negativas.

No entanto, considerando-se sua abrangência limitada, própria de um microsistema que se aplica tão somente às relações de consumo, bem como o nítido descompasso de alguns dos comandos da Lei com a sociedade digitalizada, restou evidenciada a incapacidade do CDC de regular, de forma satisfatória e completa, a proteção de dados pessoais em um cenário de popularização do uso da tecnologia.

Em segundo, o Marco Civil da Internet figurou como a primeira Lei que versou, com especificidade na matéria, sobre o ambiente digital. Tratado como um dos mais avançados regramentos à época, e com uma formulação colaborativa (que agremiou a participação de diferentes atores envolvidos no uso e regulação da internet), o MCI trouxe em seu bojo (i) princípios e direitos dos usuários no tocante à proteção de dados pessoais; (ii) políticas de retenção de dados; e (iii) hipóteses de uso pelo setor privado.

O grande impasse da Lei (e também do seu Decreto regulamentador), porém, é a estrutura regulatória formulada. Isto porque há imprecisão na distribuição das competências de fiscalização e direção do mercado, que, pela dicção da Lei, seriam em grande parte exercidas pela ANATEL – autarquia que detém atribuição legal para fiscalizar empresas de telecomunicações, e não os entes que protagonizam hoje a grande parte dos abusos cometidos no que se refere ao uso dados pessoais.

Por fim, em terceiro, tem-se a Lei Geral de Proteção de Dados, recentemente em vigor no Brasil.

Dotada de tom principiológico, seguido de direitos correlatos, a referida Lei tenta manter atualizado o diálogo entre o direito positivado e as rápidas transformações tecnológicas refletidas na sociedade contemporânea. Atenta-se para evitar as chamadas “*sunset rules*”⁵, ou seja, normas que já despontam fadadas à obsolescência precoce, ante a constante evolução e desenvolvimento da sociedade.

Mas será que a simples formulação de princípios e entrega de direitos subjetivos pelo legislador é suficiente, por si só, para neutralizar os abusos cometidos a partir do fluxo de dados pessoais?

Considerando-se a multiplicidade quase infinita de dados circulando, será que a autodeterminação informativa, como uma espécie de devolução da propriedade do dado ao seu titular, é uma ingenuidade, ou um mecanismo realmente eficaz para harmonizar interesses conflitantes?

Sabe-se que diferentemente das demais leis que abordaram o assunto, a LGPD preocupou-se em viabilizar uma estrutura de regulação estatal especializada, a ANPD, focalizada especificamente para conduzir, fiscalizar e punir os controladores e operadores de dados, promovendo, ao menos em tese, uma cultura de proteção à privacidade digital.

⁵ RODOTÁ, Stefano. Privacy e costruzione dela sfera privata. Ipotesi e prospective. In: **Politica del Diritto**, ano XXII, n. 1. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 543.

Mas como operacionalizar esta atuação, fugindo da perniciosidade de uma intervenção estatal rígida e punitivista, porém sem cair no discurso simplista de uma autorregulação privada? O presente trabalho, cuidando-se destas peculiaridades e tentando, ao máximo, promover algum diálogo entre a Lei, a realidade prática e os anseios de uma sociedade que pouco se preocupa com o fluxo dos seus dados hoje, expõe provocações, fragilidades da Lei e, ao fim, uma possível proposta para o agir público.

Para construção do raciocínio e resposta das indagações, o trabalho está subdividido em quatro partes.

Na primeira e segunda parte, são construídas algumas premissas, com um aprofundamento teórico sobre o direito à privacidade, sua origem, limites e flexibilização conceitual, que assegurou o alcance da proteção de dados pessoais em seu âmago. Neste segmento, também, estão dispostas as diferenças e peculiaridades existentes entre o *right to be alone* e a proteção de dados pessoais, sobretudo com relação ao caráter sistêmico das violações e danos decorrentes hoje do uso malicioso de *big data* – exigindo, assim, uma solução jurídica diversa daquela empregada para coibir abusos decorrentes de intromissões físicas em espaços de solitude (a acepção clássica da privacidade).

Na terceira parte estão referenciadas as legislações que, no Brasil, tratam, diretamente ou de forma reflexa, do tema. Iniciando-se pelo Código de Defesa do Consumidor e Marco Civil da Internet, insuficientes para disciplinar o uso abusivo de dados pessoais, chegando até a Lei Geral de Proteção de Dados, que estruturou um agir estatal regulatório para complementar e atualizar a Lei, bem como fiscalizar e dirigir o mercado.

No último capítulo, a partir desta regulação celebrada pela LGPD, são apresentadas possibilidades de atuação da figura estatal, contrastando a regulação verticalizada, meramente impositiva, e a autorregulação, para, ao fim, propor o uso da teoria do direito regulatório responsivo para operacionalizar a proteção de dados pessoais a partir de uma lógica escalonada de intervenção, com uso de ferramentas persuasivas e conciliatórias – essenciais para promover uma mudança cultural.

1 DIREITO À PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS: ENTRE A DEFESA DA PERSONALIDADE E OS INTERESSES MERCADOLÓGICOS

1.1 O EMBRIÃO DE UM NOVO DIREITO E A CONSAGRAÇÃO DA SOLITUDE

Aquilo “que é sussurrado no quarto será proclamado dos telhados”⁶. A evolução tecnológica foi capaz de criar potentes lunetas, microfones miniaturizados, sensores, dispositivos de rastreamento e outros objetos aptos a invadir qualquer ambiente privado. Ao lado disso, a própria evolução da sociedade ocidental⁷, com a concentração populacional, empoderamento da elite comerciária e estreitamento das inter-relações humanas fez com que o contato pessoal fosse mais frequente e próximo, restringindo o campo individual e submetendo cada vez mais o sujeito ao coletivo⁸.

A privacidade⁹, como um direito autônomo de proteção ao *resguardo* e de defesa da vida íntima dos indivíduos, surge¹⁰, notadamente, a partir do artigo intitulado *The Right to Privacy*, publicado na *Harvard Law Review* em 1890, subscrito pelos advogados Samuel Warren e Louis D. Brandeis.

Àquele tempo, a Sra. Warren, uma jovem dona de casa de Boston, realizava inúmeros eventos em sua residência. Ela era filha de um senador de Delaware e mulher de um jovem e bem-sucedido advogado, Samuel Dennis Warren. A família circulava com frequência entre os jornais, mais especificamente no *Saturday Evening Gazette, de Boston*, que cobria suas festas expondo minúcias altamente pessoais e embaraçosas¹¹.

O estopim da conflituosa relação entre os jornais e a família Warren foi o furo na ocasião do casamento de uma das filhas, o que fez Samuel socorrer-se do jurista Brandeis¹²,

⁶ WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. **Harvard Law Review**. vol. IV. n. 05. Dec/1890. Disponível em: <https://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>. Acesso em: 10 dez. 2020.

⁷ Alan Westin traz exemplos de sociedades que não se aproximam de uma valorização da privacidade como o mundo ocidental, como os Tikopia da Polinésia, que dormiam todos juntos, misturando gerações e gêneros. (WESTIN, Alan. **Privacy and freedom**. New York: Ig Publishing, 2015. p. 11).

⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 45.

⁹ Como uma nomenclatura que unifica os valores agasalhados pelos termos intimidade e vida privada.

¹⁰ Importa destacar que no mencionado artigo os autores não definem estritamente o *right to privacy*. Essa é uma citação da obra do magistrado norte-americano Thomas Cooley, de 1879. (DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 105).

¹¹ PEIXOTO, Erick Lucena; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. Breves notas sobre a resignificação da privacidade. **Revista brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte, v. 16, abr/jun 2018. p. 35-56. p. 40.

¹² São variadas, e por vezes desconstruídas, as versões sobre o contexto que originou o artigo de Warren e Brandeis. Para William Prosser, a iniciativa teria partido de Samuel Warren, devido à sua insatisfação com as bisbilhotices dos jornais de Boston sobre a intensa vida social de sua esposa. Para Alfred Lief, a história teria sido um pouco diferente: Samuel Warren seria casado com Mabel Boyard, filha do embaixador da Grã-Bretanha nos Estados Unidos, o que despertava, pela posição social da família, a curiosidade dos repórteres.

a fim de verificar a existência, no *common law*, de uma engrenagem normativa apta a proteger a vida íntima da classe burguesa. Propôs-se, assim, o reconhecimento de um direito geral à *privacidade*, reconstruível¹³ por meio dos casos de violação de propriedade (*property*), da confiança (*breach of confidence*), do direito do autor (*copyright*) e também dos casos de difamação (*defamation*)¹⁴. Pavimentado por elementos de diferentes institutos jurídicos, o artigo alcançou, com sucesso, a construção do novo direito¹⁵, de onde emergia¹⁶:

- a) O objeto da proteção, do âmago de estar só, compreendia pensamentos, fatos, emoções e sentimentos do indivíduo, independentemente da forma de sua expressão ou ambiente em que se manifestasse;
- b) Embora se assemelhasse ao direito à reputação, dele se diferenciava, pois a violação àquele era vista como uma injúria feita ao indivíduo em suas relações externas com a comunidade, enquanto o direito defendido por Warren e Brandeis protegia o sentimento íntimo das pessoas, mesmo contra a imputação de fatos verdadeiros e independentemente do intuito malicioso do invasor;
- c) Não se confundia com o direito de propriedade intelectual ou artística, com o *copyright*, pois a proteção oferecida independeria do valor pecuniário, artístico ou do mérito intrínseco da obra, bastando que o indivíduo externasse sua intenção de reservar determinados fatos para si ou para um círculo fechado de amigos;

Certa feita, Warren teria ficado indignado com o assédio dos fotógrafos a sua filha, ainda bebê, motivando o convite de Brandeis para a produção do artigo. Não há, no entanto, unanimidade sobre os fatos que originaram a elaboração do artigo (Brandeis: *The Personal History of an American Ideal*, 1936, p. 51, *Apud* Gormley. p. 1349). Contudo, é certo que a atuação da imprensa americana, àquele tempo, era implacável na perseguição de pessoas de considerável posição social. Basta lembrar da cobertura jornalística dispensada ao casamento do presidente Grover Cleveland, em 1886: um batalhão de repórteres e fotógrafos perseguindo o casal em sua viagem de lua-de-mel, descrevendo em detalhes cenas da intimidade do presidente e sua esposa. (SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Delrey, 1998. p. 58)

¹³ Do instituto da propriedade, os autores extraíram o direito de afastar interferências indesejadas, sobretudo com relação às obras intelectuais, de conteúdo imaterial. Dos casos de difamação, reportaram a existência de uma proteção legal da honra e da estima dos indivíduos, que justificaria a posição nuclear do ser humano nos ordenamentos. Por fim, da quebra da confiança, compreenderam pela existência de uma defesa à plenitude das relações, na qual a confiança depositada pelo sujeito, quando amparada por elementos fidedignos, se tornaria legalmente resguardada (WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The right to privacy*. **Harvard Law Review**. vol. IV. n. 05. Dec/1890. Disponível em: <https://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020).

¹⁴ LIMBERGER, Têmis. **Direito à intimidade na era da informática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 55.

¹⁵ LIMBERGER, Têmis. **Direito à intimidade na era da informática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 55.

¹⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Delrey, 1998. p. 60.

- d) Do ponto de vista de sua natureza, o *right to be alone* seria distinto do instituto da propriedade, aproximando-se de um direito mais geral de imunidade da pessoa: o direito a sua personalidade.

A tese experimentou maciça aceitação¹⁷. O tribunal de Nova Iorque, pouco tempo depois da publicação, no caso *Marks vs. Jaffa*, utilizou pela primeira vez a nomenclatura lançada pelos dois advogados, ao julgar favoravelmente uma causa em que se discutia a licitude da utilização da imagem de um ator para promoção de um concurso contra o qual ele se opunha¹⁸. Em linhas gerais, o editor de jornal réu, Jaffa, incluiu o ator Marks em uma votação para que os leitores decidissem, entre ele e outro artista, qual seria o mais popular para o público. O Tribunal, após amplo debate dos fatos, reconheceu:

A ação pode parecer nova, mas não há dúvida sobre o direito do requerente de alívio, independentemente da quantidade de danos que ele pode recuperar por lei. Se uma pessoa deve ser obrigada a participar de um concurso para ser exposta a críticas públicas, ela poderia ser solicitada a submeter-se ao mesmo teste que sua honestidade ou moralidade, ou qualquer outra virtude ou vício que eventualmente possuísse, e a vítima selecionada teria que justificar seu caráter em relação à virtude ou ao vício selecionado, ou ser declarado inferior ao seu concorrente, uma comparação que pode ser muito odiosa. Na verdade, ele pode ser colocado em competição com uma pessoa cuja associação pode ser particularmente ofensiva e prejudicial para a ele. Tal erro não está isento de remédio. Nenhum jornal ou instituição, por melhor que seja, tem o direito de usar o nome ou a imagem de alguém para esse fim sem o seu consentimento. Um indivíduo tem direito a proteção pessoal e propriedade, e agora o direito à vida passa a significar o privilégio de desfrutar a vida, sem a publicidade ou aborrecimento de um concurso de loteria realizado sem razão, cujo resultado é alcançar, pelo menos em estimativa pública, o valor do caráter privado ou o valor da capacidade do sujeito. Nesses casos, os tribunais garantirão ao indivíduo o direito de "ser deixado em paz". Os direitos privados devem ser respeitados, bem como os desejos e sensibilidades das pessoas. Quando sujeitos transgridem a lei ou se apresentam como candidatos públicos, justificam a crítica e não devem reclamar disso. Mas quando estão satisfeitos com a privacidade de suas casas, eles tem direito à paz de espírito e não podem ser incluídos pela imprensa em um concurso não querido¹⁹.

Outro caso representativo do direito à privacidade nos tribunais àquele tempo, mas que contou com uma discussão diversa acerca dos seus contornos e limitações, é a trágica história de vida de William Sidis. Em 1910, William falava desembaraçadamente aos mais ilustres matemáticos sobre assuntos tão abstratos quanto difíceis. Com 16 anos graduou-se

¹⁷ Também nesta fase inicial de assimilação do *right to be alone*, a Suprema Corte da Geórgia, já em 1905, reconheceria, com base no direito a estar só, o dever de indenizar de uma companhia de seguros e de um fotógrafo em razão da utilização não consentida da imagem de Paolo Pavesh em uma campanha no jornal (BRUTAU, José Puig. **Fundamentos de derecho civil**. Tomo II, Barcelona: Bosch, 1993. p. 236.)

¹⁸ DOTTE, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. **Rev. Inf. Legislativa**. Brasília. v. 17. n. 66. p. 125-152, abril/junho. 1980. p. 133.

¹⁹ ESTADOS UNIDOS. *Marks v. Jaffa*. Dec. 1, 1893. Disponível em: <https://casetext.com/case/marks-v-jaffa>. Acesso em: 10 jul. 2020.

em Harvard, sendo considerado um prodígio mental, mas desapareceu da vida pública e os jornais não mais o mencionaram. Em 1937, porém, o semanário *The New Yorker* noticiou como o jovem, após a formatura, ocultara seus passados êxitos para levar uma vida deliberadamente retirada, com taras e manias peculiares. A matéria se encerrava descrevendo a humilde habitação em que vivia o antigo menino prodígio, num bairro pobre de Boston. Sidis, irresignado com a devassa pública de sua vida íntima, ingressou com uma demanda reparatória em face do periódico, que, após regular trâmite, foi julgada improcedente, sob o pretexto de proteção do direito à informação²⁰.

É certo que alicerçado por uma teoria de fundo doutrinário e elitista, e conteúdo pouco objetivo, a privacidade experimentava, assim, evoluções e retrações nos tribunais americanos, sendo frequentemente confundida com outros direitos parcialmente correlatos (proteção à imagem, honra, voz...). O impulso notável, nos Estados Unidos, ocorreu somente em 1965 (coincidentemente acompanhado pelas normativas internacionais debruçadas sobre a matéria²¹), a partir da lide *Griswold vs. Connecticut*, quando a Suprema Corte Americana declarou que o direito à intimidade estaria implicitamente contemplado na Constituição dos EUA, conferindo-lhe notável extensão²². O caso apreciava a constitucionalidade da *Lei de Comstock*, que proibia a venda, pelo serviço postal americano, de quaisquer materiais considerados obscenos – o que, àquele tempo, incluía medicamentos contraceptivos. A Suprema Corte americana na oportunidade reconheceu que a Lei Federal violava a privacidade conjugal e, sobretudo, inviabilizava a liberdade de escolha do casal acerca do adequado momento de ter filhos.

A decisão certamente pavimentou o caminho para a normatização da privacidade nos estados americanos. Alguns casos notórios, no entanto, mesmo décadas mais tarde, permaneciam expressando a nebulosidade e incompreensão do conceito pelas cortes locais

²⁰ DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. **Rev. Inf. Legislativa. Brasília**. v. 17. n. 66 p. 125-152, abril/junho. 1980. p. 139.

²¹ Em âmbito internacional, a privacidade foi tutelada, pela primeira vez, na *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, de 1948, com a seguinte disposição: “Toda pessoa tem direito à proteção da lei diante de ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar”. Seis meses depois, foi aprovada a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, que, em seu artigo 12, também contemplava a proteção à privacidade. Na sequência, a *Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, de 1950, o *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*, de 1966, a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, de 1969, acompanharam a disciplina internacional sobre o novo direito surgido (FERREIRA, Rafael Freira. **Autodeterminação informativa e privacidade na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018. p. 86). A disciplina em tratados internacionais, contudo, foi estimulada tanto por fatores sociais e políticos globais, com o Pós-Segunda Guerra, como pela movimentação interna de diversos países no tocante ao reconhecimento da privacidade como um bem jurídico.

²² LIMBERGER, Têmis. **Direito à intimidade na era da informática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 203.

– denotando o forte peso moral que repousava sobre o *right to be alone* ainda no século XX. Sublinhe-se: (i) em 1986, no caso *Bowers v. Hardwick*, a Suprema Corte definiria como constitucional a Lei da Geórgia que proibia determinadas práticas sexuais feitas consensualmente por adultos em ambientes privados. Neste episódio, o Tribunal entendeu que proteger a “sodomia homossexual” representaria a anulação dos “ensinamentos morais milenares”²³ e não deveria ser socorrido pela ciência jurídica; (ii) em 1989, a Suprema Corte de Massachusetts afirmou que a realização de testes aleatórios de drogas nos trabalhadores de uma pista de corrida de cavalo era ilícita. Já a Suprema Corte do Alasca, no mesmo ano, defenderia que o direito à privacidade não se aplicava aos trabalhadores privados, sendo que os testes de drogas deveriam ser realizados de forma razoável (no horário de trabalho e com comunicação prévia dos envolvidos).

Mas não é só. Para além do território americano, a despeito do surgimento da privacidade como direito autônomo ser reconhecido, normalmente, a partir das aceções de Warren e Brandeis, há, por certo, uma infinidade de casos²⁴ que sustentam a afirmação de que o *common law* já amparava, há um século e meio, a existência de traços da defesa deste direito – embora alguns escritores defendam a existência de registros ainda mais antigos, como uma decisão proferida em 1348 sobre a violação de domicílio, quando houve a condenação de um infrator pelo ingresso na residência de terceiro²⁵.

O emblemático caso *Affaire Rachel*, julgado pelo Tribunal de Sena, reforça as teorias de existência pretérita e esparsa (e um tanto confusa), no ordenamento europeu, de um direito a ser deixado só. No ano de 1858, fotógrafos foram contratados para reproduzir a imagem mortuária da então célebre atriz Elisa Rachel Felix, do teatro clássico francês do século XIX, com a recomendação de que as obras fotográficas seriam de propriedade exclusiva da irmã da atriz. Contudo, os profissionais romperam o compromisso e permitiram o decalque das fotos pela pintora O’Connel. Tal reprodução foi estampada num semanário,

²³ IDES, Allan. *Bowers V. Hard Wick: The Enigmatic Fifth Vote and The Reasonableness of Moral Certitude. Washington and Lee Law Review.* v. 49. 1992. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1853&context=wlulr>. Acesso em: 03 abr. 2020.

²⁴ O caso *Pope vs. Curl*, de 1741, é um exemplo de como discussões laterais, nos tribunais, acabavam por envolver questões relativas à privacidade. Em seu núcleo, o caso diagnosticou como indevida a publicação não autorizada das cartas enviadas pelo poeta Alexander Pope ao romancista Jonathan Swift. (REINO UNIDO. *Pope v. Curl*, London (1741), Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer. Disponível em: http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord.php?id=record_uk_1741a. Acesso em: 16 dez. 2020).

²⁵ DOTTL, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. **Rev. Inf. Legislativa. Brasília.** v. 17. n. 66 p. 125-152, abril/junho. 1980. p. 138.

levando a irmã de Rachel a demandar a pintora O'Connel no Tribunal Civil do Sena. A causa, posta em discussão, veio a se tornar célebre e servir de paradigma à crônica sobre o direito à privacidade. O Tribunal acolheu as razões do Advogado Imperial Pinard, enfatizando que a atriz não havia posado para o retrato e que era direito dos familiares conservar a sua última imagem: “o homem célebre, Senhores, tem o direito de morrer oculto, e se a família, após o último suspiro, quer reproduzir seus restos somente para ela, não se pode, em nome da celebridade que sobrevive à morte, tocar estas coisas”²⁶.

Em sua decisão, A Corte, presidida por Benoit-Champy, estabeleceu que a ninguém seria dado o direito de, sem consentimento formal da família, reproduzir e dar publicidade a traços de uma pessoa em seu leito de morte, por maior que tivesse sido a sua celebridade e a publicidade ligada aos atos de sua vida²⁷ – já indiciando as considerações contemporâneas acerca do reconhecimento de proteção dos direitos da personalidade *post mortem*.

É certo, no entanto, que desde a sua origem, por detrás do manto de uma suposta defesa da personalidade humana, encontrava-se na privacidade um conteúdo individualista e elitista burguês²⁸, gerado em um momento de efervescência social, econômica e tecnológica (denominado Belle Époque). Sua concepção serviu, em verdade, como um apanágio das pessoas de considerável projeção social – circunstância que permeou o substrato deste direito até meados da década de 60 do século XX²⁹.

Os referidos julgados – acompanhado por outros semelhantes³⁰ –, seja sob o enfoque americano, com as considerações de Warren e Brandeis, seja sob o olhar europeu, com um direito à privacidade dotado de maior abstração dogmática, denotam que, desde a

²⁶ DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. **Rev. Inf. Legislativa. Brasília**. v. 17. n. 66 p. 125-152, abril/junho. 1980. p. 138.

²⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Delrey, 1998. p. 56.

²⁸ Outro exemplo frisante foi o que levou a Corte de Paris, no fim do século XIX, a reconhecer a violação da privacidade e honra da Duquesa D'Urzes, em razão de uma série de fotografias publicadas pelo jornal *Siècle*, nas quais o jornalista Albert Mayer aparecia por detrás da Duquesa, com a mão simulando tocar familiarmente em seu ombro (DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. **Rev. Inf. Legislativa. Brasília**. v. 17. n. 66 p. 125-152, abril/junho. 1980. p. 138),

²⁹ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 12.

³⁰ Outro exemplo célebre é o julgamento do caso do ex-chanceler Otto von Bismarck pelo Tribunal do Reich alemão, em 1898, que também denota abstração das situações que eram enfileiradas como violação à privacidade. Em síntese, o cadáver de Otto von Bismarck foi fotografado por dois repórteres, no interior da residência do ex-chanceler. Os herdeiros do falecido, irrequietos, ingressaram com uma demanda judicial pleiteando a proibição de veiculação das imagens obtidas, e a Corte alemã deu procedência ao pedido, sob o fundamento de ingresso ilegal na residência, e não a partir da proteção de qualquer atributo da personalidade do ex-chanceler falecido ou dos familiares MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 15.

sua concepção, a privacidade constituiu um conceito polissêmico, nebuloso, enredado em concorrentes e contraditórias dimensões e significados subjetivos³¹. A ausência de um sentido estático nulificou, por vezes, a própria essência da proteção do resguardo, tornando confuso os limites da proteção jurídica e outorgando aos tribunais a difícil tarefa de conformar interesses conflitantes – o que atraiu elementos altamente morais do julgador, mesmo após a aprovação de leis específicas sobre a temática.

Exatamente como outras expressões que refletem uma relativa abstração, a palavra privacidade pareceu, desde a sua dada origem, englobar tudo, sendo dotada de “ambiguidades perniciosas”³² e, por vezes, sendo nada em si mesma. Essa amplitude, que forma a primeira premissa deste capítulo, deve ser balizada pelas mudanças sociais, políticas e econômicas vivenciadas em determinada cultura, sendo essencial para atualizar aquilo que o ordenamento protege como inserto no âmbito privado.

1.2 DEFINIÇÃO CONCEITUAL: ENTRE A TENTATIVA DE OBJETIVAÇÃO TEÓRICA E A AMPLIAÇÃO DO ÂMAGO DO RESGUARDO

Inicialmente, antes mesmo da estrita positivação do direito à privacidade no Brasil, Pontes de Miranda, trazendo as bases de um rigorismo científico apto a justificar a solitude, assinalou o resguardo como efeito da liberdade de fazer e de não fazer. Isto porque, sendo possível não fazer, permitido seria não revelar – a liberdade fundamentaria esse direito. Essa liberdade, inclusive, é que seria direito inato, e o direito a velar a intimidade daí decorreria – como o direito ao sigilo se fundamentaria na liberdade de não se emitir o pensamento ou sentimento. O que está em contato imediato, inato, com a personalidade é o pensar, o sentir e o agir, e não o segredo. Se existe direito a esses, é porque há liberdade de emitir e de não emitir, de fazer e não fazer³³.

As limitações à intimidade e as limitações à renúncia a ela seriam, por consequência, relativas à liberdade: todos têm de respeitar o mínimo de intimidade³⁴ e, ao mesmo tempo, ninguém pode ser privado desse mínimo (a penetração na vida privada, com inquéritos e buscas somente se permite nas espécies previstas em lei, por exemplo)³⁵.

³¹ POST, Robert C. Three concepts of privacy. *The Georgetown Law Journal*. v. 89. 2000-2001. p. 2087.

³² LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 47.

³³ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. Tomo 7. Rio de Janeiro: Borsoi. 1956. p. 126.

³⁴ O direito à privacidade, neste íterim, não apenas traduz um direito ao seu titular, mas, também, impõe um dever correspondente, proibindo que uma pessoa que, por motivos familiares, negociais ou de amizade, teve acesso à vida privada de outra divulgue essas informações a terceiros sem autorização (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 164).

³⁵ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. Tomo 7. Rio de Janeiro: Borsoi. 1956. p. 126.

Alcançou, assim, Pontes de Miranda, uma explicação científica do direito à privacidade: um direito de personalidade nato, efeito do ato-fato jurídico³⁶, em cujo suporte fático está o ato-fato da liberdade de não emitir o pensamento ou os sentimentos, ou seja, o “ato-fato do exercício da liberdade de fazer e não fazer”³⁷.

Esse direito, por vezes, cessa diante de outro mais elevado à sua frente. Quase sempre isso ocorre se a coisa sigilada é meio de prova do direito mais elevado, ou quando há inerente interesse público sobre a informação privada.

Este caminho teórico percorrido por Pontes de Miranda, ao desenhar uma clara e adequada correlação entre a privacidade e seu suporte fático ligado ao exercício da liberdade de fazer e não fazer, justificou, com um rigor mais sofisticado que o “*right to be alone*”, a existência do direito ao resguardo, antes mesmo de haver uma preocupação legislativa exata e precisa sobre a matéria no Brasil. Contudo, a dificuldade de objetivar seu o conteúdo protetivo – situação já percebida nos tribunais americanos e europeus do século XIX e XX, como visto – exigiu um trabalho hermenêutico da doutrina, numa tentativa de sistematização conceitual, a partir da elaboração de algumas teorias.

A primeira delas, comumente trazida pelos manuais, foi concebida em 1960 por William Prosser, que, diante dos contorcionismos argumentativos e dubiedades presentes nos julgamentos das cortes, elaborou uma estrutura formatada a partir de quatro facetas hipotéticas que definiriam a mutilação da privacidade como: (i) intromissão na solidão da vida de uma pessoa ou nos seus assuntos privados; (ii) divulgação de fatos embaraçosos que afetam o indivíduo; (iii) publicidade que eventualmente desprestigiasse o sujeito ante a opinião pública; e (iv) apropriação do nome ou do aspecto físico do litigante³⁸.

³⁶ “Há outras espécies cujo suporte fático prevê uma situação de fato, a qual, no entanto, somente pode materializar-se como resultante de uma conduta humana. [...] Existem outros em que conduta humana involuntária causa danos a terceiros que precisam ser indenizados. Finalmente, há situações em que a inação das pessoas em exercer determinados direitos durante determinado tempo, intencionalmente ou não, acarreta a sua perda ou o seu encobrimento. [...] É evidente que a situação de fato criada pela conduta, comissiva ou omissiva, constitui uma mudança permanente no mundo, passando a integrá-lo definitivamente, sem que haja possibilidade de, simplesmente, ser desconsiderada (como seria possível se se tratasse, exclusivamente, de conduta). Como o ato que está à base da ocorrência do fato é da substância do fato jurídico, a norma jurídica o recebe como avolitivo, abstraindo dele qualquer elemento volitivo que, porventura, possa existir em sua origem; não importa, assim, se houve, ou não, vontade em praticá-lo. Com esse tratamento, em coerência com a natureza das coisas, ressalte-se a consequência fática do ato, o fato resultante, sem se dar maior significância à vontade em realizá-lo”. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 168).

³⁷ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. Tomo 7. Rio de Janeiro: Borsoi. 1956. p. 131.

³⁸ LIMBERGER, Têmis. **Direito à intimidade na era da informática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 57.

A louvável tentativa – que contou com grande notoriedade àquele tempo³⁹ – contudo, apenas condensava os olhares e conclusões que estamparam os julgados da época, sem, no entanto, ingressar em discussões terminológicas e objetivas acerca do novo direito ali assegurado. Aqui, portanto, “sob a etiqueta da privacidade, se enfileiraram estruturas voltadas para, por exemplo, garantir a ilicitude da publicação de retratos sem o consentimento do retratado; direito de abortar; a inviolabilidade do domicílio e tantas outras”⁴⁰ situações fáticas percebidas em uma época de efervescência cultural e econômica. A teoria, desse modo, não estabelecia um núcleo conceitual comum, apenas diagnosticava situações pretensamente assimiladas ao novo direito jurisprudencialmente consagrado.

Outra notável teoria que tentou definir o conteúdo da privacidade, que povoou a doutrina alemã nos idos de 1950, e influenciou tribunais nacionais e estrangeiros⁴¹, é denominada teoria dos círculos concêntricos (ou teoria das esferas da personalidade). Nela, a esfera da vida privada do indivíduo estaria subdivida em 3 segmentos circulares, na medida exata em que se fosse restringindo a intimidade – segredo, intimidade ou vida privada como esferas que, com maior ou menor grau de intensidade, delimitariam os ambientes da vida privada e pública do sujeito⁴².

O círculo mais externo seria abrangido pela esfera privada *stricto sensu* (*Privatsphäre*), estando ali compreendidos todos os comportamentos e acontecimentos que o indivíduo deseja não projetar no domínio público⁴³. Além-se, aqui, ao aspecto da individualidade, porque “reflete unicamente a aspiração do sujeito a conservar aquela tranquilidade de espírito, aquela paz interior, que ao seu modo de ser privado se lida e que uma publicidade indesejável turbaria”⁴⁴.

No bojo da esfera privada, estaria abrigada a esfera da intimidade (*Vertrauenssphäre*) ou da confiança (*Vertraulichkeitssphäre*). Dela participariam somente os sujeitos de confiança e de certa familiaridade com o indivíduo. Nesse campo, são inseridas

³⁹ DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 74.

⁴⁰ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 103.

⁴¹ Elaborada, em linhas gerais, pelo alemão Heinrich Hubmann e trazida ao Brasil por Elimar Szaniawski (ROSSONI, Caroline; BOLESINA, Iuru. Teoria dos círculos concêntricos e a proteção à vida privada: análise ao caso Von Hannover vs. Alemanha, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. **XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas**. 2014. p. 03).

⁴² BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 95.

⁴³ BLUM, Rita. O direito à privacidade e à proteção dos dados do consumidor. São Paulo: Almedina, 2018.

⁴⁴ GIAMPICCOLO, Giorgio. La tutela giuridica della persona umana e il diritto alla riservatezza. **Revista trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Padova: Cedam, 1958. p. 459.

as conversas e acontecimentos íntimos, restando excluído não apenas o público em geral, mas também determinadas pessoas, que privam com o indivíduo no âmbito mais amplo da esfera privada *stricto sensu*⁴⁵. Diz-se que “a esfera íntima protege a pessoa inteiramente, ficando a mesma intocável aos olhos e ouvidos do público”⁴⁶, daí porque, “os assuntos, as notícias, as cenas que envolvam a pessoa em tais agrupamentos devem, em princípio, ficar alheios aos interesses de outras pessoas, grupos sociais ou Estado”⁴⁷.

Por derradeiro, no âmago da circunferência privada estaria o menor dos círculos concêntricos, nomeado “segredo” ou “sigilo” (*Geheimsphäre*). Nesse espaço se compreenderia a parcela da vida particular mais sensível, conservada em segredo pelo indivíduo, do qual compartilham, quando muito, alguns amigos ou familiares apenas. Consequentemente, nesse campo, diante do melindre das informações insertas, a proteção jurídica conferida seria mais intensa⁴⁸.

Esta sistematização, que influenciou até mesmo a disciplina no ordenamento jurídico brasileiro, chega, na doutrina contemporânea, a ser jocosamente tida como “teoria da pessoa como uma cebola passiva”⁴⁹, sendo considerada artificial e impraticável, bem como dotada de uma descrição muito rudimentar dos diferentes níveis de interferência aos quais, sob diferentes condições, a proteção de direitos da personalidade está submetida⁵⁰.

Há, por outro lado, quem advogue pela utilidade dessa teoria como base de determinação da gravidade da sanção imposta em casos de violação, sob o argumento de que:

quanto mais interior a esfera atingida, ou seja, quanto mais íntima a informação divulgada, mais grave se caracteriza a conduta de quem acessou ou de quem

⁴⁵ COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 30.

⁴⁶ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 357-358.

⁴⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Delrey, 1998. p. 257.

⁴⁸ BLUM, Rita. **O direito à privacidade e à proteção dos dados do consumidor**. São Paulo: Almedina, 2018. p. 26.

⁴⁹ [...] the sphere theory or the theory of the private self as a passive onion, i.e., an understanding, according to which the core of one's personality is surrounded by layers, which may only be removed by state intervention if the closer one comes to the innermost layers, the more pervasive the arguments of legitimization become. (BURKERT, Herbert. Privacy-data protection – a German/European perspective. In: ENGEL, Christoph; KELLER, Kenneth (org.). **Governance of global networks in the light of differing local values**. Baden-Baden: Nomos, 2000, p. 54. Disponível em: <http://www.coll.mpg.de/sites/www/files/text/burkert.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2020).

⁵⁰ LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 54.

divulgou indevidamente tais dados, devendo-se, neste caso, aplicar-se sanção mais severa, aumentando-se o valor da indenização.⁵¹

Ocorre, contudo, que não há sempre uma relação necessária entre o “grau de intimidade” de determinada informação e os danos causados por sua publicação. Por meio da agregação de dados diversos, isolados e fragmentados, muitas vezes aparentemente irrelevantes, é possível, sobretudo em tempos de *datificação do indivíduo*⁵², montar perfis pessoais completos, revelando inúmeros aspectos da personalidade do sujeito, sem que se tenham coletado quaisquer informações propriamente íntimas⁵³ - como ocorre, por exemplo na junção e cruzamento de dados públicos diversos, aptos a revelar informações potencialmente sensíveis.

Exemplos frisantes dessa constatação podem ser extraídos de dois casos emblemáticos que, a partir da acepção originária do conceito de privacidade, afastariam qualquer configuração de dano à personalidade.

O primeiro deles refere-se ao descarte de um lenço de papel pelo Príncipe William, da família real britânica, que, sorrateiramente recolhido por um jornalista, foi objeto de análise do material genético para apuração da real paternidade da alteza. Sobre o episódio lançado nos tabloides, destacou a doutrina:

O professor Rodotà, analisando a questão, esclareceu apropriadamente que não se tratava apenas de um lenço descartado (*res derelectae*), mas de informações que diziam respeito à própria essência da personalidade daqueles de quem foram apropriados. Por isso mesmo, a circulação e utilização dos dados sensíveis devem depender de manifestação expressa daqueles que terão aspectos de sua intimidade revelados⁵⁴.

Já no contexto brasileiro, o caso do menino Pedrinho (Pedro Rosalino Braule Pinto), que, ainda bebê, foi sequestrado por Vilma Martins Costa e criado como se filho dela fosse, demonstra a complexidade de assimilação da privacidade em contornos tradicionais do “*right to be alone*” ou sob a materialidade das barreiras dos círculos. No curso das investigações, após a descoberta da prática delituosa, a polícia suspeitou que, além de Pedrinho, a filha mais velha de Vilma, Aparecida Fernando Ribeiro da Silva, também teria

⁵¹ LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 54.

⁵² Fenômeno que designa a transformação de toda a realidade em dados digitais. (NEWELL, S.; MARABELLI, M. Datification in Action: Diffusion and Consequences of Algorithmic Decision-Making. In: GALLIERS, R. D.; STEIN, M. K. (Eds.). **The Routledge Companion to Management Information Systems**. London and New York: Routledge. 2017, p. 3).

⁵³ LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 54.

⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v.5, 2004. p. 173.

sofrido um sequestro quando mais jovem. Aparecida, no entanto, se recusava a realizar o exame de DNA, confirmando o desinteresse na descoberta de sua real filiação – que, por excelência, é informação integrante da vida privada de qualquer indivíduo⁵⁵.

A despeito da negativa da filha, porém, fora realizada a coleta clandestina de uma bituca de cigarro que continha seu material genético, restando provado – e divulgado –, ao fim, que Aparecida também não era filha de Vilma⁵⁶.

Note-se que, em ambos os casos, há, em uma análise breve, mero descarte de *res nullius* (coisa de ninguém, não inserta em um aspecto da vida privada). Entretanto, por ser acompanhada de certos atributos informacionais do indivíduo, potencialmente enfileiraram uma devassa extensa da vida íntima. As informações genéticas, obtidas de forma não consentida, repercutiram em sensível abalo à personalidade dos envolvidos, trazendo a sua vida privada ao centro do escrutínio público e projetando a metáfora dos círculos concêntricos para além da materialidade das barreiras.

E mais. A evolução tecnológica, com seu condão de ampliar (e simplificar) a extração de dados pessoais (das mais variadas espécies, inclusive genéticos), demonstrou a fragilidade da identificação da privacidade apenas a partir da intromissão de terceiros em espaços físicos, encaminhando, gradativamente, o conceito para o abrigo de defesa do percurso da informação pessoal, de proteção de dados pessoais, principalmente a partir da massificação da coleta e gestão por meios digitais.

Cabe, aqui, um breve parêntese. Dados pessoais, segundo instituído pelo WP29⁵⁷ no bojo do Comitê Europeu para Proteção de Dados (Parecer 4/2007), possuem 4 características nucleares básicas para sua configuração, quais sejam: 1) “qualquer informação”; 2) “relacionada”; 3) “a pessoa natural”; e 4) “identificada ou identificável”. Esta segmentação conceitual foi, inclusive, transplantada para o ordenamento brasileiro: o Decreto regulamentador do Marco Civil da Internet (n. 8.771/2016) definiu, em seu artigo 14, dados pessoais como “dado relacionado à pessoa natural ou identificável”.

⁵⁵ Outro caso, mais recente, expressa a descon sideração da privacidade em casos de dúvida sobre a identidade genética: **CONJUR**. Familiares de suposto pai podem ser coercitivamente submetidos a exame de DNA. Mai/2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-22/familiares-suposto-pai-podem-coercitivamente-submetidos-exame-dna?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook. Acesso em: 17 dez. 2020.

⁵⁶ FERREIRA, Rafael Freire. Autodeterminação informativa e a privacidade na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 76.

⁵⁷ O grupo de trabalho do artigo 29 figurou como um órgão consultivo, composto por um representante da autoridade de proteção de dados de cada Estado-Membro da União Europeia, da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados e da Comissão Europeia.

Acerca de “qualquer informação” (ou “dado”), extrai-se a maior amplitude possível, podendo dizer respeito a elementos (verdadeiros ou não) de todas as áreas da vida do sujeito, disponíveis tanto em meio físico quanto digital, bastando que contenham as informações sobre uma pessoa determinada ou determinável⁵⁸.

O segundo requisito, *relacionado*, diagnostica que o dado deve dizer respeito a um indivíduo, estando alinhado a um dos três aspectos, não cumulativos, que podem indicar a ligação a certa pessoa: (i) o conteúdo, tratando-se de hipótese em que a relação entre a pessoa e o dado é direta; (ii) o propósito, que diz respeito às situações nas quais uma informação, a despeito de não ser conectada diretamente com a pessoa, pode ser usada com a finalidade de avaliar, tratar ou influenciar, de certa maneira, o modo de ser de uma pessoa; e (iii) o resultado, como o dado que, ainda que não relacionado direta ou indiretamente a uma pessoa, pode impactar a sua esfera de interesses, atraindo a necessidade de proteção jurídica⁵⁹.

Quanto ao terceiro ponto, *pessoa natural*, não são necessárias maiores digressões. Apesar da existência de leis e doutrinas estrangeiras que suscitavam a proteção dos dados pessoais das pessoas jurídicas (como o *codice della privacy* italiano – decreto legislativo n. 196 de 2003 – e a lei de proteção de dados pessoais uruguaia – Lei 8.331 de 2008), é nítida a existência, hoje, de um certo consenso acerca da incidência da proteção de dados pessoais somente para pessoas naturais.

Por fim, o quarto elemento, identificado na expressão *identificado ou identificável*, destaca-se peça fundamental para a disciplina. O sujeito identificado é aquele que pode ser distinguido dos demais por suas características pessoais. Já o sujeito identificável é aquele que ainda não foi identificado, mas que, potencialmente, o pode ser, por meio da reunião (ou cruzamento) de elementos (dados) suficientes. Esse processo de identificação pode ser direto (consubstanciado em acesso a atributos como nome, data de nascimento, RG ou CPF que, sob determinadas circunstâncias, podem ser combinados com outros elementos para a precisa identificação de uma pessoa), ou indireto (formulados a partir da combinação de elementos extrínsecos que viabilizam o procedimento de individuação⁶⁰ – processo amplamente facilitado a partir da Internet, onde imensurável quantidade de dados

⁵⁸ LIMA, Cintia Rosa Pereira de. Autoridade nacional de proteção de dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados. São Paulo: Almedina, 2020. p. 102.

⁵⁹ LIMA, Cintia Rosa Pereira de. Autoridade nacional de proteção de dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados. São Paulo: Almedina, 2020. p. 103.

⁶⁰ LIMA, Cintia Rosa Pereira de. Autoridade nacional de proteção de dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados. São Paulo: Almedina, 2020. p. 103.

aparentemente isolados são coletados e agregados para a perfeita e profunda individuação do sujeito)⁶¹.

Sob estas bases, assim, de gradativa compreensão teórica da necessidade de proteção jurídica dos dados pessoais⁶² (necessidade de reconhecimento da privacidade para além das ocorrências de intromissões físicas em ambientes íntimos), é que se formulou a teoria da autodeterminação informativa, oriunda, notadamente, do Tribunal Constitucional Alemão⁶³ (Bundesverfassungsgericht, 15 de dezembro de 1983⁶⁴) – uma dimensão do direito

⁶¹ LIMA, Cintia Rosa Pereira de. *Autoridade nacional de proteção de dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 103.

⁶² A proteção de dados pessoais nasce como um direito de defesa perante o Estado, mas passa, com o tempo, a ter um alcance muito maior (CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *A insuficiente proteção de dados pessoais no Brasil*. In **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol 12. Ano 4. 59-67. São Paulo: RT, out-dez. 2017. p. 63).

⁶³ Por meio “da Lei do Censo (Volkszählungsgesetz), de 1983, promulgada em 25 de março de 1982 (BGBl. I, p. 369), ordenou-se o recenseamento geral da população, com dados sobre a profissão, moradia e local de trabalho, para fins estatísticos. O objetivo declarado da lei era reunir, por meio de levantamentos feitos por pesquisadores credenciados, dados sobre o estágio do crescimento populacional, a distribuição espacial da população no território federal, sua composição segundo características demográficas e sociais, assim como também sobre sua atividade econômica. Tais dados sempre foram considerados indispensáveis para quaisquer decisões político-econômicas da União, Estados e municípios. O último censo havia acontecido em 1970. A Lei do Censo de 1983 listava os dados que deveriam ser levantados pelos pesquisadores e determinava quem estava obrigado a fornecer as informações. O § 9 da Lei previa, entre outras, a possibilidade de uma comparação dos dados levantados com os registros públicos e também a transmissão de dados tornados anônimos a repartições públicas federais, estaduais e municipais para determinados fins de execução administrativa. Várias Reclamações Constitucionais foram ajuizadas diretamente contra a lei mediante a alegação de que ela teria violado diretamente alguns direitos fundamentais dos reclamantes, sobretudo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG). O TCF considerou presentes as condições processuais das Reclamações Constitucionais (julgadas conjuntamente), pois os reclamantes teriam sido atingidos, em grande parte, de modo próprio, direto e atual. O pressuposto ‘ser diretamente atingido’ foi, no entanto, relativizado: embora o ato executório fosse o levantamento do dado em si, quando ocorresse, a potencial violação, nesse caso, transformar-se-ia em uma lesão irreversível por excelência, como costuma ocorrer em contextos de levantamento e administração de dados pessoais como o ocorrido no presente caso. No mérito, o TCF julgou as Reclamações Constitucionais só parcialmente procedentes, confirmando a constitucionalidade da lei em geral. Declarou, porém, nulos principalmente os dispositivos sobre a comparação e trocas de dados e sobre a competência de transmissão de dados para fins de execução administrativa” (MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal alemão**: decisões anotadas. Vol. I. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung: KAS, 2016. p. 55).

⁶⁴ Que dispõe: “também o poder do indivíduo, decorrente da ideia de autodeterminação, de decidir, em princípio por si próprio, quando e dentro de que limites fatos pessoais serão revelados [...] Esse poder necessita, sob as condições atuais e futuras do processamento automático de dados, de uma proteção especialmente intensa. Ele está ameaçado, sobretudo porque em processos decisórios não se precisa mais lançar mão, como antigamente, de fichas e pastas compostas manualmente. Hoje, com ajuda do processamento eletrônico de dados, informações detalhadas sobre relações pessoais ou objetivas de uma pessoa determinada ou determinável (dados relativos à pessoa [cf. § 2 I BDSG – Lei Federal de Proteção de Dados Pessoais]) podem ser, do ponto de vista técnico, ilimitadamente armazenadas e consultadas em qualquer momento, a qualquer distância e em segundos. Além disso, podem ser combinadas, sobretudo na estruturação de sistemas de informação integrados, com outros bancos de dados, formando um quadro da personalidade relativamente completo ou quase, sem que a pessoa atingida possa controlar suficientemente sua exatidão e seu uso. Com isso, ampliaram-se, de maneira até então desconhecida, as possibilidades de consulta e influência que podem atuar sobre o comportamento do indivíduo em função da pressão psíquica causada pela participação pública em suas informações privadas” (MARTINS, Leandro. **Tribunal Constitucional Federal Alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. v. 1. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung, 2015. p. 57).

à privacidade⁶⁵ identificada, em linhas gerais, como um direito do titular de conduzir e conhecer o caminho de suas informações pessoais.

Note-se que esta teoria não se preocupa com as segmentações propostas pela teoria dos círculos concêntricos, bastando que haja um dado pessoal para que surja a proteção jurídica para o seu titular. Também, que não há uma efetiva ruptura⁶⁶ com o conceito de privacidade de outras épocas, mas, sim, um reposicionamento do seu centro de gravidade, em função da multiplicidade de interesses envolvidos na circulação e no manuseio de dados pessoais e da sua importância na própria tutela e consolidação da pessoa no contexto atual de comunidade social⁶⁷ e informacional⁶⁸.

Exatamente como ocorrido na fase embrionária de construção deste novo direito, quando seu conteúdo era preenchido como uma resposta a um fenômeno da realidade da época (o que na época favorecia sobremaneira os interesses da elite burguesa contra a imprensa), as noções de privacidade foram sendo atualizadas sob uma nova de perspectiva social, principalmente em atenção à popularização das tecnologias informacionais e facilidades na coleta e manuseio de dados pessoais.

Ilustrando esse cenário, tem-se que, em 2008, o Tribunal Constitucional Federal Alemão atualizou a autodeterminação informativa, sob a ótica da privacidade, a partir do novo direito fundamental à garantia de confidencialidade e integridade dos sistemas técnico-informacionais (*Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*), acentuando a aludida migração das relações sociais e condução da vida do indivíduo para o ambiente técnico-informacional⁶⁹ – sedimentando,

⁶⁵ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 35.

⁶⁶ Não se ignora a existência de doutrinadores, como Bruno Bioni, que apontam a proteção de dados pessoais como um direito autônomo e descolado do direito à privacidade – exatamente como ocorre na legislação Portuguesa, por exemplo. Mas em tais acepções, *data maxima venia*, desconsidera-se a existência de engrenagens jurídicas aptas a dar vazão à necessidade de proteção das informações pessoais. É certo que dados pessoais não se submetem à lógica binária de público e privado, como se comportou a privacidade desde a sua origem, mas, no entanto, a dinamização conceitual, complementada pela necessidade de aferição de violações a partir da leitura dos casos concretos, traz, salvo melhor juízo, um arcabouço normativo constitucional que inaugura e viabiliza a atuação legislativa infraconstitucional para um melhor ajuste desse segmento de proteção da privacidade.

⁶⁷ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 23.

⁶⁸ É informacional porque é caracterizada pela geração, pelo processamento e pela transmissão da informação como fonte de produtividade e poder, haja vista às novas tecnologias (LIMA. Cintia Rosa Pereira de. **Autoridade Nacional de proteção de dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 74).

⁶⁹ LIMBERGER, Têmis. Informação em rede: comparação da Lei brasileira de proteção de dados pessoais e o regulamento geral de proteção de dados europeu. In MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti [coord]. **Direito Digital, Direito Privado e Internet**. Indaiatuba: Ed. Foco, 2019. p. 259.

assim, as compreensões da *privacy*, como uma dinamização do conceito clássico da privacidade.

Na oportunidade, o TCA reiterou o direito fundamental de defesa do indivíduo contra intromissão estatal indevida em uma chamada esfera de intimidade digital. A proteção se estenderia aos dados e informações pessoais salvas em sistemas de informação, que não poderiam ser acessados ou alterados pelo Estado, proibindo, desse modo, uma vigilância massiva e preventiva de computadores para investigação criminal. Uma exceção a esse direito seria reportada apenas em casos de perigo concreto para proteção de bens jurídicos relevantes, como o corpo, a vida ou a liberdade da pessoa⁷⁰. A decisão, ainda que direcionada rigorosamente aos entes públicos, inaugurou uma nova compreensão⁷¹ do resguardo em ambientes de alta coleta e fluxo de dados pessoais, alcançando paulatinamente, também, o setor privado.

É importante, nesse contexto, estabelecer um breve contraponto. É sabida a existência de inúmeros doutrinadores apontando para o descolamento da proteção de dados pessoais em relação à privacidade⁷². Giusella Finocchiaro⁷³, de forma bastante minuciosa, salienta que a privacidade, em sua acepção clássica, desenvolve-se a partir da tradicional distinção entre *jus publicum* e *jus privatum*⁷⁴, agasalhando, em seu manto protetivo, apenas elementos integrantes da vida privada do sujeito. Os dados pessoais, portanto, muitas das vezes públicos – ou potencialmente públicos –, não atrairiam a incidência deste instituto jurídico a despeito de, muitas vezes, servirem de matéria-prima para sensíveis violações reflexas à privacidade e outros atributos da personalidade.

Opina-se, no entanto, que o reconhecimento da proteção de dados pessoais, como já diagnosticado pela Corte Constitucional Alemã, em 1983, ainda que como um direito autônomo – e, portanto, dotado de especificidades próprias –, se desenvolveria a partir do

⁷⁰ GASIOLA, Gustavo Gil. Criação e desenvolvimento da proteção de dados na Alemanha: a tensão entre a demanda estatal por informações e os limites jurídicos impostos. **JOTA**. *Online*. 29.05.2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/criacao-e-desenvolvimento-da-protecao-de-dados-na-alemanha-29052019>. Acesso em: 17 dez. 2020.

⁷¹ A primeira legislação a tratar da proteção de dados pessoais foi a *Hessischer Datenschutzgesetz*, do estado de Hesse, na Alemanha Ocidental, de 1970, constituindo-se como uma das precursoras para a nova compreensão introduzida pela Corte Constitucional Alemã.

⁷² Até mesmo a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 07 de dezembro de 2000, revela, em seu preâmbulo, a necessidade de dar à proteção de dados pessoais um artigo próprio.

⁷³ FINOCCHIARO, Giusella. **Privacy e protezione dei dati personali**: disciplina e strumenti operativi. Bologna: Zanichelli, 2012. p. 36.

⁷⁴ Sobre este tema: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. **Direito Civil Contemporâneo**: Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

processo de flexibilização e dinamização da *privacidade*⁷⁵. Como salientado por Stefano Rodotà:

Altera-se, assim, profundamente, a noção sociopolítica da privacidade, que se projeta bem além da esfera privada, para se tornar elemento constitutivo da cidadania. E a sua definição, por muito tempo ligada unicamente ao “direito de estar só”, dilata-se e volta-se para a direção da ideia de uma tutela global das escolhas de vida contra qualquer forma de controle e de estigmatização social, em um quadro caracterizado pela liberdade das escolhas existenciais e políticas⁷⁶.

Que complementa:

[...] A distinção entre o direito ao respeito da vida privada e familiar e o direito à proteção dos dados pessoais não é bizantina. O direito ao respeito da vida privada e familiar reflete, primeira e principalmente, um componente individualista: este poder basicamente consiste em impedir a interferência na vida privada e familiar de uma pessoa. Em outras palavras, é um tipo de proteção estático, negativo. Contrariamente, a proteção de dados estabelece regras sobre os mecanismos de processamento de dados e estabelece a legitimidade para a tomada de medidas – i.e. é um tipo de proteção dinâmico, que segue o dado em todos os seus movimentos. [...] É de fato o fim da linha de um longo processo evolutivo experimentado pelo conceito de privacidade – de uma definição original como o direito de ser deixado em paz, até o direito de controle sobre as informações de alguém e determinar como a esfera privada deve ser construída⁷⁷.

Não se advoga, aqui, pela desnecessidade de confortar a proteção de dados pessoais em uma disciplina específica e adequada à sua natureza, mas, para o presente trabalho, refuta-se a necessidade de criação de um direito fundamental autônomo, apartado do direito à privacidade. Os danos causados pelo mal uso de dados pessoais divergem sobremaneira dos prejuízos causados pela violação à privacidade em sua acepção clássica, mas, mesmo nessas ocasiões, originam-se e se conectam⁷⁸ à invasão e captura de informações pertencentes a algum aspecto da personalidade do sujeito.

⁷⁵ O conceito de privacidade “embora redefinido pelo novo contexto, passa-se à noção mais completa de “proteção de dados”, a qual extrapola os problemas ligados à tutela da intimidade individual, estabelecendo um outro critério de base para a legalidade da ação pública” (RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje**. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 44).

⁷⁶ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje**. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 129.

⁷⁷ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje**. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 17.

⁷⁸ Em que pese existirem diferenças conceituais, a proteção jurídica do direito à privacidade conecta-se com o direito à inviolabilidade dos dados pessoais (FORTES, Vinicius Borges. **O direito fundamental à privacidade**: uma proposta conceitual para a regulamentação da proteção de dados pessoais na internet no Brasil. 2016. 225 f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2015. p. 45).

Sublinhe-se que com esta reformulação teórica (a partir da extração da autodeterminação informativa do seu núcleo, sobretudo), o direito à privacidade passou a caminhar em direção a um aspecto positivo, identificado como o direito a pedir prestações concretas do Estado. Daí resultam a objetividade dos dados, o direito ao esquecimento, a necessidade de prazo para armazenamento de informações negativas e a comunicação de repasse de dados, a fim de favorecer o direito de acesso e retificação da informação – temáticas que oportunamente serão abordadas nos capítulos subsequentes⁷⁹.

É nesse sentido que se pode afirmar que o século passado vivenciou um processo inexorável de reinvenção da privacidade⁸⁰, ainda que tenha falhado no alcance do seu denominador conceitual comum (o que exatamente seria privado?). Principalmente a partir da constante interferência dos novos métodos de vigilância, coleta e tratamento de dados pessoais por dispositivos eletrônicos⁸¹, de consolidação de uma virtualidade da sociedade em ambientes eletrônicos, a privacidade foi remodelada e assumiu seu estatuto mutável, fluido e plástico, apto a agasalhar a segurança digital dentro de seu manto protetivo.

As teorias originariamente consolidadas – e todo o debate construído – foram, por certo, importantes e úteis para sofisticar o direito à privacidade, dissociando-o de outros não convergentes, “mas a refinação da definição somente pode ser trazida pela capacidade humana, diante do caso concreto” e em um dado momento. Isto porque, apenas “com a caracterização é que se pode, afinal, trazer tutela integral ao direito à vida privada”⁸² em uma contemporaneidade dinâmica, transfronteiriça e fluida.

Se, no seu percurso histórico, como visto no tópico antecedente, a privacidade falhou em encontrar o seu denominador comum (seu conceito preciso), é certo que o trabalho doutrinário, construído a partir de inúmeras teorias, também experimentou insucesso nesta empreitada, mas garantiu um elastecimento daquilo que a proteção jurídica deveria alcançar. Tem-se aqui a segunda premissa deste capítulo: o conteúdo da privacidade é preenchido a

⁷⁹ LIMBERGER, Têmis. **Direito à intimidade na era da informática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 40.

⁸⁰ [...] “não é possível considerar os problemas da privacidade somente por meio de um pêndulo entre “recolhimento” e “divulgação”; entre o homem prisioneiro de seus segredos e o homem que nada tem a esconder; entre a “casa-fortaleza, que glorifica a privacidade e favorece o egocentrismo, e a ‘casa-vitrine’, que privilegia as trocas sociais; e assim por diante” (RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje**. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 25).

⁸¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. **Direito Civil Contemporâneo**: Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 120.

⁸² ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 53.

partir do diálogo com a realidade social, política e econômica de um dado momento, cultura e indivíduo. Teorias doutrinárias e jurisprudenciais justificaram a existência científica deste direito, seduzindo o Poder Legislativo para sua positivação, mas o alcance de uma definição comum, estática, não foi possível obter – e isto foi imprescindível para que a proteção de dados pessoais pudesse ser consolidada e reconhecida no Brasil, como se verá adiante.

Gradativamente, a privacidade passou a ser compreendida de maneira mais abrangente e integradora, na ótica relacional de “pessoa-informação-circulação-controle”⁸³. Essa noção reconhece, dentre outras acepções, que a proteção cega à esfera privada⁸⁴, como pressuposto de proteção da individualidade, do recato, do resguardo de informações e do isolamento moral⁸⁵, reproduz uma espécie de *direito dos egoísmos privados*, já não condizente com a própria concepção contemporânea da personalidade⁸⁶, uma vez que ser pessoa está intrinsecamente ligado à “convivência e sociedade”⁸⁷.

1.2.1 Disciplina jurídica da privacidade e a interpretação no ordenamento pátrio

Superada a demonstração de dinamização do conteúdo agasalhado pelo direito à privacidade, que alcançou a proteção de dados pessoais, cabe identificar como se comporta o ordenamento jurídico pátrio em sua disciplina e, também, se houve espaço para a referida flexibilização dentro do contexto jurisprudencial brasileiro.

Antes da Constituição de 1988, a intimidade e a vida privada não encontravam, essencialmente, abrigo normativo. A Constituição do Império, de 1824; a da República, de 1891; ambas as da era Vargas, de 1934 e 1937; e a de 1946 abordavam apenas a inviolabilidade do domicílio – um clássico embrião normativo para o desenvolvimento das

⁸³ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 23.

⁸⁴ Quando a intimidade é mencionada, não se quer dizer que o homem fique reduzido à solidão em seu grau absoluto, mas àquela solidão salientada por Ferrater Mora, no sentido que a intimidade não pode ser equivalente à pura e simples solidão, mas no sentido emprestado por Santo Agostinho, consistente em que, voltar-se para si mesmo não significa autossuficiência, o bastar-se em si mesmo. Pelo contrário, quando o homem transcende a sua própria pessoa, está ligando a intimidade com outras. Bem por isso, o sentido mais comum da intimidade é o que se refere à intimidade de duas ou mais pessoas. Por conseguinte, a intimidade não é apenas subjetividade, mas intersubjetividade. (SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. São Paulo: Lejus, 1999. p. 406).

⁸⁵ COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 28.

⁸⁶ GEDIEL, José Antonio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Proteção jurídica de dados pessoais: a intimidade situada entre o Estado e o mercado. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 7, p. 141-152, 2008. p. 142.

⁸⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Teoria Geral do Direito Civil**. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1995. p. 121.

noções do *direito a ser deixado só*. Nas Cartas de 1967 e 1969, além da proteção do domicílio, é inserta a garantia de sigilo da correspondência e de comunicações telegráficas.⁸⁸

Propriamente, assim, o direito à privacidade somente toma forma, no direito brasileiro, com a promulgação da Constituição de 1988 que, em seu art. 5º, X⁸⁹, prevê: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. O inciso XII do mesmo dispositivo complementa: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”⁹⁰.

A partir da dicção do dispositivo da Constituição Federal é possível inferir a existência de dois direitos autônomos, identificados pelos vocábulos “vida privada” e “intimidade”. Alexandre de Moraes, no exercício de distinção dos termos alocados na Carta Maior, sustenta que “os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que se encontra no âmbito de incidência do segundo”⁹¹.

Essa segmentação, que povoa inúmeros manuais doutrinários⁹², é bastante similar aos recortes propostos pela teoria dos círculos concêntricos, na qual, como visto, há uma distinção entre níveis de interferência no âmago de resguardo. Todavia, a despeito de ser irretocável a compreensão de que cada vocábulo expresso nos textos normativos tenha significado e significância própria (traduzida pela clássica expressão *verba cum effectum sunt accipienda*), é certo que apontar a dessemelhança entre intimidade e vida privada é um exercício complexo, na medida em que condicionada aos variados ambientes culturais e às mutações ocorridas no tempo, razão porque, geralmente, estas expressões estão conjugadas⁹³. A distinção, ao fim, padece até mesmo de um certo esvaziamento prático, vez

⁸⁸ LOBO, Paulo. **Direito Civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 152.

⁸⁹ BRASIL. [CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988]. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Capítulo I. Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 dez. 2020.

⁹⁰ BRASIL. [CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988]. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Capítulo I. Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 dez. 2020.

⁹¹ MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada**, São Paulo: Atlas, 2006. p. 225.

⁹² Cite-se, nesse sentido: Bruno Miragem (**Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 193); José Afonso da Silva (**Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 210); Antonio Jeová Santos (**Dano Moral Indenizável**. São Paulo: Lejus, 1999. p. 406). José Adércio Sampaio (**Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Delrey, 1998. p. 273).

⁹³ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 112.

que ausente qualquer repercussão jurídica própria para cada um dos supostos direitos assegurados – ambos direitos desaguam nas raias da responsabilidade civil e do direito das obrigações, e, por vezes, nos campos do direito penal, havendo diferenciação, eventualmente, somente no tocante à intensidade do dano ou reprovabilidade da conduta do infrator.

Utilizar o termo “privacidade”, como bem apontou Danilo Doneda em sua obra, parece ser a opção mais razoável e apta a unificar os valores expressos pela intimidade e vida privada. O “termo é específico o suficiente para distinguir-se de outras locuções com os quais deve medir-se, como imagem, honra ou identidade pessoal; e também é claro o bastante para especificar seu conteúdo, um efeito da sua utilidade”⁹⁴.

Assim, a privacidade – nomenclatura escolhida – engloba, no direito brasileiro, todas as formas (ou intensidades) de intrusão inoportuna e ilícita no espectro de resguardo, devendo ser diagnosticada como um modo de ser da pessoa que, em linhas gerais, permite a exclusão do conhecimento, por parte de terceiros, daquilo que se refere ao próprio sujeito. À pessoa, nesse contexto, assegura-se não só a sua forma física, mas também a sua voz e, além disto, todos os acontecimentos e o desenvolvimento da sua vida⁹⁵, seja pela ótica física ou digital.

Como direito autônomo e independente que é, a legislação infraconstitucional dele tratou no artigo 21, do diploma civil, dispondo que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”⁹⁶.

A disciplina trazida pelo legislador ordinário, como se vê, cinge-se a reiterar⁹⁷ os termos dispostos no texto constitucional⁹⁸, demonstrando uma certa indiferença às discussões acerca do elastecimento do direito à privacidade que já povoavam a doutrina estrangeira ao tempo da promulgação do Código Civil de 2002 (rememore-se, aqui, que a Corte Constitucional Alemã, já em 1983, reconheceria a existência da proteção dos dados pessoais do cidadão, a partir das noções do direito à autodeterminação informativa. De modo

⁹⁴ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 112.

⁹⁵ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romada, 2004. p. 155.

⁹⁶ BRASIL. [CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 17 dez. 2020.

⁹⁷ Para Anderson Schreiber, o tratamento dado pelo Código Civil sobre a matéria é inadequado. Isso porque nada acrescentou ao texto constitucional, demonstrando indiferente à evolução do substrato da privacidade. (SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 136).

⁹⁸ MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros *et al.* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira [coord.]. **Comentários ao novo código civil**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 258.

mais abrangente, na Europa, em 1995, surgiria a diretiva 95/45/EC do Parlamento Europeu, um dos embriões normativos que influenciou na elaboração da *General Data Protection Regulation*, de 2018).

Em razão desta omissão legal, cabe indagar se, no Brasil, a garantia estampada no art. 5º, X da Constituição Federal e no 21 do Código Civil contemplaria, a partir de uma atualização hermenêutica jurisprudencial e doutrinária (como ocorrida em outros países), o direito à proteção dos dados pessoais. A resposta, sugere-se, é afirmativa, como se pode extrair de alguns julgados abaixo colacionados.

Em primeiro, já nos idos de 1991, o Supremo Tribunal Federal, debatendo acerca da possibilidade de se pleitear judicialmente, sem prévio pedido administrativo, as informações pessoais constantes nos bancos de dados do extinto Serviço Nacional de Informações (SNI), indicaria o embrião de assimilação da proteção de dados pessoais com a proteção da vida privada. Em verdade, tanto no voto do Min. Sepúlveda Pertence, que decidiu pelo provimento do recurso, com o reconhecimento da desnecessidade de prévio pedido administrativo, quanto no voto divergente, do Min. Celso de Mello, é possível associar o *habeas data* aos direitos da personalidade, ao direito à intimidade e à esfera de autonomia individual. Sublinhem-se trechos da discussão havida, estampada no voto discordante:

Discute-se nesta sede recursal, em face do novo ordenamento constitucional, a questão referente à “disclosure of the information”, e a consequente acessibilidade dos registros, informáticos ou não, existentes no extinto Serviço Nacional de Informações. Esse tema tem suscitado grande discussão, especialmente porque envolve um dos aspectos mais expressivos da tutela jurídica dos direitos da personalidade. A garantia de acesso a informações de caráter pessoal, registradas em órgãos do estado, constitui um natural consectário do dever estatal de respeitar a esfera de autonomia individual, que torna imperativa a proteção da intimidade.⁹⁹

Por meio da análise dos votos e da ementa do acórdão em questão, extrai-se que “o Tribunal associou o *habeas data* tanto a um direito material à privacidade como também a uma ordem democrática transparente, cujo poder não se deve ocultar”¹⁰⁰. É interessante constatar, aqui, a semelhança dos elementos metajurídicos que permearam o surgimento do direito à proteção de dados pessoais no Brasil, na Europa e nos Estados Unidos, na medida

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Serviço de Jurisprudência. DJ 01/09/95. **RHD 22/DF**. Voto Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=362613>. Acesso em: 17 dez. 2020.

¹⁰⁰ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 128.

em que, nos três cenários, a preocupação nuclear derivou da necessidade de defesa do cidadão contra abusos de monitoramento estatal e, somente mais tarde, espalhou-se para a regulação das relações privadas.

Em segundo, tem-se o acórdão proferido no Recurso Especial n. 22.337, de 1995, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que, ao interpretar o artigo 43 do CDC, acabou por imprimir uma nova roupagem ao direito à privacidade dos consumidores. Em seu núcleo, a discussão judicial repousou na possibilidade, ou não, de manutenção da inscrição de nomes nos registros do Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) por período superior a 5 anos (pelo período de prescrição da dívida que originou a cobrança, por exemplo). Após exaustivo debate, reconheceu a Corte Superior, de forma irretocável, pela impossibilidade de expansão do período da negativação nos registros de proteção ao crédito. O acórdão denota, com minúcias, a aproximação da proteção de dados pessoais dos contornos propostos pelo direito à privacidade. Veja-se:

A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído em uma das preocupações do Estado moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, permite o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita à sua intimidade; ao mesmo tempo, o cidadão objeto dessa indiscriminada colheita de informações, muitas vezes, sequer sabe da existência de tal atividade, ou não dispõe de eficazes meios para conhecer o seu resultado, retificá-lo ou cancelá-lo. E assim como o conjunto dessas informações pode ser usado para fins lícitos, públicos ou privados, na prevenção ou repressão de delitos, ou habilitando o particular a celebrar contratos com plenos conhecimentos de causa, também pode servir, ao Estado ou ao particular para alcançar fins contrários à moral ou ao direito [...] (REsp 22.337-9/RS)¹⁰¹

É importante apontar que, no julgado assinalado, “o Min. Ruy Rosado amplia sua análise para os riscos de processamento de dados pessoais em uma forma geral”¹⁰² – e não apenas sob a ótica da proteção ao crédito. Ao se aprofundar na vulnerabilidade do consumidor, o julgado acaba por “evidenciar as características do novo direito à privacidade, necessárias para fazer frente aos desafios da sociedade atual”¹⁰³, de onde, em síntese, depreende-se:

- (i) Dever de transparência na coleta e processamento dos dados;

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 22.337-9/RS**. Relator: ministro Ruy Rosado de Aguiar. DJ 20/03/1995.

¹⁰² MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 132.

¹⁰³ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 132.

- (ii) Conhecimento e acesso do titular aos dados;
- (iii) Possibilidade de exclusão e correção das informações coletadas.

Em terceiro, cite-se o acórdão resultante do julgamento do Recurso Especial n. 1.168.547/RJ. Em linhas gerais, o Tribunal analisou a utilização indevida da imagem de um consumidor em uma página da Internet. O caso, a despeito de não se relacionar propriamente com o fluxo de dados pessoais, teve, em seu voto condutor, uma importante constatação de evolução da hermenêutica do conceito de privacidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Frise-se:

Contudo, com o desenvolvimento da tecnologia passamos a ter um novo conceito de privacidade que corresponde ao direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações, ou seja, o consentimento do interessado é o ponto de referência de todo o sistema de tutela da privacidade.¹⁰⁴

Já mais recentemente, tem-se o julgamento proferido no Recurso Especial n. 1.630.659/DF, de 6 de dezembro de 2018, de relatoria da ministra Nancy Andrighi. Nele, a Corte Superior conclui, expressamente, a autodeterminação informativa como um corolário, de matriz constitucional, da privacidade. Sublinhe-se:

Os direitos à intimidade e à proteção à vida privada, diretamente relacionados à utilização de dados pessoais por bancos de dados de proteção ao crédito, consagram o direito à autodeterminação informativa e encontram guarida no art. 5º, X da Carta Magna, que deve ser aplicado nas relações entre particulares por força da eficácia horizontal e privilegiado por imposição do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.¹⁰⁵

Interessante ressaltar, aqui, que a mesma Corte Superior, que, em inúmeros casos, reconheceria o direito dos indivíduos de controlar o trânsito das informações pessoais, em 2010 – em um cenário de amplo uso das tecnologias e coleta e processamento de dados –, compreenderia, ao julgar uma demanda indenizatória acerca do envio de *spam* de conteúdo erótico, que “deter a internet é complicado”¹⁰⁶ e que o mero uso dos dados pessoais para encaminhamento da publicidade digital não poderia constituir um ilícito punível.

No caso em comento, o consumidor já havia solicitado a sua exclusão da lista de envio de *spam* e, mesmo assim, continuou a recebê-los em sua caixa de mensagens,

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.168.547/RJ**. Relator: ministro Luis Felipe Salomão. J. 17/05/2010.

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.630.889/DF**. Relator: ministra Nancy Andrighi. J. 11/09/2018.

¹⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 844.736/DF**. Relator: ministro Luis Felipe Salomão. J. 27/10/2009.

constituindo a conduta da ré, como bem apontado pelo voto vencido do Min. Luis Felipe Salomão, violação ao seu direito de estar só, pois teria havido “intromissão na vida alheia, perturbando a paz e a intimidade da pessoa”¹⁰⁷. O voto vencedor, no entanto, em sentido diametralmente oposto, reconheceria a inexistência de um regramento específico que assegurasse a proteção do consumidor com relação ao direcionamento de *spam* indesejado¹⁰⁸, não compreendendo que a discussão estaria ao abrigo da tutela da privacidade, ante a mera existência de acesso ao endereço de e-mail do titular.

Contudo, apesar da aparente retração jurisprudencial disposta no último julgado, ele próprio está debruçado sobre a disciplina da privacidade, demonstrando a estreita ligação existente entre o uso de informações pessoais e a invasão do âmbito de resguardo.

Já sob um enfoque doutrinário, o enunciado 404 da Jornada de Direito Civil dispõe: “a tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas”.

Esse percurso socorre-se, em muito, no desenvolvimento de uma construção doutrinária de identificação de uma cláusula geral de personalidade, que, sem beber em fonte constitucional, reconhece a autonomia epistemológica do Direito privado para a solução da mutabilidade do espaço de proteção jurídica dos direitos da personalidade. Dito de outro modo, “o direito geral de personalidade deve ser concebido como um direito de autodeterminação ético-existencial, que não pode ser restringido, no seu conteúdo de dignidade humana, por intermédio da autodeterminação ético-política da comunidade”¹⁰⁹. E, por isto: “A consagração de um direito geral de personalidade é decisiva para a atribuição

¹⁰⁷ BARBOSA, Fernanda Nunes. Informação e consumo. In MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti [coord]. **Direito Digital, Direito Privado e Internet**. Indaiatuba: Ed. Foco, 2019. p. 359.

¹⁰⁸ A proteção de dados pessoais é um direito autônomo em relação à intimidade ou privacidade, nos países europeus, veja-se o Tratado de Lisboa, artigo 16-B, que ratificou a Carta de Nice, contemplando o direito fundamental à proteção dos dados em caráter autônomo à intimidade¹⁰⁸ (LIMBERGER, Têmis. Informação em rede: comparação da Lei brasileira de proteção de dados pessoais e o regulamento geral de proteção de dados europeu. In MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti [coord]. **Direito Digital, Direito Privado e Internet**. Indaiatuba: Ed. Foco, 2019. p. 259).

¹⁰⁹ MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio; FRUET, Gustavo. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 31.

de uma tutela geral da personalidade ao Direito privado e realça a dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais até mesmo em relação aos bens tutelados”¹¹⁰.

Em outro vértice, sob uma feição axiológica, em um pressuposto civil-constitucional, tem-se a construção das noções de um direito geral de personalidade¹¹¹, influenciado pela dogmática alemã e consolidado no enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil¹¹². No Brasil, parcela da doutrina¹¹³ entende que seu sustentáculo seria o art. 1º, inciso III da Constituição Federal, isto é, a dignidade da pessoa humana – o que permite a atribuição de um direito subjetivo, abstrato, que garanta ao seu titular exigir, *erga omnes*, uma conduta normativa positiva ou negativa. Noutras palavras:

[...] os tipos previstos na Constituição e legislação civil são apenas enunciativos, não esgotando as situações suscetíveis à tutela jurídica da personalidade. O tipo, conquanto menos abstrato que o conceito, é dotado de certa abstração, pois se encontra em plano menos concreto que os fatos da vida. Os fatos concretos, que ocorrem na vida, para serem enquadrados em determinado tipo, necessitam de reconhecimento social, de certa tipicidade social. Desse modo, são apreensíveis pelo interprete, reduzindo o juízo de valor subjetivo. Assim, além dos tipos de direitos da personalidade já positivados na Constituição e legislação civil, os tipos socialmente reconhecidos são aferíveis a partir de sua compatibilidade com o princípio da pessoa humana, fonte determinante de todos.¹¹⁴

Não se pode ignorar, neste sentido, apesar da aceitação de grande parcela da doutrina, que esta vertente civil-constitucional, alicerçada na dignidade humana, traz um certo barateamento da importância das normas constitucionais – que passam a ser chamadas a complementar todo e qualquer conflito. A partir da banalização do emprego da dignidade humana¹¹⁵ como reforço argumentativo, esvazia-se o seu conteúdo. “Se tudo é fundado na

¹¹⁰ MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio; FRUET, Gustavo. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 31.

¹¹¹ MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade**. Tese apresentada à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. RT 532, fevereiro de 1980. p. 288 Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8833/6143>. Acesso em: 17 dez. 2020.

¹¹² “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição Federal”.

¹¹³ Nesse sentido, é interessante destacar que a defesa de uma cláusula geral de personalidade, sobretudo quando vinculada à categoria dos direitos fundamentais, não encontra aceitação uníssona na doutrina. Maurício Mazur, com propriedade, compreende que, diferentemente do contexto alemão, as engrenagens do direito civil brasileiro devem dar respostas à complexidade de novas violações à personalidade humana, sem a necessidade de se socorrer aos princípios constitucionais que, sob sua visão, não são aplicáveis às relações privadas (MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio; FRUET, Gustavo. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 30).

¹¹⁴ LOBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 144.

¹¹⁵ “A transformação da ‘conspícua dignidade humana’ em um tropo retórico, esvaziando-se de sentido, utilidade prática e credibilidade conceitual” (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito Civil*

dignidade humana, nada, afinal, o será”¹¹⁶. A privacidade, e as normas que seguiram versando sobre o contexto digital e bancos de dados, possuem aptidão, por si só, de disciplinar a proteção de dados pessoais, não há necessidade de recurso à constituição federal.

Por derradeiro, independentemente da opção escolhida, é possível observar que os direitos da personalidade (e sobretudo a privacidade) acompanham a evolução social, ampliando – e por vezes restringindo – o bem jurídico protegido, de acordo com a concepção de sociedade envolvida e surgimento de novas espécies de danos. Depreende-se, ademais, especificamente com relação à privacidade, que o caminho percorrido pela ciência jurídica no Brasil, acompanhou, ainda que com retardo – e alguma desídia –, a tendência internacional de extrair a proteção dos dados pessoais do seu núcleo – o que forma a terceira premissa deste capítulo. Esta afirmação pode ser confirmada, inclusive, por meio de uma breve leitura das novas legislações que regularam o ambiente digital, como o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados, onde a privacidade assumiu um papel de protagonismo, a partir de mecanismos que asseguram um maior controle do titular sobre seus dados pessoais.

1.3 FRAGMENTOS DA RELATIVIZAÇÃO DE UMA EXPRESSÃO DA PERSONALIDADE: MONETIZAÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E DESAFIOS JURÍDICOS

1.3.1 O contexto de datificação do indivíduo: a construção de um mercado de circulação de dados pessoais

Se, por um lado, o direito à proteção de dados de pessoais foi abrigado pelo conteúdo do direito à privacidade, por outro, os danos que sua violação gera, e a forma como é encarado pelo contexto social e mercadológico atual, são substancialmente diferentes – o que acaba indicando uma possível insuficiência no uso das ferramentas jurídicas usuais de proteção à privacidade para coibir abusos referentes ao uso e gerenciamento de dados pessoais.

Contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 18.

¹¹⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de Civil Law**. Meritum, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13.52, jul./dez 2010. p. 42.

Enquanto os exemplos mais frisantes e expressivos de violação à privacidade em sua acepção clássica (ou seja, interferências físicas em espaços de resguardo) estão entrincheirados nas atividades dos veículos de comunicação, as violações à proteção de dados pessoais e respectivos danos se espalham, em razão das suas peculiaridades, para raias muito mais extensas, coletivas, distantes da mera colisão com um atributo da personalidade do indivíduo. São situações e danos sistêmicos, alicerçados em pretensões econômicas expressivas¹¹⁷, que exigem, por isso, uma abordagem diferenciada.

Explica-se. O uso e manipulação dos dados pessoais assumiu, nas últimas décadas, uma faceta altamente rentável, alterando substancialmente o espaço da privacidade dentro do contexto mercadológico. Para atingir tanto a diferenciação do atendimento, “quanto a diferenciação do marketing, fez-se necessária a coleta massiva de informações sobre os consumidores, seus hábitos e comportamentos”¹¹⁸. É a máxima da expressão do capitalismo de vigilância, baseado na mais-valia comportamental¹¹⁹.

Alguns exemplos evidenciam a alta rentabilidade desse mercado. O *Facebook*, cujo grande negócio é a venda e formatação de publicidade digital, alcançou, em 2011, uma receita global por usuário de 4,34 dólares. A *Experian*, que realiza a gestão de gigantescos bancos de dados para extrair informações de crédito, obteve 6,42 dólares por registro de usuários no mesmo período¹²⁰. Recentemente, inclusive, ambas as empresas, cientes do seu alto capital informacional, estabeleceram uma parceria para permitir a segmentação dos posts patrocinados a partir da renda do consumidor. Dessa forma, o setor privado, além de conhecer características fisiológicas e comportamentais, passa também a determinar qual consumidor, a partir da sua renda mensal, é atrativo para determinada marca¹²¹ ou segmento.

A italiana Benetton não produz roupas. Sua atividade está pautada em processar informações, tendências do mercado de moda, e transmiti-las para empresas do sudeste

¹¹⁷ GEDIEL, José Antonio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Proteção jurídica de dados pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o mercado. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 7, p. 141-153, 2008. p. 141.

¹¹⁸ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 89.

¹¹⁹ LOBO, Paulo. *Direito à privacidade e sua autolimitação*. Disponível em: https://www.academia.edu/38894562/DIREITO_A_PRIVACIDADE_E_SUA_AUTOLIMITAÇÃO. Acesso em: 19 dez. 2020.

¹²⁰ SILVEIRA, Sérgio Amadeu; AVELINO, Rodolfo; SOUZA, Joyce. A privacidade e o mercado de dados pessoais. *Liinc em Revista*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 217-230, novembro 2016. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/3719/3138>. Acesso em: 19 dez. 2020. p. 222.

¹²¹ SILVEIRA, Sérgio Amadeu; AVELINO, Rodolfo; SOUZA, Joyce. A privacidade e o mercado de dados pessoais. *Liinc em Revista*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 217-230, novembro 2016. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/3719/3138>. Acesso em: 19 dez. 2020. p. 226.

asiático ou leste europeu, que ficam responsáveis pela produção fabril.¹²² A Zara, multinacional do segmento de vestuário, de igual modo, ampara-se essencialmente, para formatação de suas estratégias de logística e marketing, no gerenciamento dos dados pessoais. Em síntese, os lojistas locais registram os dados de vendas, compartilhando-os com o centro de criação em La Coruña. A partir das informações lá dispostas, a empresa consegue concluir quais itens possuem melhor aceitação no mercado, sendo (re)projetados com base no padrão de consumo constatado.¹²³

A própria aquisição do *Whatsapp* pelo *Facebook*, no ano de 2014, que alcançou, aproximadamente, 19 bilhões de dólares, ilustra essa expressiva importância da captação dos dados pessoais para o ambiente econômico. A venda foi objeto de investigação na *Federal Trade Commission*, órgão regulador americano, para que se apurasse se os dados coletados por meio do aplicativo não seriam objeto de alimentação de estratégias de marketing de parceiros comerciais dos mais variados ramos¹²⁴.

Observa-se, aqui, uma convergência entre a sociedade da informação e a sociedade de consumo, na qual os dados coletados garantem a geração de valor competitivo às empresas, como (i) alta previsibilidade e mitigação de riscos; e (ii) diferenciação estratégica de produtos, serviços e publicidade¹²⁵.

Para extração desse valor, é possível recortar o mercado de dados pessoais em algumas camadas: coleta e processamento, análise e formação de amostras e modulação. Tais camadas articulam-se e dialogam, em maior ou menor grau, dependendo da organização, do tempo e da pretensão das empresas inseridas em um determinado nicho¹²⁶.

(i) Coleta e organização

No tocante à coleta, são inúmeras as formas de construção de um robusto banco de dados para as empresas. A primeira delas são as próprias transações comerciais realizadas, que garantem acesso aos cadastros dos consumidores no momento de aquisição de um

¹²² BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Forense: Rio de Janeiro, 2019. p. 11.

¹²³ BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Forense: Rio de Janeiro, 2019. p. 11.

¹²⁴ CANALTECH. Aquisição do WhatsApp pelo Facebook é aprovada pelo FTC. Disponível em: <https://canaltech.com.br/redes-sociais/Aquisicao-do-WhatsApp-pelo-Facebook-e-aprovada-pela-FTC/>. Acesso em: 19 dez. 2020.

¹²⁵ SCHEWNKE, Mathias. Individualierung und Datenschutz. Wiesbaden: Deutscher Universitäts-Verlag, 2006, p. 58. *Apud* MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 89.

¹²⁶ SILVEIRA, Sérgio Amadeu; AVELINO, Rodolfo; SOUZA, Joyce. A privacidade e o mercado de dados pessoais. **Liinc em Revista**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 217-230, novembro 2016. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/3719/3138>. Acesso em: 19 dez. 2020.

produto ou serviço. Nesses registros, costuma-se obter, além de dados triviais de identificação, algumas informações relativas aos seus hábitos de consumo, que viabilizam a posterior oferta de bens específicos alinhados às características e desejos singulares do indivíduo.¹²⁷

A AMEX, empresa americana que oferta serviços financeiros e de viagens, já nos idos de 1993¹²⁸, ostentava um robusto cadastro de dados de consumidores, contendo cerca de trinta e três milhões de nomes nacionais e estrangeiros e, ainda, informações dos seus hábitos de viagens, como locais de destino, locais de alimentação e itens adquiridos¹²⁹.

Outra antiga forma de coleta de dados é a realização de censos e registros públicos, geralmente conduzidos pelo poder público. Daniel Solove afirma que, na década de 70, o governo americano comercializava fitas magnéticas com inúmeros dados do censo, que contavam com informações referentes à etnia, renda, raça, localização e gênero¹³⁰. A partir dessas informações, as empresas passavam a formatar estratégias de mapeamento demográfico dos cidadãos – classificando indivíduos em estereótipos, por vezes, recheados de conteúdo discriminatório¹³¹.

As pesquisas de mercado e estilo de vida, também, por muitos anos representaram uma importante forma de coleta de informações dos consumidores. Tratava-se de questionários, por vezes construídos a partir de perguntas aparentemente inofensivas, mas minuciosamente formatadas para fornecer um perfil adequado, mais ou menos preciso, sobre o mercado alvo daquela determinada marca. Sorteios e concursos, igualmente, constituíram-se por um tempo como um modo atrativo e eficaz de coletar e atualizar dados dos indivíduos. A empresa *Reader's Digest*, mundialmente conhecida por publicar revistas mensais (no Brasil, nomeada *Revista Seleções*), promoveu, durante muitos anos, sorteios de prêmios com o único objetivo de coletar informações para a estruturação de suas estratégias de marketing

¹²⁷ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 97.

¹²⁸ Outro caso ilustrativo deste cenário foi a descoberta, nos idos de 1992, de um enorme comércio de dados pessoais na Espanha, onde empresas, aproveitando-se do vazio legal, mercantilizavam os dados coletados com objetivo de obter informações sobre solvência de indivíduos, até níveis de sinistralidade (junto às companhias de seguro de veículos). (BILBAO UBILLOS, J.M. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: analisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: CEPC, 1997. p. 778. *Apud* LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007. p. 41).

¹²⁹ GANDY, Oscar. **The panoptic Sort: a political economy of personal information**. Boulder: Westview Press, 1993. p. 66.

¹³⁰ SOLOVE, Daniel. **The digital person: technology and privacy in the information age**. New York: New York University Press, 2004. p. 98.

¹³¹ Um caso ilustrativo desse ponto são as negativas de crédito decorrentes de uma presunção de calote do consumidor em razão do seu local de moradia.

direto. A empresa foi, inclusive, uma das pioneiras na utilização dessa modalidade de coleta para elaboração de estratégias de captação de clientes¹³².

Mais contemporaneamente, no entanto, assume um protagonismo a técnica de coleta de dados a partir do uso dos *cookies*, marcadores digitais automaticamente inseridos, por websites visitados, nos discos rígidos do computador do usuário, possibilitando a identificação e memorização de todos os movimentos *online*¹³³. Se, por um lado, são os *cookies* que permitem aos internautas a gravação de senhas e personalização de serviços, por outro, são eles que garantem uma vigilância eficaz, silenciosa e um rastreamento detalhado do comportamento do usuário nas redes. No Brasil, os 100 sites mais acessados em 2014 enviavam, sem qualquer consentimento, cookies instalados nos computadores de seus visitantes para 956 outros sites, chamados terceira parte¹³⁴, garantindo, assim, o escalonamento da vigilância digital e robustez e diversificação na coleta de dados.

Sobre a legalidade desta ferramenta, inclusive, cabe destacar a diretiva 2009/136/CE, da União Europeia, que, em 2009, atribuiu uma obrigação de utilização deste recurso pela modalidade *opt in*: ou seja, obrigando a obtenção de um consentimento prévio e expresso do usuário anteriormente à coleta das informações (antes vigorava a aceção baseada em *opt out*, como um consentimento presumido até manifestação contrária do usuário)¹³⁵. Essa tendência chegou, recentemente, ao Brasil, a partir da aprovação da Lei 13.709/2018, que será objeto de estudo nos capítulos subsequentes.

Outra forma bastante invasiva – e recorrente – de captação de dados pessoais são as escutas insertas em equipamentos eletrônicos, como *Smart TV's*¹³⁶ e aparelhos celulares¹³⁷. O fundamento central desta técnica está assentado na discriminação de algumas palavras-chave que, quando ditas, acionam mecanismos de coleta e processamento de informações. Assim, por exemplo, ao mencionar bens ou serviços específicos, há uma

¹³² MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 100.

¹³³ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 102.

¹³⁴ SILVEIRA, Sérgio Amadeu; AVELINO, Rodolfo; SOUZA, Joyce. A privacidade e o mercado de dados pessoais. **Liinc em Revista**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 217-230, novembro 2016. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/3719/3138>. Acesso em: 19 dez. 2020.

¹³⁵ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 104.

¹³⁶ DN. Cuidado com as conversas em frente a Televisão. Disponível em: <https://www.dn.pt/ciencia/cuidado-com-as-conversas-em-frente-a-televisao-a-sua-smart-tv-esta-a-ouvi-lo-4390324.html>. Acesso em: 19 dez. 2020.

¹³⁷ COLOMÉ, Jordi Perez. Como você é espionado por seu celular Android sem saber. **EL PAIS**. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/17/tecnologia/1552777491_649804.html. Acesso em: 19 dez. 2020.

dedução algorítmica do interesse no usuário em determinada compra, fazendo com que ele seja alvo da publicidade segmentada. Os dados obtidos nessa modalidade de coleta, por certo, desmascaram uma tendência do mercado em reduzir o direito à privacidade à matéria-prima para estratégias empresariais, potencializando, de forma sistêmica, uma coleta de informações flagrantemente sigilosas, habitualmente abrigadas apenas no interior dos lares ou da própria solidão.

Por fim, na última década, observa-se o fortalecimento da coleta de dados a partir da lógica do *trade-off*¹³⁸ – relações negociais de troca de dados pessoais dos consumidores pela disponibilização de serviços ou produtos aparentemente gratuitos. É, de forma precisa, a monetização dos dados pessoais, que passam a servir, nessa relação contratual, como moeda de troca nas transações. Neste “*zero-price advertisement business model*”¹³⁹ dados são acumulados, alimentando imensos arquivos, que, seguidos pelo surgimento dos *data brokers*¹⁴⁰, são transformados em informações úteis às empresas. Dito de outro modo:

As informações fornecidas pelas pessoas para que obtenham determinados serviços são tais, em quantidade e qualidade, que possibilitam uma série de usos secundários, especialmente lucrativos para os gestores dos sistemas secundários. Estes, elaborando as informações obtidas quando do fornecimento dos serviços podem criar informações novas (perfis de consumo individual ou familiar, análises de preferência, informações estatísticas etc.) que interessam a outros sujeitos, a quem estas informações podem ser vendidas¹⁴¹.

Frise-se que todas essas técnicas de coleta alicerçadas em ferramentas de tecnologia são, ainda, impulsionadas pela corrente expansão da *Internet das Coisas*, ou IoT, na sigla mais comumente empregada na literatura. O termo designa “um ambiente de objetos físicos interconectados com a internet por meio de sensores pequenos e embutidos, criando um ecossistema de computação onipresente (ubíqua), voltado para a facilitação do cotidiano das pessoas, introduzindo soluções funcionais nos processos do dia a dia”¹⁴².

¹³⁸ IAB Europe. Consumers driving the digital uptake: the economic value of online advertising-based services for consumers. Sep/2010. p. 07. Disponível em: <https://www.yumpu.com/en/document/read/7292977/consumers-driving-the-digital-uptake-iab-europe/13>. Acesso em: 19 dez. 2020.

¹³⁹ BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Forense: Rio de Janeiro, 2019. p. 29.

¹⁴⁰ Chamadas de corretores de dados, essas empresas recolhem e mesclam informações agregadas sobre indivíduos, podendo atuar em duas, três ou quatro camadas desse mercado de dados. Algumas empresas são bem conhecidas, como a Serasa (SILVEIRA, Sérgio Amadeu; AVELINO, Rodolfo; SOUZA, Joyce. A privacidade e o mercado de dados pessoais. **Revista Ibict**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 217-230, novembro 2016, p. 224. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/3719/3138>. Acesso em: 19 dez. 2020).

¹⁴¹ RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 46.

¹⁴² MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV, 2018. p. 20.

Em outros termos, são equipamentos eletrônicos do cotidiano (como relógios, geladeiras, cafeteiras...) que, por possuírem conexão com a internet e interface e desempenho inteligente, realizam extensa coleta de dados para o seu funcionamento e comunicação com outros componentes eletrônicos correlatos. Essa hiperconexão, revigora a vigilância digital e alimentação dos bancos com imensurável quantidade de dados pessoais¹⁴³.

A título de exemplo, rememore-se o caso de Ross Compton, de Ohio: após ter sua casa incendiada, a companhia de seguros conseguiu uma autorização para acessar informações do marca-passo utilizado por Compton, observando que seus batimentos cardíacos eram incompatíveis com a descrição de ação e fuga por ele narrada, resultando, assim, na instauração de um procedimento para averiguar se havia crimes de incêndio e fraude contra a seguradora¹⁴⁴.

(ii) Processamento e modulação

A etapa e coleta de dados anteriormente assinalada dá origem à *Big Data* – um enorme acervo de dados pessoais coletados e com potencial de produzir informações valiosas aos players do mercado –, sendo comumente associada a 3 V's: volume, variedade e velocidade. Volume e variedade porque excede a capacidade das tecnologias tradicionais de processamento, conseguindo organizar quantidades antes inimagináveis e em diversos formatos e, tudo isso, em alta velocidade¹⁴⁵.

A partir disso, é chegado o momento de operacionalizar a gestão da *Big Data*, onde há o processamento, lapidação e ligação de informações para obtenção de vantagens competitivas (e onde se encontram os departamentos de marketing de empresas e plataformas que viabilizam a organização da venda dos chamados *públicos segmentados* e

¹⁴³ “[...] uma máquina de lavar ou uma televisão, submetidas aos processos tecnológicos do ambiente do IoT, funcionarão autonomamente no horário mais propício ao menor consumo de energia elétrica, calcularão a quantidade adequada de água e sabão para o tipo de roupa (sem comando humano), selecionarão programas de interesse do usuário de modo muito mais preciso que algoritmos atuais. Tudo isso gerará número fabuloso de informações sobre as coisas, que porém, indiretamente, revelarão os hábitos, os desejos e a localização das pessoas. Na ‘era dos dados’, esses elementos informacionais valerão fortunas” (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 119).

¹⁴⁴ LEME, Carolina da Silva; PEREIRA, Fábio Luiz Barboza. A proteção de dados pessoais e o avanço tecnológico no Brasil: a tecnologia de coleta de informações. In WOLKART, Erik Navarro [et al.]. **Direito, processo e tecnologia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 201.

¹⁴⁵ BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Forense: Rio de Janeiro, 2019. p. 40.

até mesmo das audiências semelhantes¹⁴⁶). As tecnologias mais comumente empregadas nesta camada são:

- (i) *Data warehousing*: constitui um sistema informatizado que realiza, principalmente por meio da tecnologia algorítmica, a organização de dados de inúmeros sistemas “operativos heterogêneos de acordo com a sua relevância, transformando-os e selecionando-os, com vistas a possibilitar a tomada de decisão estratégica”¹⁴⁷.
- (ii) *Data mining*, ou mineração de dados: representa o ato de transformação de dados complexos em informações úteis para a empresa, normalmente aliado a técnicas de estatística e informatização. A partir dela, é possível extrair tendências, realizar previsões e classificar indivíduos por meio de segmentos importantes e úteis para a geração de vantagem competitiva para a empresa;
- (iii) *Online Analytical Processing* (OLAP): aperfeiçoamento do *data mining*, na medida em que se ampara em uma forma dinâmica e multidimensional, alcançando relações estatísticas mais complexas e profundas¹⁴⁸;
- (iv) Inteligência artificial: o aprimoramento e barateamento das tecnologias de *machine learning*¹⁴⁹ garantiu o destaque do uso da inteligência artificial para o processamento de dados pessoais. Baseadas nas noções de “aprendizagem, raciocínio, planejamento, percepção, compreensão de linguagem e robótica”, aliada com agregação de noções de “matemática, lógica, filosofia, probabilística, linguística, neurociência e teoria da decisão”¹⁵⁰, as novas tecnologias mitigaram a importância do componente humano para a apreensão das informações dispostas em *Big Data*. De forma veloz, com algoritmos pré-projetados, a tecnologia de inteligência artificial se retroalimenta por meio do conhecimento alcançado pelo próprio dispositivo. É, assim, uma ferramenta que viabiliza, quando bem calibrada,

¹⁴⁶ SILVEIRA, Sérgio Amadeu; AVELINO, Rodolfo; SOUZA, Joyce. A privacidade e o mercado de dados pessoais. **Revista LIINC**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 217-230, novembro 2016. p. 224. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/3719/3138>. Acesso em: 19 dez. 2020.

¹⁴⁷ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 109.

¹⁴⁸ SCHEWNKE, Mathias. *Individualierung und Datenschutz*. Wiesbaden: Deutscher Universitäts-Verlag, 2006, p. 58. *Apud*. MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 109.

¹⁴⁹ Nomeado “aprendizado de máquina”, representa um subcampo da engenharia e ciência da computação, que viabilizou a apreensão de conhecimento, por máquina, sem prévia programação por seres humanos. O equipamento, nutrindo-se de dados coletados, passa a criar um padrão próprio de “comportamento”.

¹⁵⁰ PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência artificial e direito**. Curitiba: Alteridade, 2019. p. 75.

o alcance de análises preditivas bastante complexas, interligando informações capilarizadas e com aptidão de gerar valor para as mais diversas áreas do *marketing*, ou, de forma mais ampla, da empresa em geral.

É nesse contexto de processamento, também, que se encontra o *Business Intelligence*, que atua de forma ampla como suporte para a gestão de negócios a partir da organização dos dados e extração de vantagens competitivas, fraquezas, ameaças e oportunidades para a companhia. A partir do processamento é estruturado, de forma mais eficaz, a análise SWOT¹⁵¹ – ferramenta central para formulação da estratégia empresarial.

Por fim, na camada de modulação, identifica-se o conjunto de atividades de oferta de produtos e serviços e das táticas de venda referenciadas nas análises e processamento das informações. Fala-se em dispositivos de filtro, algoritmos de controle de visualização e formação de bolhas ou clusters de consumidores¹⁵² – é, assim, a avaliação da inteligência extraída das etapas de coleta e processamento.

1.3.2 Dados pessoais, economia e proteção à personalidade

Como visto, a rentabilidade do mercado de dados pessoais é facilmente percebida. Nos Estados Unidos, em 2013,

os dados pessoais estavam disponíveis por preços distintos: US\$ 0,50 centavos para um endereço, US\$ 2 para uma data de nascimento, US\$ 8 para determinado número do seguro social, US\$ 3 para o número da carteira de motorista. Uma combinação de endereço, data de nascimento, número do seguro social, histórico de crédito e do registro militar está orçado em US\$ 55.¹⁵³

Isso tudo porque, por meio do uso de atributos da privacidade digital dos indivíduos (reunião e leitura de dados pessoais), é possível modular e inferirem-se (i) prováveis surtos

¹⁵¹ A Análise SWOT faz parte de um grupo com várias ferramentas estratégicas, porém ela se destaca por fazer uma integração entre os aspectos internos e externos da empresa, melhorando, assim, os planos de ação elaborados pela alta gestão. Em linhas gerais, é uma ferramenta estratégica da qualidade, criada em 1960 por Albert Humphrey, e composta por 4 áreas: 2 delas são forças e fraquezas e estão relacionadas ao ambiente interno, as demais são oportunidades e ameaças, relativas ao ambiente externo, não controláveis pela empresa, mas monitoráveis (LEITE, Maykon Stanley Ribeiro; GASPAROTTO, Angelita Moutin Segoria. Análise SWOT e suas funcionalidade: o autoconhecimento da empresa e sua importância. **Revista Interface Tecnológica**. v. 15, n. 2, p. 184-195, 2018, p. 185).

¹⁵² SILVEIRA, Sérgio Amadeu; AVELINO, Rodolfo; SOUZA, Joyce. A privacidade e o mercado de dados pessoais. **Revista LIINC**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 217-230, novembro 2016. p. 224. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/3719/3138>. Acesso em: 19 dez. 2020.

¹⁵³ OECD [Organization for Economic Co-operation and Development] Exploring the economics of personal data: a survey of methodologies for measuring monetary value. OECD Digital Economy Papers, n. 220, 2013. *Apud* SILVEIRA, Sérgio Amadeu; AVELINO, Rodolfo; SOUZA, Joyce. A privacidade e o mercado de dados pessoais. **Revista LIINC**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 217-230, novembro 2016, p. 225. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/3719/3138>. Acesso em: 19 dez. 2020.

de gripe, a partir dos termos agregados de pesquisa em um buscador (buscas de determinados sintomas em determinada região)¹⁵⁴; (ii) riscos de um tomador de crédito sofrer calote, o que auxilia a realizar a calibragem dos juros; (iii) parâmetros de saúde dos segurados, facilitando a formatação dos preços para planos de saúde; (iv) o nível de atenção e prudência na direção de veículos, que pode auxiliar na oferta e negativa de inclusão de determinado sujeito nos seguros de automóvel¹⁵⁵; (v) tendências de mercado, possibilitando a diversificação e segmentação dos serviços e produtos; e (vi) direcionamento publicitário preciso, a partir da personalização da propaganda.

Esse contexto, no entanto, denota uma mudança de paradigmas que traz para o centro da atividade econômica o controle sobre o tempo do consumidor. O consumidor, nesse ínterim, já não é mais um alvo do mercado, torna-se o próprio mercado, cujo potencial é preciso conhecer, prospectar e processar¹⁵⁶ – afirmação que identifica a metamorfose da privacidade, conforme conceitua o professor Perez Luño¹⁵⁷, do original direito a estar só individualmente à perspectiva de estar só no âmbito social e coletivo; com o deslocamento que aponta para a órbita patrimonial¹⁵⁸.

Toda ação, por certo, gera uma reação. O Tribunal de Justiça Europeu, em sentença proferida em 13.05.2014, na demanda Google *versus* Agência Espanhola de Proteção de Dados¹⁵⁹, ressaltou a necessidade de prevalência dos direitos individuais sobre os interesses econômicos, tentando refrear uma tendência da sociedade contemporânea de abandonar seu espaço de solitude e de controle dos dados pessoais. Afastado da neutralidade das canetas e papéis, contudo, a proteção de dados tem cedido demasiado espaço para os interesses

¹⁵⁴ Neste sentido, veja-se pesquisa que, com base em análise de pesquisas nos buscadores do Google, prevê uma nova onda de casos de COVID-19 no Brasil, mais grave que as anteriores. (ELPAIS. Pesquisa que rastreia redes sociais aponta que próxima onda da pandemia será mais grave no Brasil. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-05-28/pesquisa-que-rastreia-redes-sociais-ja-aponta-que-a-proxima-onda-da-pandemia-sera-ainda-mais-grave-que-as-anteriores-no-brasil.html>, Acesso em: 19 jun. 2021).

¹⁵⁵ BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Forense: Rio de Janeiro, 2019. p. 43.

¹⁵⁶ SANTOS, Laymert Garcia dos. **Politizar as novas tecnologias: o impacto sócio-técnico da informação digital e genética**. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 144. *Apud* GEDIEL, José Antonio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Proteção jurídica dos dados pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o mercado. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 47, 2008. p. 146.

¹⁵⁷ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica**. Madrid: Universitas, 2012. p. 115.

¹⁵⁸ LIMBERGER, Têmis. Informação em rede: comparação da Lei brasileira de proteção de dados pessoais e o regulamento geral de proteção de dados europeu. In MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti [coord]. **Direito Digital, Direito Privado e Internet**. Indaiatuba: Ed. Foco, 2019. p. 260.

¹⁵⁹ LIMBERGER, Têmis. Informação em rede: comparação da Lei brasileira de proteção de dados pessoais e o regulamento geral de proteção de dados europeu. In MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti [coord]. **Direito Digital, Direito Privado e Internet**. Indaiatuba: Ed. Foco, 2019. p. 255.

negociais e de modulação do comportamento, garantindo, por um lado, o esvaziamento do seu conteúdo e, por outro, o reconhecimento da necessidade de movimentação das engrenagens normativas (estatais ou não) na busca de uma proteção efetiva para a temática.

Não é demais realçar que as novas dimensões da coleta e do tratamento de informações provocaram a multiplicação de apelos à privacidade e, ao mesmo tempo, aumentaram a consciência da impossibilidade de confinar as novas questões que surgem dentro do quadro institucional tradicionalmente identificado por este conceito. Hoje, o problema, no entanto, não é adaptar uma noção nascida em outros tempos e em outras terras a uma situação profundamente modificada, respeitando suas razões e sua lógica de origem¹⁶⁰, mas, sim, proteger este novo núcleo fundante de uma apropriação desmedida pelos interesses econômicos, harmonizando interesses colidentes.

Isto porque a liberdade experimentada pelos agentes do mercado neste contexto de leitura e mapeamento digital de consumidores por vezes supera inúmeros limites éticos – e, por que não, jurídicos – que perpassam a discussão. Quem não se chocaria ao saber que os televisores Samsung, LG e TLC ouvem as conversas e movimentações ocorridas no interior das residências¹⁶¹? Quem não questionaria o limite do monitoramento digital ao saber que modelos das bonecas Barbie também possuem uma tecnologia semelhante de captação de dados dos ambientes domésticos¹⁶²?

A loja americana *Once Famous*, de Minneapolis, diante da constatação de que as pessoas omitiam ou alteravam informações quando questionadas em pesquisas de consumo, resolveu usar centenas de câmeras de circuito interno de TV, microfones ultrassensíveis e uma central de última geração para monitorar suas lojas¹⁶³. Os consumidores ao ingressar no estabelecimento eram, então, filmados¹⁶⁴ em todas as suas reações: quanto tempo ficavam parados diante de um produto, qual o cartaz de ofertas que era mais observado, quais eram as expressões faciais diante das mercadorias e quais eram as reações diante dos preços. O

¹⁶⁰ RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 23.

¹⁶¹ WASHINGTON POST. You watch TV your TV watches back. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/technology/2019/09/18/you-watch-tv-your-tv-watches-back/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

¹⁶² THE GUARDIAN. Smart barbie that can listen your kids privacy. <https://www.theguardian.com/technology/2015/mar/13/smart-barbie-that-can-listen-to-your-kids-privacy-fears-mattel>. Acesso em: 20 dez. 2020.

¹⁶³ LIMBERGER, Têmis. **Direito à intimidade na era da informática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 59.

¹⁶⁴ No estado de Minnesota é permitido legalmente que proprietários filmem e gravem os ambientes, desde que fiquem longe dos provadores.

consumidor era observado como um peixe num aquário. Como advertência aos que entravam no local, foi colocado um cartaz com os seguintes dizeres: “este lugar está sendo filmado para testes; se isso o incomoda, volte quando este aviso não estiver aqui”¹⁶⁵ – revelando o desprestígio da loja frente à proteção de dados pessoais.

Para além disso, os mecanismos de check-in do *Facebook*, bem como o GPS de smartphones e a chamada *Internet das Coisas*, são exemplos de aplicações tecnológicas que possibilitam até mesmo controlar a vida humana por meio da aferição incessante dos hábitos singulares e, dessa forma, visam a produção de enorme conteúdo informacional que pode ser minerado¹⁶⁶. Em verdade, o sujeito fornece dados de uma maneira súbita e espontânea e, por conseguinte, depois que são armazenados, esquece-se¹⁶⁷.

Até mesmo indivíduos mais céticos – e ingênuos – poderiam questionar quais consequências concretas seriam percebidas em razão do monitoramento digital e alimentação da *Big Data* por razões de mercado. Nem todos, é verdade, sentem-se especialmente violados por conta da existência de escutas no interior de sua residência, principalmente se as gravações forem feitas unicamente para aprimorar a experiência de consumo do usuário.

A problemática, no entanto, pode ir além do defensável. Em 2011, a rede de lojas americana Target enfrentou uma delicada situação: com base na leitura e gerenciamento de dados pessoais, descobriu a gravidez de uma adolescente antes mesmo da família ser comunicada pela jovem. Com base nessa descoberta, passou a encaminhar cupons de desconto em itens de vestuário de bebês para a residência da adolescente. O pai, bastante incomodado com a estratégia publicitária da varejista, acusava a loja de promover a gravidez precoce, sendo, contudo, posteriormente surpreendido pela notícia de confirmação da gravidez. Tudo isso, frise-se, baseado nas informações coletadas por ferramentas *online* e dispostas na *Big Data*¹⁶⁸.

¹⁶⁵ LIMBERGER, Têmis. **Direito à intimidade na era da informática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 59.

¹⁶⁶ PARCHEN, Charles Emmanuel; FREITAS, Cinthia Obladen; MEIRELES, Jussara Maria Leal. As técnicas de neuromarketing nos contratos eletrônicos e o vício do consentimento na era digital. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, v. 23, n. 2, p. 521-548. maio-ago 2018. p. 359.

¹⁶⁷ ZENCOVICH, Vincenzo Zeno. **I nuovi sistemi telematici interattivi e la tutela del diritto all'identità personali**, QDC, In Banche Dati Telematica e Diritti della Persona. CEDAM: Padova, 1984. p. 295.

¹⁶⁸ Um ano antes, um estatístico contratado pela loja havia criado uma maneira de descobrir quais clientes estariam grávidas para enviar a elas ofertas de produtos para gestantes e bebês. A rede tem uma espécie de identidade de cada consumidor, criada quando ele usa um cartão de crédito ou um cupom promocional, preenche uma pesquisa, liga para o SAC ou visita o site da loja. A partir daí, monitora tudo que ele compra. Cruzando o consumo de grávidas, o estatístico criou um padrão do que elas compram. Hoje, a Target sabe que, se uma mulher de 23 anos levou para casa uma loção de manteiga de coco, uma bolsa grande o suficiente para

A busca pela alimentação das estratégias empresariais por meio da coleta de dados gera, por um lado, um poderoso arsenal competitivo para as organizações, uma frequente facilitação no cotidiano do consumidor e também pode traduzir inúmeros benefícios sociais (sustentabilidade, melhor comunicação entre empresas e consumidor, segmentação nos produtos e serviços...); por outro, no entanto, garante por vezes a devassa da vida privada, discriminação negocial e a ocorrência de situações absolutamente desconfortáveis para um Direito que gravita ao redor da proteção da personalidade humana e da expressão da liberdade de autodeterminação dos indivíduos.

No Brasil, um dos relevantes e emblemáticos exemplos que ilustram os excessos recentemente cometidos neste mercado está estampado na ação civil pública n. 1090663-42.2018.8.26.0100. Nela, o IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor) contende com a Concessionária da Linha 4 do Metrô de São Paulo (Via Quatro S.A), em razão da implantação de portas de plataforma interativas, dotadas de sensores, com aptidão de reconhecer o gênero, a faixa etária e as emoções dos usuários expostos à publicidade veiculada, inclusive comercial¹⁶⁹.

O caso esboça, com nitidez, como a problemática relativa ao uso de dados pessoais por entes privados tem assumido uma postura sistêmica, com peculiaridades diferentes da acepção clássica do “*right do privacy*”. As câmeras, equipamentos eletrônicos comuns e de implantação supostamente justificável em ambientes públicos de grande circulação (por questões de segurança, por exemplo), adquirem funcionalidades extraordinárias, coletando e gerindo dados que foram captados sem qualquer consentimento – ou até mesmo percepção – do usuário. A ação, proposta perante a 37ª Vara Cível de São Paulo/SP, teve sua tutela de urgência deferida e confirmada em sentença pelo juízo, com base nas normativas consumeristas, no Marco Civil da Internet e no direito à privacidade, conforme a seguir aduzido:

guardar fraldas, suplementos como zinco e magnésio e um tapete azul, há 87% de chance de ela estar esperando um bebê há 3 meses. (REVISTA GALILEU. A ciência que faz você comprar mais. Disponível em: <http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,EMI317687-17579,00-A+CIENCIA+QUE+FAZ+VOCE+COMPRAR+MAIS.html>. Acesso em: 20 dez. 2020).

¹⁶⁹ Nas palavras do próprio Instituto “O sensor é sempre posicionado acima de uma propaganda publicitária, para que a identificação da emoção ocorra quando o usuário do transporte público passa por ela, sendo possível captar os efeitos que ela produz sobre a população em geral. A prática, espécie de ‘pesquisa de mercado automatizada’ sem autorização do participante, permite a obtenção de receita a partir da venda desses dados para terceiros, que podem então direcionar suas estratégias de publicidade a partir das reações identificadas. De acordo com informações da própria Ré, mais de 350.000 pessoas acessam a Linha Amarela por meio das estações de metrô que possuem o sistema de ‘portas interativas’ (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação civil pública n. 1090663-42.2018.8.26.0100. 37ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo. Juíza Lívia Martins Trindade).

A situação exposta no caso concreto é muito diferente da captação de imagens por sistemas de segurança com objetivo de melhoria na prestação do serviço, segurança dos usuários ou manutenção da ordem, o que seria não só aceitável, mas necessário diante da obrigação da fornecedora de serviço público zelar pela segurança de seus usuários dentro de suas dependências. É evidente que a captação da imagem ora discutida é utilizada para fins publicitários e consequente cunho comercial, já que, em linhas gerais, se busca detectar as principais características dos indivíduos que circulam em determinados locais e horários, bem como emoções e reações apresentadas à publicidade veiculada no equipamento. Ademais, restou incontroverso que os usuários não foram advertidos ou comunicados previa ou posteriormente acerca da utilização ou captação de sua imagem pelos totens instalado nas plataformas, ou seja, os usuários nem mesmo tem conhecimento da prática realizada pela requerida, o que viola patentemente o seu direito à informação clara e adequada sobre os produtos e serviços, bem como à proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, ambos elencados no artigo 6º, III e IV do Código de Defesa do Consumidor. Por sua vez, o artigo 31 do mesmo diploma legal estabelece que “A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.” Não se olvide que, na qualidade de concessionária de serviço público, incumbia à requerida arcar com o risco das atividades econômicas por si exploradas, especialmente por envolver os direitos fundamentais à intimidade, à privacidade, à imagem e à honra (art. 5º, X da Constituição Federal), o que não ocorreu, vez que utilizada as imagens dos usuários coletadas durante a prestação do serviço público para fins comerciais.

De todo o exposto, inegável que conduta da requerida viola patentemente o direito à imagem dos consumidores usuários do serviço público, as disposições acerca da proteção especial conferida aos dados pessoais sensíveis coletados, além da violação aos direitos básicos do consumidor, notadamente à informação e à proteção com relação às práticas comerciais abusivas, daí porque o pedido de obrigação de não fazer consistente em não se utilizar de dados biométricos ou qualquer outro tipo de identificação dos consumidores e usuários do transporte público, sem a comprovação do devido consentimento do consumidor é procedente¹⁷⁰.

A controvérsia, acompanhada por outras semelhantes¹⁷¹, é emblemática e denota a necessária atenção ao tema, sobretudo em razão da complexidade das tecnologias envolvidas e do desconhecimento, dos usuários e das autoridades, acerca da prática empresarial no tocante ao gerenciamento dos dados insertos na *Big Data*. As portas interativas do metrô receberam uma louvável atenção do IDEC, e o saldo da judicialização foi positivo para a

¹⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação civil pública n. 1090663-42.2018.8.26.0100. 37ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo. Juíza Lívia Martins Trindade.

¹⁷¹ Cite-se, neste sentido, o inquérito civil público proposto em face do *Facebook*, para analisar a legalidade da tecnologia de reconhecimento facial de usuários e não usuários da plataforma – Portaria n. 09/2018, Ministério Público do Distrito Federal. Também a Ação civil pública n. 1006616-14.2020.8.26.0053, em trâmite perante a 1ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo.

proteção à privacidade, mas em um contexto de hiperconexão, como confiar ao Poder Judiciário uma mudança de paradigmas?

Ou seja, se por um lado a privacidade como um direito da personalidade sofreu um elastecimento, abrigoando a proteção de dados pessoais, por outro, há diferenças severas entre estes dois direitos, sobretudo com relação à extensão e variedade dos danos possíveis, bem como às dificuldades de operacionalizar uma proteção jurídica em modelagens tradicionais. Submeter apenas aos tribunais a difícil tarefa de conformar a proteção de dados pessoais nos casos concretos abre espaços perigosos de infiltração dos interesses mercadológicos para anulação de barreiras de proteção dos consumidores (e cidadãos de um modo geral) – fortalecendo, assim, a noção da privacidade digital como um simples ativo financeiro.

A inteligência empresarial contemporânea, alimentada pela robusta coleta de dados pessoais, há muito representa uma nova faceta da mercantilização¹⁷² de direitos da personalidade, atingindo por vezes a própria autonomia privada dos indivíduos¹⁷³ e gerando prejuízos que alcançam até mesmo a órbita patrimonial (como adiante será demonstrado). A inovadora aliança da economia com a tecnologia reclama a estruturação de uma engrenagem jurídica/regulatória equilibrada e cirúrgica, seja ela estatal ou não, de modo a harmonizar os interesses dos consumidores e das empresas no uso e gerenciamento de *big data*.

¹⁷² GEDIEL, José Antonio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Proteção jurídica de dados pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o mercado. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 7, p. 141-152, 2008. p. 159.

¹⁷³ A inteligência empresarial, atualmente, alia o estudo dos dados pessoais às técnicas de *neuromarketing* para alcançar melhor performance no ambiente mercadológico. Isso porque, sabendo que as decisões impulsivas, emocionais e não racionais são as maiores responsáveis pelo consumo, a disciplina do neuromarketing explora a “fundo os sistemas reptiliano e límbico do cérebro humano em busca da indução ou da sugestão do automatismo e do inconsciente, usando artifícios que ativem ou os exacerbem, bem como que produzam emoções e sensações de prazer no cérebro, diminuindo, portanto, a atuação ou a preponderância do córtex responsável pela decisão racional. Verifica-se que o neuromarketing é ferramenta que pode potencializar o consumo, pois se vale de uma visão multidisciplinar para, estudando o mecanismo de ondas cerebrais bem como as sinapses e as regiões onde ocorrem estímulos, conseguir identificar se o ato humano está ocorrendo por impulso (cérebro reptiliano), por elementos como as emoções (sistema límbico) ou por puro raciocínio (córtex cerebral)” (PARCHEN, Charles Emmanuel; FREITAS, Cinthia Obladen; MEIRELES, Jussara Maria Leal. As técnicas de neuromarketing nos contratos eletrônicos e o vício do consentimento na era digital. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, vol. 23, n. 2, p. 521-548, maio-ago 2018. p. 528.). Ocorre, no entanto, que esse sub ramo da ciência neural, ao focalizar seus esforços em aspectos do inconsciente – não cognoscíveis de imediato pelo consumidor – pode tornar o ser humano um autômato e escravo de seus impulsos e sentimentos. Potencializa o cérebro reptiliano e o límbico em detrimento do córtex cerebral, definhando, assim, o processo de raciocínio, de elaboração interior e, conseqüentemente, da posterior volição da vontade. Trata-se de um poderoso aparato que, ao fomentar estímulos alheios ao controle racional, amplia o espaço de interferência do inconsciente na manifestação da vontade negocial e aprofunda, por vezes, a hipervulnerabilidade do consumidor, relativizando os contornos clássicos da autonomia privada. Tais estratégias, frise-se, são potencializadas a partir da gestão e manipulação da *Big Data*, pois é a partir desse grande acervo e informações pessoais que os *players* do mercado extraem qual público-alvo (segmento de consumo) estará mais sujeito a determinada técnica de *neuromarketing*. Representa, assim, uma aliança potencialmente danosa aos processos volitivos de consumo e, também, à privacidade dos indivíduos.

2 MARKETING ANALYTICS: BIG DATA E A EXPANSÃO DE UM MERCADO DE EXPLORAÇÃO DA PRIVACIDADE DIGITAL

No capítulo anterior, foram construídas três premissas: (i) desde a sua origem, a privacidade apresentou-se como um conceito plástico, maleável, que dialoga com mudanças sociais, políticas e econômicas vivenciadas por uma determinada cultura; (ii) a mutabilidade do conteúdo que integra o âmago de resguardo serviu para abrigar a proteção de dados pessoais (inclusive no Brasil) – circunstância útil em tempos de hiperconexão e monetização de atributos da personalidade; e (iii) expressivos desafios jurídicos surgem diante dos problemas sistêmicos causados pelo mau uso de dados pessoais por atores privados, sugerindo dificuldades de conformar a proteção de dados pessoais, hoje, em uma lógica binária, de mero comando e controle e exercício da coerção estatal.

Neste capítulo haverá um *mergulho* no atual mercado de inteligência empresarial (*business, ou marketing, analytics*), protagonista no apelo à alimentação incessante de *big data* e dos mais variados danos experimentados a partir da vigilância irrestrita praticada por equipamentos eletrônicos conectados em rede.

2.1 O MIX DE MARKETING

Uma das mais expressivas facetas de exploração dos dados pessoais está centrada nas engrenagens que guarnecem o mercado de consumo. A consagração do capitalismo validou a pluralidade e a competitividade no mercado empresarial. No século XX, com o Fordismo e a proposta de produção em série, passou-se a compreender o destaque da captação dos desejos e anseios do público consumidor alvo para a ampliação da parcela de participação de determinada marca/organização em dado segmento de mercado.

É nesse contexto que surge a expressão do *marketing*, derivada do vocábulo anglo-saxão *market*, essencialmente voltada para “permitir um melhor aproveitamento do mercado, facilitando, em consequência, as trocas e garantindo-lhes o máximo de eficácia”¹⁷⁴.

Inicialmente, a disciplina formatava-se de modo bastante empírico e intuitivo, basicamente associada à ideia de comunicação publicitária. Com o refinamento dos seus estudos e o afunilamento da concorrência empresarial, no entanto, tornou-se mais complexa, alcançando uma dupla tensão conceitual: marketing é, por um lado, filosofia, postura mental,

¹⁷⁴ SANTOS, Fernando Gherandini. **Direito do Marketing**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 20.

uma atividade, uma evolução na forma de conceber toda a função comercial e as relações de troca. Por outro, também constitui um alicerce técnico, como uma importante¹⁷⁵ maneira de efetuar e levar a cabo a relação de troca, identificando, criando, desenvolvendo e servindo à demanda¹⁷⁶.

Para o direito, o marketing associa-se, de forma imediata, a inúmeras e complexas funções sociais e valores consagrados constitucionalmente, tais como: expressão do livre mercado e da concorrência (art. 170, parágrafo único e inciso IV); defesa do consumidor (art. 170, V); proteção ao meio ambiente, porquanto alinha-se aos ditames de sustentabilidade e de busca por redução de dispêndio de recursos naturais na cadeia produtiva (art. 170, VI); e exercício da liberdade de expressão, sob a roupagem da comunicação e criação publicitária (art. 5º, IX). Sua disciplina, portanto, espraia-se para as mais diversas raías da ciência jurídica.

Uma breve consideração, inicialmente, é salutar para que se compreenda o escopo deste trabalho. O marketing, a despeito da usual confusão terminológica percebida em inúmeros canais (inclusive jurídicos), não se esgota na publicidade e propaganda. Em verdade, a comunicação publicitária constitui apenas um de seus elementos, normalmente encerrando uma extensa cadeia de formulação das estratégias de fomento ao consumo, gerenciamento dos processos internos de produção e de fidelização do cliente. Marketing, em verdade, é muito mais amplo e engloba idealização, precificação adequada, produção inteligente, comunicação assertiva, regularização e logística da venda. É, noutras palavras, uma complexa ciência e arte de explorar, criar e entregar valor para satisfazer as necessidades do consumidor-alvo e do mercado, gerando, por consequência, lucro para a organização¹⁷⁷.

Em uma visão macro, alguns elementos imediatos integram o objeto nuclear das funções e da administração do composto de marketing¹⁷⁸, sendo centrais para a discussão acerca do protagonismo de *big data* nesse segmento. Sublinhe-se:

¹⁷⁵ Nos Estados Unidos, o gasto das empresas com marketing representa cerca de 50% de cada dólar gasto pelo consumidor (KOTLER, Philip. Administração de marketing. São Paulo: Atlas, 1988. v. 1, p. 43. *Apud* SANTOS, Fernando Gherardiini. **Direito do Marketing**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 36)

¹⁷⁶ NORMANHA FILHO, Miguel Arantes. Marketing, propaganda e publicidade: um estudo dos termos no Brasil. **Revista Gerenciais**. São Paulo, v. 2, p. 33-41, set. 2003.

¹⁷⁷ KOTLER, Philip. **Marketing para o século XXI**. 13. ed. São Paulo: Futura, 2002. p. 44.

¹⁷⁸ Conjunto de atividades realizadas por um empresário, gerente ou administrador, que visa levar a efeito as trocas desejadas com públicos específicos, tendo por objetivo o ganho pessoal ou mútuo. (SANTOS, Fernando Gherardiini. **Direito do Marketing**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 23)

- a) Partes: são as relações envolvidas no vínculo de produção, podendo ser estruturadas pela ótica fornecedor–consumidor (B2C – *business-to-consumer*, na linguagem corporativa) ou fornecedor–fornecedor (B2B – *business-to-business*), que diagnostica tanto as relações entre diferentes parceiros e interessados comerciais (*stakeholders*), quanto pelas relações de venda de um produto final para uma determinada empresa¹⁷⁹.
- b) Produtos ou serviços: são os objetos das relações de troca. Na conceituação proposta pelo Código de Defesa do Consumidor, produto pode ser “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” disponível ao mercado de forma profissional, e serviço “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, crédito e securitárias”¹⁸⁰, capazes de satisfazer uma necessidade ou um desejo do ser humano. Frise-se, aqui, que o recorte dado neste trabalho considera apenas o marketing empresarial, ou seja, aquele vocacionado para o aperfeiçoamento da administração do negócio, estímulo ao comércio e satisfação do consumidor final.
- c) Ambiente: são todas as forças existentes em determinada localidade e que influem, de forma relevante, para aquele específico segmento empresarial. As forças podem, aqui, ser de natureza social, política, concorrencial, econômica e tecnológica. A compreensão minuciosa desse elemento é crucial para a garantia e preservação da empresa¹⁸¹.

¹⁷⁹ À esta espécie de relação B2B normalmente não são aplicados os regramentos do Código de Defesa do Consumidor, salvo quando a fornecedora adquire determinado bem ou serviço para satisfação de necessidades próprias, como destinatária final do bem. Nesse Sentido: “a jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. 2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078 /90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. 3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1195642/RJ**. Relator: ministra Nancy Andrighi. J. 13/11/2012).

¹⁸⁰ SANTOS, Fernando Gherardiini. **Direito do Marketing**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 20.

¹⁸¹ Um histórico exemplo do impacto que o fator ambiente exerce no mercado é da tradicional Construtora Adolpho Limderberg, especializada em imóveis de luxo, que deixou, na década de 70, de reconhecer uma séria mudança no contexto econômico (grande parcela dos seus potenciais clientes, em razão da crise financeira, já

É certo que, nesse contexto, a partir das lições de Kotler e Keller, a maneira mais fácil e produtiva de alinhar os elementos nucleares do marketing com a necessidade de cativar a clientela é entregar alto grau de satisfação ao consumidor¹⁸². Nesse quadrante, ganha forma e destaque uma nova forma de estruturação da inteligência empresarial, denominada *marketing analytics*¹⁸³ – ou, de modo mais abrangente, *marketing intelligence* –, acepção que indica o conjunto de aplicações, infraestrutura, ferramentas e melhores práticas empresariais desempenhadas a partir do acesso e da análise de dados, para que seja otimizada a tomada de decisões e o desempenho de negócios. No *marketing analytics*, a organização realiza, aliada à tecnologia, uma profunda interpretação de grandes volumes de dados dos consumidores, objetivando a identificação de oportunidades (em nível micro e macro) e o desenvolvimento de estratégias aptas a gerar vantagem competitiva e estabilidade no mercado¹⁸⁴.

Isto porque a leitura e o mapeamento de dados representa uma vantagem informacional que pode ser convertida em inteligência e aplicada no planejamento estratégico de curto e longo prazo, garantindo a modulação de três diferentes aspectos: (i) descritivo, como um resumo da inteligência extraída dos dados, servindo para mapear o desempenho do negócio e facilitar a tomada de decisões; (ii) preditivo, a partir de uma análise de dados pretéritos, insertos em *big data*, em um esforço de previsão do futuro e, conseqüentemente, mitigação de riscos na tomada de decisões empresariais; e (iii) prescritivo, que se socorre nas informações captadas para identificar as melhores alternativas de maximização ou minimização de objetivos¹⁸⁵ específicos.

não possuía recursos suficientes para a aquisição dos requintados imóveis ofertados), o que a levou a pedir concordata preventiva, em julho de 1979, com um passivo financeiro de, aproximadamente, R\$ 50 milhões, dois terços do seu patrimônio líquido do ano anterior (SANTOS, Fernando Gherardiini. **Direito do Marketing**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 22).

¹⁸² KOTLER, P; KELLER, K. L. Administração de marketing. São Paulo: Pearson, 2012. *Apud* PERDIGAO, Ana Paula; TABORDA, Ariel Alves; PEREIRA, Caio; SANTOS, Mariana Corazza dos; CASTAGNO JUNIOR, Roger Lahorgue. Inteligência de marketing: utilizando a informação para compreender o mercado consumidor. **Revista FAE**, Curitiba, v.1, p. 61-75, 2016. p. 65.

¹⁸³ SAIDILI, Jihad; RAHICH, Hassane; TABAA, Yassine; MEDOURI, Abdellatif. The combination between big data and marketing strategies to gain valuable business insights for better production success. **Procedia Manufacturing**. v. 32, 2019. p. 1019.

¹⁸⁴ BEDANTE, Gabriel. **Orientação para o marketink analytics**: antecedentes e impacto no desempenho do negócio. 2019. (Tese) Doutorado em Ciências. Programa de Pós-graduação em Administração. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, 2019. p. 24. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-07052019-114234/publico/CorrigidoGabriel.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

¹⁸⁵ BEDANTE, Gabriel. **Orientação para o marketink analytics**: antecedentes e impacto no desempenho do negócio. (Tese) Doutorado em Ciências. Programa de Pós Graduação em Administração. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, 2019. p. 26. Disponível em:

Na casa das máquinas, é a análise de *big data*¹⁸⁶ que proporciona a personalização pela qual os clientes anseiam e a assertividade mercadológica que a empresa busca atingir. Tudo isso, certamente, complementado pela interface humana tradicional, espinha dorsal do marketing¹⁸⁷ dos tempos remotos¹⁸⁸. Ou seja, a tecnologia, por meio da extensa coleta e mapeamento de dados, apresenta-se como elemento chave para a tomada de decisão dos profissionais de marketing, fornecendo insights que respondem qual é o produto e serviço mais apropriado para um determinado mercado; como anunciar nesse específico mercado; por meio de quais canais irão se comunicar com o cliente alvo; em que momento anunciar e por qual preço; e quais ferramentas promocionais e publicitárias utilizar¹⁸⁹.

Algumas pesquisas dão conta que, em 2020, a quantidade de objetos interconectados passaria dos 25 bilhões, podendo chegar a 50 bilhões de dispositivos inteligentes pelo mundo. Segundo a ONU, cerca de 45% da população mundial tem acesso à internet¹⁹⁰. O *Facebook*, maior rede social do mundo, afirma possuir 2,7 bilhões de

<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-07052019-114234/publico/CorrigidoGabriel.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

¹⁸⁶ Big data has the ability to provide insights into customer's social behavior, contrary to Classical Analytics questionnaires. So this combination uses a comparison strategy to analyze behavioral data, and it has been structured by a great diversity of Big Data sources because it is rich of behavioral information. The combination uses the analytics to predict different behaviors, also it provides quick classification methods for several customer predictions which the customers request. (SAIDILI, Jihad; RAHICH, Hassane; TABAA, Yassine; MEDOURI, Abdellatif. The combination between big data and marketing strategies to gain valuable business insights for better production success. *Procedia Manufacturing*. v. 32, 2019. p. 1020).

¹⁸⁷ KOTLER, Philip. *Marketing 4.0*. Rio de Janeiro: Sextante, 2017. p. 39.

¹⁸⁸ A década de 1960, com seu grande impulso ao consumo e massificação do capitalismo em níveis sem precedentes, foi o momento quando se criaram agendas de pesquisa sobre “consumer behavior” e se estruturou uma agenda nacional sobre o tema nos Estados Unidos da América, com forte impulso ao desenvolvimento de técnicas de predição do comportamento dos consumidores, bem como técnicas para maximização dos retornos com marketing direcionado a grupos com padrões de consumo elevado. Além do trabalho desenvolvido por muitas universidades, o governo federal estadunidense investiu em financiamento de pesquisa sobre “comportamento do consumidor”, a partir do impulso dado por John F. Kennedy. (ZANATTA, Rafael. **Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. p. 9. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 20 dez. 2020.)

¹⁸⁹ ALSHURA, Mohammad Saleem; ZABADI, Abdelrahim; ABUGHAZALEH, Mohammad. Big Data in Marketing Arena. Big Opportunity, Big Challenge, and Research Trends: An Integrated View. *Management and Economics Review*. v. 3, Issue 1, 2018. p. 77.

¹⁹⁰ MAGRANI, Eduardo; OLIVEIRA, Renan Medeiros de. *Big Data* somos nosotros: nuevas tecnologías y gerenciamento personal de datos. In CAVALLI, Olga; BELLI, Luca [coord]. **Gobernanza y regulaciones de Internet en América Latina: análisis sobre infraestructura, privacidad, ciberseguridad y evoluciones tecnológicas en honor de los diez años de la South School on Internet Governance**. Rio de Janeiro, FGV, maio/2018. p. 327-350. p. 335 e 472. Disponível em: <http://eduardomagrani.com/wp-content/uploads/2018/09/Gobernanza-y-Regulaciones-de-Internet-en-Ame%CC%81rica-Latina-1.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

usuários ativos mensais¹⁹¹. Como se vê, as projeções para o impacto desse cenário de hiperconexão na economia são impressionantes, correspondendo, globalmente, a mais de US\$ 11 trilhões, em 2025¹⁹²

Tal tendência, certamente, foi bem enxergada pelo mercado, que tem explorado a possibilidade de personalização e customização automática de conteúdo nas plataformas digitais, sobretudo capitalizando essa filtragem por meio de rastreamento de cookies¹⁹³ e processos de *retargeting* comportamental¹⁹⁴.

A metáfora do sorvete social, ainda que dotada de uma simplificação excessiva dos processos de mapeamento dos consumidores, aqui se apresenta como exemplo frisante. Scoopville era uma cidade famosa por suas sorveterias. Todos os moradores produziam seus próprios *gelatos*, cujos sabores variavam de acordo com suas preferências. No entanto, os visitantes ficavam desorientados com a alta variedade de opções. A ideia de um comerciante, foi de instalar um painel em frente a sua loja, para que os próprios consumidores inserissem suas impressões sobre os produtos. A produção, a partir da modulação desses dados, passou a ser orientada pela avaliação dos consumidores, dando ênfase na produção dos sorvetes mais bem-avaliados. Com isso o produto foi aperfeiçoado de forma colaborativa, emergindo daí a metáfora de que o sorvete era social¹⁹⁵.

¹⁹¹ **TECNOBLOG**. Facebook dobra lucro e chega a 2,7 bilhões de usuários. Disponível em: <https://tecnoblog.net/356063/facebook-dobra-lucro-e-chega-a-2-7-bilhoes-de-usuarios/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

¹⁹² MAGRANI, Eduardo; OLIVEIRA, Renan Medeiros de. Big Data somos nosotros: nuevas tecnologías y gerenciamento personal de datos. In CAVALLI, Olga; BELLI, Luca [coord]. **Gobernanza y regulaciones de Internet en América Latina**: análisis sobre infraestructura, privacidad, ciberseguridad y evoluciones tecnológicas en honor de los diez años de la South School on Internet Governance. Rio de Janeiro, FGV, maio/2018. p. 327-350. p. 335. Disponível em: <http://eduardomagrani.com/wp-content/uploads/2018/09/Gobernanza-y-Regulaciones-de-Internet-en-Ame%CC%81rica-Latina-1.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

¹⁹³ Rememorando: “Os cookies, por sua vez, são arquivos de texto codificados. Estes arquivos são comumente depositados no computador do usuário pela página acessada e permitem a identificação desse internauta para facilitar o funcionamento do site e/ou o monitoramento a da navegação. Os cookies podem pertencer à própria página visitada ou a outras entidades (cookies de terceiros), além de serem temporariamente apagáveis (cookies de sessão) ou persistentes (cookies permanentes)” (OLIVEIRA, Jordan Vinicius; SILVA, Lorena Abbas da. Cookies de navegador e a história da internet: desafios à lei brasileira de proteção de dados pessoais. **Revista de Estudos Jurídicos** UNESP, Franca, ano 22, n. 36, p. 307, jul/dez. 2018. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>. Acesso em: 20 dez. 2020. p. 311).

¹⁹⁴ MAGRANI, Eduardo; OLIVEIRA, Renan Medeiros de. Big Data somos nosotros: nuevas tecnologías y gerenciamento personal de datos. In CAVALLI, Olga; BELLI, Luca [coord]. **Gobernanza y regulaciones de Internet en América Latina**: análisis sobre infraestructura, privacidad, ciberseguridad y evoluciones tecnológicas en honor de los diez años de la South School on Internet Governance. Rio de Janeiro, FGV, maio/2018. p. 327-350. p. 336. Disponível em: <http://eduardomagrani.com/wp-content/uploads/2018/09/Gobernanza-y-Regulaciones-de-Internet-en-Ame%CC%81rica-Latina-1.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

¹⁹⁵ BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. São Paulo: Forense, 2019. p. 13.

O projeto *shopBeacon* da loja *Macy's* também ilustra bem a interação *high-touch* do consumidor com a marca. Com transmissores iBeacon da Apple instalados em vários locais da loja, os clientes são alertados com ofertas ultra direcionadas enquanto percorrem os corredores. Ao passarem por determinado setor, eram rememorados de sua lista de compras, recebiam alertas de descontos, sugestões de presentes, entre outros. À medida que os dados das transações se acumulam, as ofertas tornam-se mais e mais personalizadas¹⁹⁶, em alinhamento com o perfil exato do consumidor, bem como mais dados avolumam-se, propiciando uma personalização completa do negócio.

Indubitavelmente, esse cenário garante benefícios de ordem social e econômica, que vão desde as comodidades proporcionadas ao consumidor, até a melhoria na utilização dos recursos (naturais, humanos e tecnológicos) pelas organizações. Por outro, pode representar severas violações à personalidade, reduzindo o dado pessoal a um simples ativo financeiro. “Razões de mercado, razões de Estado”¹⁹⁷ não podem ser suficientes para fazer com que uma sociedade esteja pronta para suplantiar ou transferir seu direito de reserva à intimidade. Veja-se, nesse sentido, o elevado nível de consciência das pessoas acerca do monitoramento de suas pegadas digitais e uso pelas grandes corporações¹⁹⁸:

Tabela 1 | Porcentagem de concordância com afirmações sobre privacidade e a Internet

Sobre privacidade e internet	Percentual
“privacidade é um direito, por isso é errado pagar para impedir que as empresas invadam minha privacidade.”	73
“Eu sinto que é uma invasão de privacidade alguém rastrear minhas atividades online.”	68
“publicidade online é apenas um fato da vida.”	60
“a publicidade online direcionada é assustadora quando se baseia em meus rastros online.”	57
“eu entendo as funções dos cookies no computador.”	54

¹⁹⁶ KOTLER, Philip. **Marketing 4.0**. Rio de Janeiro: Sextante, 2017. p. 38-39.

¹⁹⁷ GEDIEL, José Antonio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Proteção jurídica de dados pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o mercado. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 7, p. 141-152, 2008. p. 153.

¹⁹⁸ LEVIN, Avner. **Privacy, Targeted Advertising & Social Media: How Big a Concern? Some Disconcerting Observations**. Ryerson University. s.d., p. 3. Disponível em: https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/411/ETHI/WebDoc/WD5706433/411_ETHI_PSM_Briefs/LevinAvnerE.pdf. Acesso em: 20 dez. 2020.

“eu me sinto protegido pela lei contra companhias coletando meus dados pessoais.”	46
“eu teria mais cuidado no que visito na internet se eu soubesse que as companhias estão monitorando e coletando meus dados.”	44
“se você tiver cookies no seu computador, isso o torna mais vulnerável a roubo de senha.”	40
“eu pararia de usar sites que fazem uso de publicidade comportamental.”	34
“Eu não me importo se companhias coletam meus dados de pesquisa nos buscadores.”	27
“Eu não me importo se companhias saibam quais websites eu visito.”	25
“Usar um computador é tão anônimo quanto usar uma TV, pois ninguém sabe realmente o que você está fazendo.”	13

Fonte: adaptado de Levin (s.d.).

É interessante notar que, a despeito do reconhecimento da privacidade como um direito, há pouca movimentação social buscando conter a expansão da cultura de esvaziamento desse direito. É a interpretação do monitoramento digital como “um fato da vida”, nos termos da pesquisa canadense. Os riscos decorrentes desse cenário, no entanto, que fogem dos limites de uma mera violação abstrata de um atributo da personalidade (diferentemente da acepção clássica do “*right to be alone*”), não podem ser sumariamente ignorados pela ciência jurídica e pelas engrenagens regulatórias, sob pena de superação de garantias constitucionais (e infraconstitucionais) pelos fatores financeiros – a supremacia da economia sobre a política e do mercado sobre a esfera pública e liberdades individuais¹⁹⁹.

Nesse sentido, algumas estratégias empresariais, que se aliam a estas ferramentas de *marketing analytics*, serão adiante minudenciadas. Nelas, há discussões urgentes que versam sobre (i) a extensão dos dados pessoais coletados, em razão da lógica de ampliação das capacidades de armazenamento em *big data*, o que complexifica a compreensão dos parâmetros decisoriais utilizados (*big data* e ferramentas algorítmicas como uma *black box*²⁰⁰); (ii) a profundidade da coleta, a partir da crescente intromissão de tecnologias de

¹⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado del derecho. **RIFP**. v. 17, 2001. p. 37.

²⁰⁰ Two of the meanings of “black box” — a device that keeps track of everything during a flight, on the one hand, and the node of a system that prevents an observer from identifying the link(s) between input and output, on the other hand — serve as apt metaphors for today’s emerging Big Data environment. Pasquale digs deep into three sectors that are at the root of what he calls the black box society: reputation (how we are rated and ranked), search (how we use ratings and rankings to organize the world), and finance (money and its derivatives, whose flows depend crucially on forms of reputation and search). Algorithms and Big Data have

monitoramento em camadas bastante íntimas da vida do indivíduo; e (iii) a dificuldade de contenção de abusos somente por meio das estruturas legais atualmente vigentes.

2.2 CIÊNCIA DE DADOS E A QUESTIONÁVEL EXTRAÇÃO DE VANTAGENS COMPETITIVAS A PARTIR DOS DADOS PESSOAIS

2.2.1 Calibragem do preço: Sistema de *Scoring*

O preço consiste no valor pago pelo consumidor por determinado produto ou serviço adquirido. É, de forma geral, expressão do cálculo realizado pela organização a partir da quantificação dos custos com fabricação, impostos, distribuição, recursos humanos e margem de lucro. Traduz, assim, uma equação complexa, que, além de considerar peculiaridades internas (que envolvem a própria composição e fabricação do produto ou serviço), deve se atentar para elementos externos, como preço praticado pela concorrência e custos econômicos envolvidos na transação.

Esta multifária atividade empresarial, de essencial destaque para preservação da competitividade da organização, gradativamente passou a identificar a vantajosidade das ferramentas de *marketing analytics* para o dimensionamento e a mitigação dos riscos de negócio. O conhecimento prévio e preciso sobre o consumidor, assegurado pela gestão de *big data*, é potencialmente apto a garantir assertividade na formulação do preço e no direcionamento das estratégias de negócio para determinados públicos-alvo de maior interesse e repercussão econômica.

Explica-se. O sistema de avaliação, ou *scoring*, constitui uma conhecida ferramenta estatística de identificação e segmentação de grupos de indivíduos a partir da construção de pontuações baseadas em adimplência, solidez financeira e confiabilidade. Isto é, as empresas, a partir da aglutinação e da leitura de dados pessoais diversos, extraem o grupo de consumidores que representa menor risco de inadimplência, concentrando suas engrenagens de persuasão publicitária nesse segmento específico (até mesmo com a disponibilização de vantagens exclusivas).

permeated these three activities to a point where disconnection with human judgment or control can transmogrify them into blind zombies, opening new risks, affordances and opportunities. We are far from the ideal representation of algorithms as support for decision-making. In these three areas, decision-making has been taken over by algorithms, and there is no “invisible hand” ensuring that profit-driven corporate strategies will deliver fairness or improve the quality of life (DEWANDRE, Nicole. *The Human Condition and the Black Box Society: a review of Frank Pasquale, The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. **Harvard University Press**, 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/309230421_The_Human_Condition_and_The_Black_Box_Society. Acesso em: 20 dez. 2020).

Para além disso, o sistema facilita a tomada de decisões importantes para a formulação do preço praticado, no tocante à aprovação de crédito de consumo, personalização das formas de pagamento e calibragem da taxa de juros. As “variáveis de decisão” constituem, aqui, “fatores que a experiência empresarial denotou como relevantes para avaliação do risco de retorno do crédito concedido. Cada uma dessas variáveis recebe uma determinada pontuação, atribuída a partir de cálculos estatísticos, formando a nota final”²⁰¹. Trata-se, de forma simplista, de um dossiê de consumo, criado a partir do processamento de milhares de dados relevantes e que garante, em tese, assertividade na análise de risco do negócio e na escolha do preço do bem ou serviço.

Compreendido como um serviço essencial de proteção ao crédito, o sistema popularizou-se, passando a ser explorado economicamente²⁰². A Boa Vista Serviços S.A, uma das maiores do segmento no país, aduz realizar seu sistema de *scoring* a partir da reunião e análise de dados como: profissão, sexo, endereço, renda, quantidade de consultas de crédito, apontamentos de negativação, títulos protestados, existência de ações judiciais etc., utilizando-se, portanto, de informações internas (constantes em seus próprios bancos de dados) e externas (sobretudo insertas em registros públicos).

O *SERASA Experian*, outra conhecida empresa do ramo, ressalta, em maiores minúcias, que são consideradas, em seu cálculo,

Informações negativas constantes em banco de dados da Serasa Experian, consistentes em execuções judiciais, protestos, cheques sem fundos, ações de busca e apreensão, participação empresas falidas ou em recuperação judicial, além de anotações de inadimplência (bancos, cartões de crédito, financeiras, telecomunicações, varejo e serviços); CEP: informação pública ou cadastral que é considerada levando-se em consideração o nível de inadimplência e o volume de atividade econômica de determinada região. É uma análise estatística, com base em dados públicos do IBGE; Idade: considera-se a faixa etária, a faixa economicamente ativa e a renda média, segundo informações do IBGE. Mais uma vez, realiza-se uma análise de natureza estatística; e Participação societária: é considerado se o consumidor tem alguma participação societária, levando-se em

²⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.419.697/RS**. Relator: ministro Paulo de Tarso Sanseverino. J. 12/11/2014.

²⁰² O primeiro banco de dados de integração de informações dos consumidores, denominado de Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) do Brasil, foi criado nos idos de 1950, em Porto Alegre, organizado pela Câmara de Dirigentes Lojistas (CDL). Posteriormente, seguindo a tendência gaúcha, inúmeros outros municípios brasileiros aderiram à criação de CDLs, regionais, atingindo o expressivo número de 1600 instaladas por todo o país. No âmbito público, igualmente, o Banco Central do Brasil detém bancos de dados semelhantes, focalizados na proteção ao crédito, incluindo o CCF (Cadastro de Emitentes de Cheques), o CADIN (Cadastro Informativo dos Créditos de Órgãos e Entidade Federais não quitados) e o CRC (Cadastro de Risco de Crédito) – enquanto os dois primeiros cadastros trabalham com informações negativas, o último atua também como um sistema positivo de crédito (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.419.697/RS**. Relator: ministro Paulo de Tarso Sanseverino. J. 12/11/2014).

conta a data da fundação da sociedade, o volume de empresas das quais é sócio, o tamanho da participação, o capital social da empresa e se ela está ativa²⁰³.

Um breve apontamento, aqui, é salutar. Atualmente, as atividades de classificação de indivíduos para a facilitação dos processos de ajustamento do preço e mitigação dos riscos para a organização, já não são exclusivamente realizadas por empresas especializadas nesse setor ou a partir dos cálculos estatísticos alicerçados em dados de natureza pública. A popularização de prestadoras de serviços de gestão e venda de banco de dados, naturalizadas na *Age of Big Data*²⁰⁴, possibilitou que as próprias empresas interessadas (ou terceiras por elas contratadas), confortadas em suas peculiaridades de mercado, realizem a identificação, mapeamento e classificação de grupos de consumidores a partir dos seus próprios parâmetros organizacionais e objetivos corporativos.

É ilustrativa, nesse sentido, a ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Distrito Federal (n. 0735645-46.2018.8.07.0001) acerca das práticas adotadas pelo site *Tudo sobre todos*, especializado em consulta e venda dos dados pessoais de brasileiros, como identidade, endereço, CPF, perfis em redes sociais e até nomes de vizinhos²⁰⁵. Para o *parquet*, a conduta do portal violaria frontalmente a privacidade, não encontrando alicerce jurídico plausível. Em sede de cognição sumária, o juízo, acatando as razões da peça inaugural, determinou o bloqueio de 2 milhões de reais da conta do suposto proprietário do site.

Apenas para ilustrar, nos Estados Unidos um estudo publicado na *Yale Journal of Law & Technology* destacou a variedade das informações utilizadas como parâmetro de alimentação destas ferramentas de inteligência artificial pelas companhias. Veja-se: ²⁰⁶

²⁰³ SERASA EXPERIAN *apud*. BEZERRA, Juliana Guedes da Costa. **Bancos de dados de proteção ao crédito e o sistema de scoring**. 2014. 70 f. [Monografia] Bacharelado em Direito. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS. 2014. p. 46.

²⁰⁴ RANGE, Thomas; SCHONBERGER, Viktor Mayer. **Reinventing Capitalism in the Age of Big Data**. Londres: Basic Books, 2018. p. 30.

²⁰⁵ MPDFT. Disponível em: <https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2018/10182-mpdft-investiga-venda-ilegal-de-dados-pessoais-pelo-site-tudo-sobre-todos>. Acesso em: 20 dez. 2020.

²⁰⁶ HURLEY, Mikaela; ADEBAYO, Julius. Credit Scoring in the era of big data. **The Yale Journal of Law & Technology**. vol. 18. p. 166. Disponível em: https://yjolt.org/sites/default/files/hurley_18yjolt136_jz_proofedits_final_7aug16_clean_0.pdf. Acesso em: 20 dez. 2020.

Tabela 2 | Informações parâmetro

Companhias	Dados utilizados
LexisNexis - RiskView	Estabilidade residencial, propriedade de ativos, análise de estágio de vida, títulos de propriedade e hipotecas, registros fiscais, histórico criminal, de emprego e de endereços, dados de licenciamento profissional.
FICO – Expansion Score	Dados de contas correntes e de depósito, de propriedade, de registros públicos; informações relativas a contas de serviços públicos de telefonia, situações de falência, gravames, julgamentos, débitos e informação de ativos imobiliários.
Experian – Income Insight	Informações acerca do pagamento de aluguel e dados de registro público.
Equifax – Decision 360	Pagamentos de serviços de telecomunicações; informações de emprego; dados de renda, gastos e capacidade econômica. Informações de propriedades e demais ativos mensais. Dívidas atuais, relação dívida/renda, pontuação de falências.
TransUnion – CreditVision	Histórico de endereços, saldos em linhas comerciais, limite de crédito, débitos vencidos...
ZestFinance	Relatórios de crédito das principais agências de proteção ao crédito, incluindo informações financeiras, uso de tecnologia e até mesmo dados sobre a rapidez com que um usuário rola a tela através dos termos de serviço.
LendUp	Relatórios de crédito de importantes agências, dados de redes sociais e informações acerca da rapidez com que o usuário rola a tela nos sites.
Kreditech	Dados de localização (por exemplo, GPS), gráficos sociais (curtidas, amigos, locais, postagens), análise comportamental (movimento e duração em uma página da web), relatórios de comportamento de compra, dados do dispositivo (aplicativos instalados, sistemas operacionais).
Earnest	Trabalho atual, salário, histórico educacional, saldos na poupança e demais contas; dados de perfil online (por exemplo, LinkedIn) e informações de cartão de crédito.

Demyst Data	Pontuação de crédito, ocupação, verificações de fraude, estabilidade no emprego, histórico profissional e pegada social online.
-------------	---

Fonte: adaptado de Hurley e Adebayo (2016).

Também, o portal americano *Focus*, de posse de informações detalhadas sobre cerca de 203 milhões de pessoas, formulava inúmeras listas de segmentação e caracterização de grupos, com identificações como “abastados de origem hispânica”, “pais gastadores”, “possuidores do primeiro cartão de crédito”, “adultos, mas ainda vivendo com os pais”, “pessoas maduras com conhecimento de tecnologias avançadas”, “novos proprietários de imóveis”, “compradores com status”, “grandes gastadores com compras de vitaminas” e “adeptos de regimes alimentares”²⁰⁷.

Os casos acima retratados revelam o chamado *black box*²⁰⁸ das ferramentas de inteligência artificial, dada a obscuridade dos parâmetros que geram a avaliação e a extensão dos dados coletados.

Também na Europa o cenário ultrapassa, por vezes, o defensável. Na Alemanha, o SCHUFA, empresa que presta serviços de proteção ao crédito, por anos classificou de modo negativo consumidores simplesmente em razão do pedido de acesso aos próprios dados. Era, em verdade, a penalização pelo exercício de um direito. A situação provocou uma severa reação do Poder Legislativo daquele país, que, em 2009, determinou a impossibilidade de uso de dados relativos ao exercício de um direito como parâmetro de calibragem dos sistemas de *scoring*²⁰⁹.

A situação poderia ser, para alguns, até tragicômica, mas um maior aprofundamento no tema denota a potencial gravidade dos fatos que dela decorrem. Dados de uma pesquisa americana reportam os expressivos prejuízos que equívocos na formatação do *scoring* podem trazer para o consumidor. A *Consumer Federation of America* e a *National Credit Reporting Association* pesquisaram 500.000 *credit scores* e 1.700 *credit reports* e concluíram, ao fim, que 1/5 de todos os consumidores haviam sido classificados em categorias de risco mais elevadas, em razão de *credit scores* desajustados. As consequências

²⁰⁷ SOLOVE, Daniel *et.al.* The digital person and the future of privacy. Chicago: Springer, 2006. *Apud* CARVALHO, Joatan Marcos. É possível a proteção de dados pessoais? **Revista Luso-brasileira de Direito do Consumo**. Mar 2017. p. 259-269. p. 62. Disponível em: https://issuu.com/editorabonijuris9/docs/revista_luso-brasileira_de_direito__4356187889e1fe. Acesso em: 23 dez 2020.

²⁰⁸ BATHAEE, Yavar. The artificial intelligence black box and the failure of intent and causation. **Harvard Journal of Law & Technology**. V. 31, n. 2, Spring 2018. p. 905.

²⁰⁹ SCHERTEL, Laura. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 114.

financeiras, geradas a partir desses equívocos, eram severas. Calcula-se a perda de U\$124.000 por consumidor, na hipótese de crédito hipotecário, caso o solicitante estivesse na categoria de risco *subprime*, em vez das taxas mais vantajosas referentes à categoria *prime market*.²¹⁰

Ainda, um birô de crédito que tenha realizado uma classificação enviesada de indivíduos é capaz de fazer com o sujeito morador de uma área periférica e possuidor de determinadas características (idades de 20 a 30 anos, ausência de ensino superior, duas contas bancárias com baixo limite de crédito) seja automaticamente entrincheirado em determinado grupo de risco – o que faz com que seja submetido a menores vantagens negociais. Sobre isso, O’Neil relata casos de empresas de recrutamento que utilizam informações de crédito para seleção de novos colaboradores. Esses indivíduos, por certo, sequer imaginam que estão sofrendo discriminação em razão de suas informações financeiras e que o potencial empregador considera, na seleção, os índices de *credit scoring*.²¹¹

Vale mencionar, ademais, o caso Sears, investigado pela *Federal Trade Commission*, nos EUA, que suscitou o debate sobre os limites do consentimento no tratamento de dados pessoais. No caso, a empresa foi investigada, em razão da prática de oferecer dez dólares aos consumidores que visitassem o portal da empresa e permitissem a instalação de um “software de pesquisa”, que estudaria parâmetros e algumas características da navegação online. A publicidade da prática envolvia termos como “participe de interações emocionantes – sempre nos seus termos e de acordo com a sua escolha”. Ocorre que o software, em verdade, possibilitava um vasto grau de monitoramento dos hábitos dos consumidores relacionados à navegação na internet, inclusive de sites criptografados, abrangendo desde extratos bancários, registros de remédios, históricos de empréstimos, até dados relativos ao e-mail do consumidor.²¹²

O órgão regulador americano, após apuração do caso, entendeu serem insuficientes as informações fornecidas ao consumidor a respeito da elevada extensão do monitoramento.

²¹⁰ BUCHNER, Benedikt. **Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. p. 125. *Apud* SCHERTEL, Laura. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 116.

²¹¹ ZANATTA, Rafael. **Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**, 2019. p. 2. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 20 dez. 2020.

²¹² MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o marco civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 106, 2016. p. 37-69. p. 65.

Em 2009, um acordo foi celebrado com a empresa, que previu a destruição de todos os registros armazenados e a comunicação aos consumidores sobre como desinstalar o software²¹³.

No Brasil, a situação também ganhou luz ao ser enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2014. O julgamento paradigma foi proferido no caso de uma consumidora, que, insatisfeita com a negativa de crédito em uma loja de varejo, ajuizou uma ação de obrigação de fazer cumulada com pedido indenizatório em face da *SERASA Experian S.A.* A alegação nuclear era de que a existência de um cadastro denominado *Concentre Scoring* (comercializado para empresas e lojistas) teria inserido a consumidora em categorias de risco de negócio, dificultando a obtenção de confiabilidade no mercado. Nesses registros, haveria uma análise de risco para compras a prazo, atribuindo ao consumidor uma pontuação após a consulta de documentos e pesquisa junto a instituições financeiras, administradoras de cartão de crédito e lojas credenciadas, por meio de 400 variáveis. Aludiu a consumidora, nos autos, que diligenciou junto ao SERASA, buscando informações acerca de seus dados pessoais arquivados junto ao *Concentre Scoring*, mas que, no entanto, não obteve êxito e, por isso, suscitou violação aos seus direitos da personalidade.

A Corte Superior, em sede de agravo em recurso especial, após amplo debate na sociedade – foi a primeira audiência pública da história realizada no âmbito do STJ –, concluiu:

A avaliação da licitude do sistema “credit scoring” deve partir da premissa de que não se trata de um cadastro ou banco de dados de consumidores, mas de uma metodologia de cálculo do risco de crédito, utilizando-se de modelos estatísticos e dos dados existentes no mercado acessíveis via “internet”. A vedação de utilização de dados sensíveis busca evitar a utilização discriminatória da informação, conforme claramente definido pelo legislador como aqueles “pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.” Desse modo, no sistema jurídico brasileiro, encontram-se devidamente regulados tanto o dever de respeito à privacidade do consumidor (v.g. informações excessivas e sensíveis), como o dever de transparência nessas relações com o mercado de consumo (v.g. deveres de clareza, objetividade e veracidade). Além disso, devem ser respeitadas as limitações temporais para as informações a serem consideradas, estabelecidas pelo CDC e pela Lei n. 12.414/2011, que são de cinco anos para os registros negativos (CDC) e de quinze anos para o histórico de crédito (Lei n. 12.414/2011, art. 14). No caso específico do “credit scoring”, devem ser fornecidas ao consumidor informações claras, precisas e pormenorizadas acerca dos dados considerados e as respectivas fontes para atribuição da nota (histórico de crédito), como expressamente previsto no CDC e na Lei nº 12.414/2011. O fato de se tratar de uma metodologia de cálculo do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, que busca informações em cadastros e bancos de dados disponíveis no mercado digital, não

²¹³ MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o marco civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 106, 2016. p. 37-69. p. 65.

afasta o dever de cumprimento desses deveres básicos, devendo-se apenas ressaltar dois aspectos: De um lado, a metodologia em si de cálculo da nota de risco de crédito (“credit scoring”) constitui segredo da atividade empresarial, cujas fórmulas matemáticas e modelos estatísticos naturalmente não precisam ser divulgadas (art. 5º, IV, da Lei 12.414/2011: ...“resguardado o segredo empresarial”). De outro lado, não se pode exigir o prévio e expresso consentimento do consumidor avaliado, pois não constitui um cadastro ou banco de dados, mas um modelo estatístico. Com isso, não se aplica a exigência de obtenção de consentimento prévio e expresso do consumidor consultado (art. 4º). Isso não libera, porém, o cumprimento dos demais deveres estabelecidos pelo CDC e pela lei do cadastro positivo, inclusive a indicação das fontes dos dados considerados na avaliação estatística, como, aliás, está expresso no art. 5º, IV, da própria Lei nº 12.414/2011 (“São direitos do consumidor cadastrado ... conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise do risco de crédito, resguardado o segredo empresarial”). Assim, essas informações, quando solicitadas, devem ser prestadas ao consumidor avaliado, com a indicação clara e precisa dos bancos de dados utilizados (histórico de crédito), para que ele possa exercer um controle acerca da veracidade dos dados existentes sobre a sua pessoa, inclusive para poder retificá-los ou melhorar a sua performance no mercado. Devem ser prestadas também as informações pessoais do consumidor avaliado que foram consideradas para que ele possa exercer o seu direito de controle acerca das informações excessivas ou sensíveis, que foram expressamente vedadas pelo art. 3º, § 3º, I e II, da própria Lei nº 12.414/2011²¹⁴.

Reconheceu-se, assim, a licitude do sistema de *scoring* no contexto brasileiro, a despeito do alerta de “necessidade de assegurar que esses serviços de proteção ao crédito exercitem suas graves responsabilidades com equidade, imparcialidade e respeito pelo direito à privacidade do consumidor”²¹⁵, sobretudo para evitar o estímulo de flagrantes decisões discriminatórias e devassa à intimidade.

Noutras palavras: o STJ concluiu que, mesmo diante da possibilidade de os birôs de crédito possuírem suas próprias metodologias de análise de risco – há liberdade empresarial para tanto –, esses entes privados precisam assumir compromissos de (i) garantia de informação sobre quais dados compõem a base do sistema; e (ii) não-discriminação abusiva²¹⁶. Em caso de inobservância, podem ser responsabilizados objetivamente por eventual uso de dados de natureza sensível ou informações excessivas.

Transparência, correção e objetividade devem, assim, ser os parâmetros essenciais para nortear a conformação dos sistemas de *scoring*, sobretudo considerando-se a extensão e diversidade de dados que servem como insumo para as estratégias de marketing desse

²¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.419.697/RS**. Relator: ministro Paulo de Tarso Sanseverino. J. 12/11/2014.

²¹⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 328.

²¹⁶ ZANATTA, Rafael. **Perfilização, Discriminação e Direitos**: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, 2019. p. 03. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 20 dez. 2020.

segmento. Caso contrário, razões meramente de mercado serão legitimadas, e prejuízos creditícios severos experimentados por consumidores. Sem contar, ainda, o potencial discriminatório que birôs de crédito enviesados suscitem: a leitura emponderada de dados pessoais de grupos marginalizados²¹⁷ (que são, inclusive, os maiores beneficiários de políticas públicas, com dados pessoais mais facilmente acessíveis, portanto) pode assegurar um “feedback looping de injustiça”²¹⁸ – o que perpetua a manutenção de grupos às margens do mercado e sob a condição de superendividamento, em razão dos entraves impostos por conta de *scorings* mais baixos.

2.2.2 Promoção: *Behavioral Advertising*

A publicidade, ou propaganda²¹⁹, em linhas gerais, pode ser definida como a comunicação estabelecida entre o consumidor e o fornecedor de um produto ou serviço, na qual não só se informa a respeito das características do bem de consumo, como, também, promove-se a persuasão ao ato de consumir²²⁰.

Para além dos benefícios informacionais que entregam ao consumidor, a comunicação publicitária também é apontada como elemento crucial para o fortalecimento das engrenagens democráticas, na medida em que viabiliza a desvinculação entre a imprensa e o poder estatal centralizado. Ainda, figura como uma legítima maneira de fomento à concorrência e ampliação do mercado, e aumento da rentabilidade do capital²²¹.

Como mera forma de comunicação, a publicidade é tão antiga quanto a própria socialização do ser humano. Como atividade empresarial organizada, porém, tem história recente, e seu estágio embrionário remonta, sobretudo, ao nascimento da imprensa, em meados do século XV, a partir de Johann Gensfleisch Gutenberg²²².

²¹⁷ Neste sentido, é o documentário CODED BIAS, dirigido por Shalini Katayya, de 2020.

²¹⁸ ZANATTA, Rafael. **Perfilização, Discriminação e Direitos**: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, 2019. p. 03. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 20 dez. 2020.

²¹⁹ Cumpre enfatizar que a publicidade objeto do presente estudo consiste na publicidade de cunho comercial, ou seja, aquela voltada para o consumo. Diferentemente da propaganda, que tem feição ideológica, a publicidade comercial enfoca na questão do consumo e toma forma com o aparecimento dos meios de comunicação de massa, ou seja, da criação da imprensa. (JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996 p. 08).

²²⁰ BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. São Paulo: Forense, 2019. p. 15.

²²¹ CHAVES, Rui Moreira. **Regime jurídico da publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 52.

²²² CHAVES, Rui Moreira. **Regime jurídico da publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 33.

Durante um longo período (entre XV e XIX), contudo, esse discurso publicitário era meramente operativo: *O produto x vende-se a preço y, no local z*, sem, portanto, possuir elementos persuasivos. Como exemplo, tem-se o protagonismo dos pintores de cartazes, alunos de belas artes²²³ ou pintores profissionais, que, contratados por empresas, utilizavam os muros e paredes da urbe para publicização de produtos e serviços. Esses cartazes serviam mais como alegorias sociais que imprimiam no cotidiano, em alguma medida, destaque para o bem de consumo a publicizar²²⁴. Veja-se um exemplo do período²²⁵:

Figura 1 | Cartaz da Coca-Cola



Fonte: CNN (2016).

Posteriormente, já no século XX, com a eclosão da massificação do consumo, em uma sociedade fascinada pelos novos inventos que revolucionaram o cotidiano (como a eletricidade, o telefone e o automóvel) e pela crescente circulação de capital (resultante do aumento do comércio global), amplia-se a concorrência entre os produtores e os seus produtos, obrigando, por derradeiro, o estabelecimento de uma diferenciação positiva no mercado, que encaminhasse o público alvo para adquirir determinado bem em detrimento de outro muito similar²²⁶.

²²³ Henri Marie Raymond de Toulouse-Lautrec Monfa foi um dos mais notáveis pintores desse período. Revolucionando as pinturas publicitárias, se destacou no século XIX, sobretudo com seus cartazes promocionais de teatros e lupanares.

²²⁴ CHAVES, Rui Moreira. **Regime jurídico da publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 37.

²²⁵ CNN. 130 years of coca-cola ads. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2016/05/06/living/gallery/coca-cola-ads/index.html>. Acesso em: 20 dez. 2020.

²²⁶ CHAVES, Rui Moreira. **Regime jurídico da publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 38.

Também, é nesse momento que se constata o alargamento substancial da base social em que se assentava a publicidade; a transformação e a popularização dos meios de comunicação de massa; a conversão da publicidade como um instrumento financeiro essencial para a imprensa; e o advento das primeiras empresas vocacionadas para a compra e venda de espaços nos meios de comunicação social.

Esse protagonismo experimentado pelo mercado publicitário do século XX é, porém, diretamente ligado à sociedade de massa. Isso porque, em um cenário de dissolução do indivíduo enquanto pessoa singular e de constituição de uma massa uniforme de sujeitos simpáticos ao consumo, passa-se a exigir, do mercado, um trabalho de expansão da comunicação comercial, com o objetivo de atingir, indistintamente, o maior número de indivíduos possível²²⁷ (um exemplo marcante desse período histórico é o surgimento de marcas globais célebres, como a Coca-Cola, fundada em 1886, nos Estados Unidos).²²⁸

A partir do final dos anos 70, associada ao forte individualismo, globalização, feroz competitividade empresarial e estímulo desenfreado ao consumo²²⁹, a publicidade ganha sofisticação e contornos científicos. O simbolismo torna-se presente. Com a aplicação da Psicologia e da Sociologia ao estudo do comportamento do consumidor, a ação publicitária deixa de se amparar na ideia de mera massificação da comunicação, passando a intervir na *psique* do indivíduo e se aproximando, ao máximo, da individualidade de cada sujeito²³⁰. Inaugura-se, nesse momento, a ideia do *positioning*, como um reconhecimento de que o produto/serviço deve ser colocado em posição vantajosa na mente do consumidor, e não apenas no mercado²³¹.

Nessa tendência, acompanhado das revolucionárias transformações sociais e políticas percebidas após 1990, o mercado publicitário agigantou-se²³², aperfeiçoando,

²²⁷ CHAVES, Rui Moreira. **Regime jurídico da publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 39.

²²⁸ KOZICKI, Katya; MENDONÇA, Gilson Martins; COELHO, Sérgio Reis. O princípio da vulnerabilidade e as técnicas de neuromarketing: aprofundando o consumo como vontade irrefletida. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 18, n. 1, p.135-152, jul. 2014. p. 139.

²²⁹ KOZICKI, Katya; MENDONÇA, Gilson Martins; COELHO, Sérgio Reis. O princípio da vulnerabilidade e as técnicas de neuromarketing: aprofundando o consumo como vontade irrefletida. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 18, n. 1, p.135-152, jul. 2014. p. 139.

²³⁰ CHAVES, Rui Moreira. **Regime jurídico da publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 42.

²³¹ CHAVES, Rui Moreira. **Regime jurídico da publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 44.

²³² O investimento em marketing é tão importante quanto o desenvolvimento e a fabricação dos próprios produtos e consome parte considerável das verbas das empresas. A pesquisa CMO Spend Survey 2018-2018 da consultoria Gartner, que anualmente questiona os principais executivos de marketing sobre o quanto e como gastam seus recursos, mostrou que entre os anos de 2014 e 2017, os investimentos no setor estiveram em torno de 11,3 e 12,1%, em média, para cerca de 350 grandes empresas respondentes. [...] Um fato a observar aqui é a tendência de investimento das empresas – dois terços dos executivos disseram que planejam aumentar a verba da propaganda digital, enquanto as mídias tradicionais deverão perder recursos progressivamente. (SOUZA,

sobretudo por meio da tecnologia, suas técnicas de persuasão. Efetivamente, desde a instituição de mecanismos de reprodução em massa – com o advento das mídias de radiodifusão²³³ –, que objetivavam o maior alcance da exposição da propaganda, até a maciça utilização da *internet* para aprimoramento da relação entre consumidor e empresa, a publicidade experimentou um sensível aperfeiçoamento.

O mais notável deles foi o reconhecimento da necessidade de captura, controle e regulação da ação, principalmente por meio da modulação dos fluxos e desejos, das crenças e das forças (memória e atenção) que circulam pelo cérebro. A memória, a atenção e as relações que elas atualizam se tornam forças sociais e econômicas que precisam ser apreendidas para que possam ser controladas e exploradas pelo mercado no estímulo ao consumo.²³⁴

Para isso, exige-se, evidentemente, um minucioso e complexo trabalho prévio de caracterização e estereotipização dos sujeitos ou grupos. Isso porque há substancial distinção entre as informações livremente cedidas pelo consumidor e aquelas obtidas a partir do seu comportamento e emoções. Diferentemente das informações fornecidas conscientemente, as informações advindas do comportamento do sujeito não passam por seu controle, fugindo de qualquer tipo de ponderação minuciosa ou reflexão a respeito²³⁵.

Noutras palavras, para atingir a satisfação e cativar, efetivamente, o consumidor, o mercado publicitário percebeu a necessidade de desenvolver ferramentas que garantissem o acesso aos gostos, anseios e emoções íntimas individuais do seu público-alvo, aliando-se, para isso, às ferramentas digitais *online*, que, com relativo baixo custo, realizam um extenso e silencioso monitoramento²³⁶. A inovadora técnica, fundada nesta construção de perfis

Joyce; AVELINO, Rodolfo; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. **Sociedade de controle**. São Paulo: Hedra, 2019. p. 20).

²³³ Roberto Zaccaria afirma a particular importância crescente da televisão no mundo moderno quando destaca a posição central e dominante que ocupa entre os vários meios de comunicação de massa. [...] a posição das emissoras deriva essencialmente da particular natureza do meio técnico em que operam, aberta a todos, independente do seu grau de cultura, gerando uniformização de comportamentos a contar de padrões determinados pelos programas e pela publicidade divulgados. Essa posição corresponde, portanto, a uma forma de exercício do poder. (CENEVIVA, Walter. **Publicidade e o direito do consumidor**. São Paulo: RT, 1991. p. 28).

²³⁴ SOUZA, Joyce; AVELINO, Rodolfo; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. **Sociedade de controle**. São Paulo: Hedra, 2019. p. 80.

²³⁵ MACHADO, Fernando Inglez de Souza; RUARO, Regina Linden. Publicidade comportamental, proteção de dados pessoais e o direito do consumidor. **Conpedi Law Review**, Braga, Portugal. v. 3. n. 2. p. 421-440. jul/dez. 2017. p. 429.

²³⁶ O acesso à internet é, hoje, uma das principais fontes de dados para a formatação da Publicidade Comportamental, em especial a partir do *online profiling* (elaborações de perfis online). O histórico de navegação, as buscas realizadas em ferramentas de pesquisa, as compras online, praticamente tudo é considerado na hora de destinar uma publicidade personalizada aos gostos e interesses do consumidor de forma

singularizados capazes de personalizar a confecção da campanha publicitária para cada potencial cliente, tem garantido o destaque de inúmeras marcas e incremento na lucratividade para diversos atores do mercado²³⁷: é a denominada publicidade comportamental, ou *behavioral advertising*.

Essa comunicação comercial direcionada (ou segmentada) é uma prática que procura personalizar, ainda que parcialmente, a publicidade, correlacionando-a a um determinado fator que incrementa a possibilidade de êxito na indução ao consumo. Por meio de diversas ferramentas, dentre as quais se destacam os *cookies*, tornou-se possível rastrear a navegação do usuário e, por conseguinte, inferir seus interesses para correlacioná-los aos anúncios publicitários²³⁸. Como visto no capítulo 1, quando o usuário navega na internet, há uma série de cliques (*clickstream*) que revela uma gama gigantesca de informações sobre as predileções do sujeito, possibilitando que a abordagem publicitária se aproxime do indivíduo alvo com grande assertividade.

Laura Schertel Mendes conceitua esse fenômeno como perfilização²³⁹, uma agregação de inúmeros dados sobre uma determinada pessoa com vistas a construir, com maior precisão possível, um perfil individualizado, detalhado e confiável, que proporcione a previsibilidade de padrões de comportamento, de gostos, hábitos e preferências de consumo. Rafael Zanatta desmembra o processo, essencialmente, em seis etapas: (i) registro

quase pessoal. (MACHADO, Fernando Inglez de Souza; RUARO, Regina Linden. Publicidade comportamental, proteção de dados pessoais e o direito do consumidor. **Conpedi Law Review**, Braga, Portugal. v. 3 n. 2. p. 421-440. jul/dez. 2017).

²³⁷ A publicidade contemporânea teve que mudar seu discurso, sendo que a nova estratégia é o compartilhamento de referências culturais comuns entre o anunciante e o consumidor. Essa identificação só se torna possível devido ao público de hoje já estar imerso na cultura das mídias. É um público iniciado, expert, que, de certa forma, sabe do funcionamento das mídias e tem acesso aos seus meios de produção, ou, pelo menos, conhece-os. Isso é nítido principalmente em marcas dirigidas para jovens, os primeiros a absorverem as características da cultura digital, que não buscam convencer o receptor a consumir determinado produto diretamente, mas estabelecem elos de cumplicidades, revelando que o anunciante sabe exatamente o que o consumidor pensa, do que ele gosta e do que não gosta. (CARNIELLO, Monica Franchi. CARNIELLO, Monica Franchi; ASSIS, Francisco de. Formatos da Publicidade Digital: evolução histórica e aprimoramento tecnológico. **Anais**. 7º Encontro Nacional de História da Mídia, Universidade de Fortaleza (Unifor), em Fortaleza (CE), agosto de 2009. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/encontros-nacionais/7o-encontro-2009-1/Formatos%20da%20publicidade%20digital.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020).

²³⁸ BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. São Paulo: Forense, 2019. p. 18.

²³⁹ O fenômeno não é recente. A expansão das técnicas de perfilização já na década de 1960 mobilizou acadêmicos dos EUA, especialmente com relação à privacidade, informação e o direito de compreensão da existência dessas bases de dados. Em 1967, foi reportado que a Association of Credit Bureaus of America (ACBA) possuía mais de 110 milhões de dossiês de consumidores, emitindo quase 100 milhões de relatórios. (ZANATTA, Rafael. **Perfilização, Discriminação e Direitos**: do Código de Defesa do Consumidor a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, 2019. p. 9. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 20 dez. 2020).

de dados, (ii) agregação e monitoramento, (iii) identificação de padrões, (iv) interpretação de resultados, (v) monitoramento das informações para checagem dos resultados e (vi) aplicação de perfis (profiles)²⁴⁰.

Os elementos que servem de matéria-prima para este processo podem incluir performance de trabalho, situação financeira, saúde, preferências de consumo, interesses intelectuais, confiança social, padrões de mobilidade²⁴¹ e geolocalização. O problema é que, por vezes, atinge camadas mais profundas. O *Tinder*, aplicativo de relacionamento desenvolvido por uma empresa americana, utilizado por cerca de 4,3 milhões de brasileiros, foi, recentemente, notificado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, acerca do compartilhamento ilegal de dados íntimos dos usuários brasileiros. No caso europeu, que desencadeou a investigação por órgãos reguladores brasileiros, descobriu-se que as empresas envolvidas coletavam e tratavam dados de conteúdo bastante sensível, como hábitos relacionados ao uso de drogas e preferências sexuais, que, agregados a outros dados de caráter mais genérico, como preferências de alimentação, garantiam a construção de robusto e dinâmico perfil do usuário²⁴².

Um recente e vasto (mais de 3,7 milhões de pessoas foram atingidas) estudo americano²⁴³ confirmou, inclusive, que a segmentação de público, cumulada com apelos persuasivos personalizados para os perfis psicológicos, é altamente eficaz para influenciar o comportamento, conforme medição obtida por cliques e conversões²⁴⁴.

²⁴⁰ HILDEBRANDT, Mireille. Defining profiling: a new type of knowledge? In: Profiling the European citizen. Springer, Dordrecht, 2008. p. 61. *Apud* ZANATTA, Rafael. **Perfilização, Discriminação e Direitos**: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, 2019. p. 15. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 20 dez. 2020.

²⁴¹ ZANATTA, Rafael. **Perfilização, Discriminação e Direitos**: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, 2019. p. 6. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 20 dez. 2020.

²⁴² VEJA. *Tinder é denunciado por venda de dados com interesses sexuais de usuários*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/tecnologia/tinder-e-denunciado-por-venda-de-dados-com-interesses-sexuais-de-usuarios/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

²⁴³ KOSINSKI, M.; MATZ, S. C.; NAVE, G.; STILLWELL, D. J. Psychological targeting as an effective approach to digital mass persuasion. *PNAS*. v. 114. Nov. 2017. Tradução livre.

²⁴⁴ Taxas de cliques (CTRs) são uma métrica de marketing digital comumente usada que quantifica o número de cliques em relação ao número de vezes que o anúncio foi mostrando. A taxa de conversão é uma métrica de marketing que reflete o número de conversões, como downloads de aplicativos ou compras na loja online, em relação ao número de vezes que o anúncio foi exibido. (GOOGLE ADS. Disponível em: <https://support.google.com/google-ads/answer/2615875?hl=pt-BR>. Acesso em: 20 dez. 2020).

A partir das métricas de “curtidas” dos usuários da plataforma *Facebook*²⁴⁵ e também o banco de dados *myPersonality.org* (um aplicativo que contém os *likes* do *Facebook*, juntamente com as pontuações obtidas pelos usuários no questionário de 100 itens do *International Personality Item Pool*), os pesquisadores assimilaram a segmentação de perfis psicológicos, viabilizando o alcance de traços de personalidade e inclinações emocionais dos usuários.

Com isso, concluíram que a divisão gerada a partir dos dados coletados e manipulados geraria resultados positivos sob a ótica social – como, por exemplo, fazer a identificação de indivíduos altamente neuróticos, com sinais precoces de depressão, e dirigir a eles publicidades de materiais de autoajuda e conselhos profissionais. Destacaram, no entanto, que a persuasão psicológica, também, seria eficaz para explorar “fraquezas” nos traços de personalidade de uma pessoa. Por exemplo, destinar anúncios de cassino *online* ou jogos de azar para indivíduos com traços psicológicos associados ao jogo patológico, ou estimular o consumo em sujeitos psiquicamente desestabilizados.

Essa abordagem e catalogação de usuários pode ser usada para revelar os traços íntimos dos indivíduos sem qualquer consciência deles. Os experimentos empíricos do estudo foram, em seu núcleo, realizados sem coletar nenhuma informação de nível individual, mas, ainda assim, as conclusões asseguraram a obtenção de informações pessoais que grande parcela dos indivíduos consideraria profundamente privadas. Até mesmo informações sobre o atual estágio psíquico dos usuários eram extraídas das métricas usadas, podendo ser transformadas em vantagem competitivas pelos *players* do setor publicitário, por diagnosticar, com certa precisão, o momento e forma ideal de encaixe da tentativa de comunicação publicitária persuasiva.

A pesquisa, ainda, estampada no artigo *Computer-based personality judgements are more accurate than those made by humans*, mostrou, por modelos testáveis, que as ferramentas de catalogação baseadas em computador são mais precisas que os humanos na tarefa de julgamento da personalidade. Esse artigo, inclusive, serviu de inspiração para que

²⁴⁵ Os usuários do *Facebook* expressam, na plataforma, seu interesse em uma ampla variedade de assuntos, como celebridades, políticos, artes, livros, produtos, marcas etc. Os gostos são semelhantes a uma ampla variedade de outras pegadas digitais – como dados de navegação na web, registros de compra, listas de reprodução e muitos outros.

Robert Mercer investisse na criação da Cambridge Analytica²⁴⁶, o mais famoso episódio de manipulação de massas a partir do uso de dados pessoais coletados em redes sociais²⁴⁷.

Veja-se, nesse sentido, alguns outros interessantes exemplos que denotam o grau de sofisticação alcançado atualmente pelo mercado publicitário na formulação de suas estratégias de publicidade comportamental:

(i) a implementação de um sistema de processamento de movimentos, o qual identifica os deslocamentos dos usuários para precisar o estado mental deles no momento de interação com a tecnologia²⁴⁸;

(ii) a projeção de um sistema para detectar sorrisos e outras expressões faciais de quem assiste a vídeos no Youtube²⁴⁹;

(iii) em 2012, o *Facebook* fechou um acordo com a empresa *Datalogix*, que lhe permitiria associar o que o consumidor compra no supermercado aos anúncios que vê no Facebook. O Google já tem um aplicativo – o *Google Field* – que analisa constantemente lojas e restaurantes da vizinhança do consumidor para lhe indicar as últimas ofertas²⁵⁰.

(iv) *Google*, *Apple* e *Microsoft* têm, recentemente, investido no patenteamento da tecnologia de direcionamento de anúncios com base em emoções²⁵¹. Ainda, cabe ressaltar a

²⁴⁶ SOUZA, Joyce; AVELINO, Rodolfo; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. **Sociedade de controle**. São Paulo: Hedra, 2019. p. 92.

²⁴⁷ O escândalo da Cambridge Analytica diagnosticou o alto nível de manipulação alcançado pela leitura de dados pessoais de usuários de redes sociais. A partir de uma parceria comercial estabelecida entre a empresa britânica Cambridge Analytica e o Facebook, criou-se um complexo sistema de direcionamento de publicidade eleitoral personalizada, com o objetivo de angariar apoiadores para determinado candidato. No sistema criado, através de apenas um usuário monitorado era possível obter informações sobre um grande grupo de pessoas (aproximadamente outros 340 indivíduos). As informações sobre a localização e os interesses desses usuários eram recolhidas e analisadas para desvendar traços de personalidade como: extroversão, benevolência, consciência, estabilidade emocional e abertura à experiência, assim como seus opostos. Em 2018, o New York Times publicou um artigo dando conta que a empresa britânica teria dados pessoais de pelo menos 50 milhões de usuários. Todo o episódio levou à uma extensa investigação, não apenas por suspeitas de manipulação eleitoral nas eleições dos EUA, mas também sobre o envolvimento da Cambridge Analytica no Brexit, bem como nos conflitos entre Rússia e Ucrânia. (BOLDYREVA, Elena L; GRISHINA, Natalia; DUSEMBINA, Yekaterina. Cambridge Analytica: ethics and online manipulation with decision-making process. In **The European Proceedings of Social & Behavioral Sciences**. Dez. 2018. p. 97. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/330032180_Cambridge_Analytica_Ethics_And_Online_Manipulation_With_Decision-Making_Process. Acesso em: 20 dez. 2020).

²⁴⁸ BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. São Paulo: Forense, 2019. p. 24.

²⁴⁹ BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. São Paulo: Forense, 2019. p. 24.

²⁵⁰ MOROZOV, Evgeny. **BIG TECH: a ascensão dos dados e a morte da política**. São Paulo: UBU, 2019. p. 33.

²⁵¹ BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. São Paulo: Forense, 2019. p. 24.

existência de mais de 30 registros de patentes, pelo *Facebook*, relacionados a apreensão de emoções dos usuários²⁵².

Esse, certamente, é um mercado altamente rentável. O *Facebook* anunciou, no primeiro semestre de 2020, um aumento de 98% em seu lucro líquido, que alcançou US\$ 5,2 bilhões²⁵³. O Google, no mesmo sentido, atingiu, em 2019, um faturamento total de US\$ 46,08 bilhões (US\$ 4,72 bilhões só com o *YouTube*), que resultou em um lucro líquido de US\$ 10,67 bilhões no trimestre.

Ressalte-se que o *Google* e o *Facebook* tiveram pontos de partida e estratégias distintas, mas ambos escorados no uso e gestão de dados pessoais — um deles se apoiou nas relações entre informações, o outro nas relações entre pessoas —, porém, em última análise, os dois competem pelos mesmos rendimentos advindos da publicidade. Do ponto de vista do anunciante online, a questão é simples: qual empresa gerará o maior retorno por cada recurso investido? A relevância, aqui, entra na equação. As massas de dados acumuladas pelo Facebook e pelo Google têm dois propósitos: para os usuários, os dados são a chave para a oferta de notícias e resultados pessoalmente relevantes; para os anunciantes, os dados representam a chave para encontrar possíveis compradores. A empresa que tiver maior quantidade e informações mais íntimas, bem como souber usá-las em prol do estímulo ao consumo, conquistará os recursos do mercado publicitário²⁵⁴.

Sublinhe-se, também, que essa mudança de paradigmas — fuga da publicidade massificada em direção à publicidade personalizada, assegurada principalmente pela virtualização das relações sociais — decorre de inúmeros fatores, que vão desde o elevado nível de convencimento alcançado por campanhas publicitárias segmentadas, até mesmo em razão da redução de custos envolvidos nesta forma de comunicação comercial (uma simples inserção no Jornal Nacional, o telejornal mais assistido do país, chega a custar R\$ 1,3

²⁵² A pesquisadora buscou patentes e pedidos de patente registrados pela Facebook Inc. nos Estados Unidos entre 2014 e 2018, encontrando quase 4.000. Entre elas, refinou a pesquisa para aquelas que só diziam respeito à rede social e depois selecionou 39 com potencial de modulação do comportamento do usuário. Destas, cerca de 15% tinham a análise de emoções como parte fundamental do funcionamento — vale lembrar que nem todas se tornaram patentes de fato. “Por mais que aquela tecnologia não esteja sendo utilizada, ou não vá ser utilizada, aquele é um conhecimento que a empresa adquiriu”, explica Débora. (A PÚBLICA. Como o Facebook está patenteando as suas emoções. Disponível em: <https://apublica.org/2019/07/como-o-facebook-esta-patenteando-as-suas-emocoes/#.XSY0UtZxdpc.linkedin>. Acesso em: 20 dez. 2020).

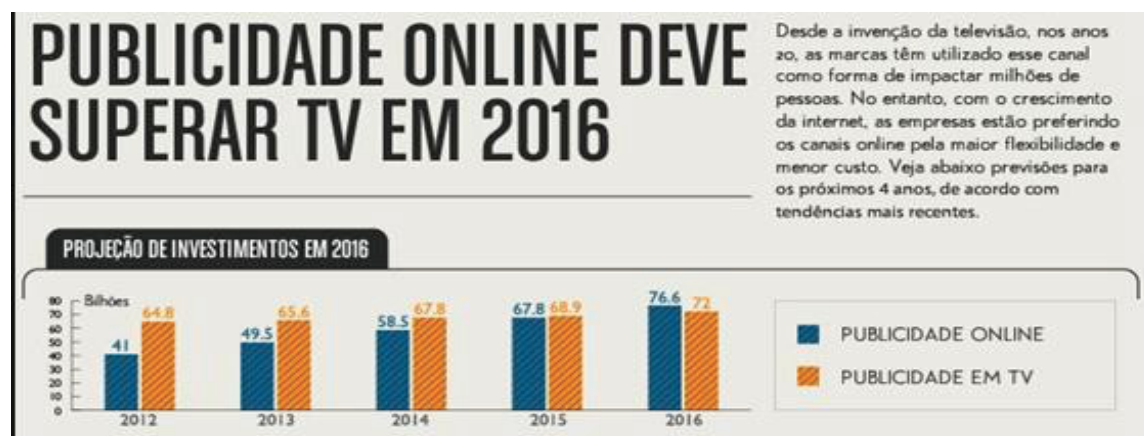
²⁵³ **TECNOBLOG.** Facebook dobra lucro e chega a 2,7 bilhões de usuários. Disponível em: <https://tecnoblog.net/356063/facebook-dobra-lucro-e-chega-a-2-7-bilhoes-de-usuarios/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

²⁵⁴ PARISER, Eli. **O filtro invisível.** O que a Internet está escondendo de você. Trad. Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 41.

milhão²⁵⁵, enquanto que a publicidade digital pode custar frações do valor de investimento exigido pelas mídias tradicionais).

No Brasil, em 2017, este mercado²⁵⁶ movimentou 14,8 bilhões de reais – um aumento de 25,4%, quando comparado ao mesmo período de 2016²⁵⁷. O avanço torna-se ainda mais significativo quando comparado aos dados de investimentos nos veículos de comunicação tradicionais (rádio, jornal e TV)²⁵⁸:

Figura 2 | Publicidade Online



Fonte: Tec Tríade Brasil (2016).

Ainda, enquanto a publicidade das mídias tradicionais ampara-se na lógica de máxima efetividade de uma campanha publicitária única (normalmente a empresa veicula o

²⁵⁵ UOL. Quanto custa anunciar na Globo. Disponível em: <https://noticiasdatv.uol.com.br/noticia/televisao/quanto-custa-anunciar-na-globo-comercial-no-jn-vale-mais-de-r-13-mi-27923>. Acesso em: 20 dez. 2020.

²⁵⁶ Erenberg cita várias formas diferentes de publicidade na internet. São elas: websites de destinação, por meio dos quais é possível a divulgação de produtos e serviços, bem como a realização de vários tipos de negócios jurídicos; os micro-sites, também chamados hot sites ou promo pages, são pequenos sítios dedicados unicamente a um produto ou serviços, ao qual os usuários são direcionados ao clicar em um banner; as páginas intercaladas, que são páginas que surgem na tela do computador do usuário, ocupando-a em parte ou em sua totalidade, sobre as quais os usuários, via de regra, não possuem nenhum controle, sendo necessariamente submetidos a elas; os frames, que são subdivisões da janela principal do navegador, cada uma funcionando como uma pequena janela, com conteúdo independentes; as janelas pop-up, que aparecem na tela, invadindo o campo visual do internauta, sem aviso ou permissão do mesmo; os websites de aproximação, corretagem e leilão, que funcionam como intermediário entre compradores e vendedores; os banners que aparecem no canto das páginas e geralmente levam o internauta a um micro-site ou outra página na internet quando o usuário clica sobre eles; e os e-mails que a empresa pode enviar ao consumidor ofertando seus produtos e serviços, desde que respeitadas as condições legais. (LONGHI, João Victor Rozatti; BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. **Marketing cruzado na Internet e publicidade abusiva: a necessária proteção da privacidade do consumidor**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9910489e4ff31089>. Acesso em: 20 dez. 2020).

²⁵⁷ EXCHANGE WIRE. 2018. Disponível em: https://www.exchangewire.com.br/files/2018/05/infografico_vertical_web_v7-portugues-761x1024.jpg. Acesso em: 20 dez. 2020.

²⁵⁸ TEC TRÍADE BRASIL. 2016. Disponível em: <http://tectriadebrasil.com.br/wp-content/uploads/2013/01/Publicidade-online-deve-superar-TV-em-2016.jpg>. Acesso em: 20 dez. 2020.

mesmo comercial por um longo período), nas mídias online há grande diversidade das formas de comunicação com o público-alvo. Veja-se:

- (i) *Spam*: mensagens eletrônicas encaminhadas, com grande velocidade e baixo custo, diretamente para os endereços eletrônicos de consumidores ou potenciais clientes.

Trata-se do meio mais comum e antigo de publicidade digital, representando um

Revolucionário canal de marketing direto, vez que agrega vantagens como velocidade (um e-mail circunda o globo terrestre em poucos instantes), impacto (milhões de mensagens podem ser rapidamente encaminhadas a todos os cantos do planeta de forma automática), economia (os custos de criação, produção e remessa do e-mail são infinitamente mais baixos que os de outras mídias, permitindo a experimentação de novas ideias e um maior retorno sobre os investimentos de marketing), flexibilidade (uma mensagem que não tenha gerado retorno pode ser substituída em poucos minutos), facilidade de manutenção e atualização da base de dados (mediante a coleta de novos, atuais e mais apurados dados sobre o consumidor e suas preferências), interatividade e manutenção do contato com o cliente (mantendo-se aceso o relacionamento da empresa com este), recursos tecnológicos (a cada dia novos recursos são incorporados às mensagens, como multimídia) e relativa eficiência²⁵⁹.

- (ii) *Banners*: anúncios localizados em partes da tela do navegador, oferecendo bens e serviços personalizados ao internauta:

Trata-se de um pequeno anúncio digital que ocupa pequena porção da tela do navegador, geralmente apresentando recursos gráficos sofisticados a fim de atrair a atenção do usuário. [...] Ao clicar no banner pode-se obter mais informações sobre o produto ou serviço anunciado, adquiri-lo ou mesmo solicitar amostras grátis e registrar-se (fornecendo dados pessoais) para participar de concursos e concorrer a prêmios.²⁶⁰

- (iii) *Metalags*: são “informações codificadas ou palavras-chave sobre o conteúdo da página de um fornecedor para que os programas de uso as encontrem”²⁶¹. Explica-se: é a associação, nos sites de busca, de determinada marca com palavras-chave de outros fornecedores, produtos ou expressões de alta procura na internet²⁶². Essa

²⁵⁹ EREMBERG, Jean Jacques. Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 47. *Apud* SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. **O marketing digital e a proteção do consumidor**. 2009. 181f. Dissertação (mestrado em Direito). Faculdade de Direito da PUC-SP, 2009. p. 90.

²⁶⁰ EREMBERG, Jean Jacques. Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 47. *Apud* SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. **O marketing digital e a proteção do consumidor**. 2009. 181f. Dissertação (mestrado em Direito). Faculdade de Direito da PUC-SP, 2009. p. 44.

²⁶¹ MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 176.

²⁶² SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. **O marketing digital e a proteção do consumidor**. 2009. 181f. Dissertação (mestrado em Direito). Faculdade de Direito da PUC-SP, 2009. p. 101.

conduta pode, inclusive, quando calibrada de forma abusiva, figurar como concorrência desleal, como já salientado pela Corte Paulista:

Aqui, superada a questão da legitimidade da apelante para exercer o direito de defender a exclusividade da exploração da marca, observa-se que restou comprovada a indevida associação do elemento nominativo “Boston Medical Group”, marca licenciada da apelante, ao nome de domínio da apelada Keilla, através do serviço de “links” patrocinados oferecido pelo apelado Google. É o suficiente para caracterizar a conduta desleal da apelada Keilla, por facilitar a confusão do consumidor e o desvio da clientela da apelante, sendo de rigor sua condenação à reparação por perdas e danos. Diferentemente dos provedores de domínios, que são meras plataformas de veiculação de conteúdos selecionados pelos próprios internautas e somente são responsabilizados civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial, não tomarem as providências para tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, a prestação de serviço AdWords é relação contratual onerosa que não imuniza o Google sobre os efeitos que ela gera na esfera jurídica de terceiros. A prática de ilícito distingue o caso em análise da publicidade comparativa, que beneficia o consumidor, fortalece a concorrência saudável no mercado e é autorizada à luz do princípio da livre concorrência e livre iniciativa (CF, art. 1º, IV). Fica imposta à apelada Google, portanto, condenação solidária com a apelada Keila.²⁶³

- (iv) Publicidade mascarada: utilização de indivíduos, aparentemente não vinculados com a marca, para elogiar, em comunidades digitais e/ou grupos de redes sociais, determinado bem ou serviço. É interessante ressaltar que esse modo de estímulo publicitário tem grande eficácia, na medida em que, como apontado pelo IBOPE, 46% das pessoas buscam comentários de outros internautas antes de adquirir um item ou serviço²⁶⁴.
- (v) Links patrocinados: vinculação de sites de fornecedores a determinadas pesquisas nos buscadores de internet. Assim, um consumidor, ao buscar determinado bem no Google, por exemplo, terá como resultado principal o site de um fornecedor vinculado à busca realizada.

A despeito dos benefícios que empresta ao consumidor, sobretudo no tocante à comodidade, é nítido que a publicidade digital comportamental pode encontrar resistência nos preceitos legais e doutrinários que garantem uma mínima proteção da privacidade dos indivíduos. Contudo, o vácuo normativo até pouco tempo experimentado, bem como o engessamento do sistema de autorregulação publicitária, tem garantido uma terra “sem lei” para a atuação dos grandes atores desse mercado, reforçando a existência de um terreno fértil

²⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 1085064-25.2018.8.26.0100. Rel. Des. Mauricio Pessoa. J. 10/09/2019.

²⁶⁴ FOLHA. Pesquisa indica que 90% dos aficionados em tecnologia usam redes colaborativas. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2009/01/494732-pesquisa-indica-que-90-dos-aficionados-em-tecnologia-usam-redes-colaborativas.shtml>. Acesso em: 20 dez. 2020.

para a obtenção de lucro através da perfilização excessiva e mineração dos dados pessoais sensíveis insertos em *Big Data*²⁶⁵.

Ainda, o processo de identificação, classificação e análise de pessoas pode, para além da violação à privacidade digital, atingir conteúdo discriminatório, identificando quais são as pessoas que merecem atenção do mercado e quais não. Ou seja, primeiro determinam quem você é (identificação), depois o que você é (classificação) e, então, verificam o seu valor econômico (análise)²⁶⁶.

Infere-se, assim, que a vigilância virtual, pressuposto para formulação das estratégias de publicidade comportamental, pode ser problemática por duas razões: (i) a profundidade das informações perseguidas pelo setor. A privacidade, aqui, não passa de uma expressão vazia e desinteressante; (ii) o potencial discriminatório que a perfilização pode produzir. O mundo de Orwell²⁶⁷, nesse sentido, deixa de ser apenas uma teoria conspiratória, um futuro distante, materializando-se na realidade corrente e agravado, ainda, pela existência não apenas de um vigilante (o Estado), mas uma infinidade de atores privados dispostos a monitorar ininterruptamente.

2.2.3 O Composto Praça: *Geopricing* e *Geoblocking*

Outro importante elemento que compõe o *mix* de marketing é a praça, diagnosticada como “o local correto para os fornecedores colocarem seus produtos, com objetivo de atingir seu consumidor-alvo”²⁶⁸, não ignorando, também, a correta escolha dos canais de distribuição e formulação da logística.

Quando dialoga com o *marketing analytics*, sobretudo em ligação direta com o composto *preço*, o elemento praça facilmente associa-se a dois fenômenos importantes para a formulação da estratégia empresarial: o *geopricing* e o *geoblocking*. Ambos são fundados em práticas de discriminação do consumidor por razões geográficas ou de nacionalidade.

²⁶⁵ Data Mining, ou mineração de dados, é o processo pelo qual dados de difícil compreensão são transformados em informações úteis e valiosas para empresa, por meio de técnica informática de combinação de dados e de estatística. Isso significa que, por meio de uma única tecla, empresas são capazes de unir e combinar dados primitivos de uma pessoa, formando novos elementos informativos (MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 104).

²⁶⁶ GANDY Jr., Oscar H. Consumer Protection in Cyberspace. *in*: **CC: Creative Commons License**, v. 9, n. 2, 2011. Disponível em: <http://triplec.at/index.php/tripleC/article/viewFile/267/241>. Acesso em: 20 dez. 2020.

²⁶⁷ George Orwell é o autor do clássico livro de ficção *1984*, que relata um futuro distópico em que a vigilância promovida por um estado totalitário, a partir do “grande irmão”, monitora em minúcias toda a sociedade.

²⁶⁸ SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do Marketing**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 29.

Enquanto o *geoblocking* constitui o bloqueio de uma oferta em dada região, o *geopricing* denota uma diferenciação de preço entre diferentes grupos de consumidores.

Frise-se, de antemão, que a utilização dessas ferramentas nem sempre desagua em qualquer ilicitude, há razões econômicas que legitimam a diferenciação ou negativa de oferta a um determinado grupo de consumo. É o caso de questões logísticas que possam encarecer ou impedir o envio de um produto ou, ainda, que reduzem o desempenho de um serviço para determinada localidade²⁶⁹, como, por exemplo, o bloqueio de envio de um determinado produto em razão da ausência de assistência técnica especializada na região.

Para além desses casos, defensáveis em uma lógica de proteção do consumidor, há, no entanto, situações assentadas em razões puramente discriminatórias, como na hipótese de cobrança diferenciada para grupos de consumidores com maior poder de compra²⁷⁰. Nesses casos, o consumidor cede, geralmente sem saber, suas informações pessoais ao fornecedor e, a partir dessa cessão, é submetido a práticas discriminatórias aptas a prejudicá-lo severamente.

Exemplos não faltam. Em 2016, após uma denúncia da empresa do ramo de reservas e hospedagem Booking.com, o Ministério da Justiça instaurou um procedimento investigativo para apuração de suposta prática discriminatória em favor de consumidores estrangeiros. A acusada Decolar.com, tradicional²⁷¹ empresa de agenciamento *online* de viagens, estaria oferecendo reservas a preços distintos, de acordo com a localização do consumidor, bem como ocultando a disponibilidade de acomodações a consumidores brasileiros, em favor de viajantes estrangeiros²⁷².

²⁶⁹ FÁVARO, H. T. E-commerce vs geodiscriminação: o que é *geoblocking* e *geopricing*? *Jota*, 28 abr. 2018. *apud* GUIMARÃES, M. C. *Geoblocking e geopricing: uma análise à luz da teoria do interesse público de Mike Feintuck. Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 11, n. 2, p. 87-106, outubro 2019. p. 93. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-l-o-baptista-advogados/geoblocking-geopricing-28042018>. Acesso em: 20 dez. 2020.

²⁷⁰ FÁVARO, H. T. E-commerce vs geodiscriminação: o que é *geoblocking* e *geopricing*? *Jota*, 28 abr. 2018. *apud* GUIMARÃES, M. C. *Geoblocking e geopricing: uma análise à luz da teoria do interesse público de Mike Feintuck. Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 11, n. 2, p. 87-106, outubro 2019. p. 93. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-l-o-baptista-advogados/geoblocking-geopricing-28042018>. Acesso em: 20 dez. 2020.

²⁷¹ A procura pelo serviço de agências online da Decolar.com no Brasil ultrapassa as grandes concorrentes no setor como a Booking.com e Airbnb, e na segmentação global a soma das vendas das subsidiárias corresponderam a um atendimento total de 5,3 milhões de clientes em 2018, tendo um aumento de 15% (quinze por cento) em relação ao ano anterior e um aumento de 97% (noventa e sete por cento) comparado a 2012 (DESPEGAR.COM, Corporate Presentation 2nd Quarter, 2019. Disponível em: <https://investor.despegar.com/home/default.aspx>. Acesso em: 13 nov. 2019).

²⁷² GUIMARÃES, M. C. *Geoblocking e geopricing: uma análise à luz da teoria do interesse público de Mike Feintuck. Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 11, n. 2, p. 87-106, outubro 2019. p. 98.

De acordo com a nota técnica 92/2018, elaborada pelo Coordenador-Geral de Consultoria Técnica e Sanções Administrativas no bojo do referido expediente administrativo, a denunciante colacionou aos autos pesquisas de simulação simultânea de reserva de hospedagem no site Decolar.com, por meio de computadores localizados nas cidades de São Paulo (Brasil) e Buenos Aires (Argentina), nas quais foram registrados valores consideravelmente diferentes para as mesmas reservas consultadas (i.e., acomodações iguais, na mesma data), tendo os preços alcançado a margem de até 29% a mais para os consumidores brasileiros²⁷³.

Ainda, segundo a nota, foi constatada a indisponibilidade de acomodações para o notário de São Paulo, enquanto, em Buenos Aires, ao mesmo tempo, a mesmíssima acomodação era oferecida como disponível. À denúncia foram acostadas cópias de correspondências eletrônicas trocadas entre a denunciante Booking.com e alguns estabelecimentos hoteleiros, onde constavam indagações sobre a possibilidade de a empresa trabalhar com diferença tarifária em certos mercados, a fim de adotar preços mais agressivos no mercado brasileiro, conduta supostamente comum no setor hoteleiro e utilizada pela Decolar.com²⁷⁴.

Em seu exame, após regular curso processual, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DCPC) asseverou que as práticas estariam provadas e violariam frontalmente os fundamentos do CDC. Para tanto, destacou a vulnerabilidade fática do consumidor percebida na conduta praticada pela denunciada (os consumidores no Brasil não teriam ciência de que outros consumidores, em outros países, teriam acesso a tarifas mais baratas, bem como a algumas outras acomodações disponíveis) e a vulnerabilidade técnica (os consumidores não teriam como saber que, através de seu IP, forneciam à Decolar.com informações, que ao fim, eram usadas para lhe tratarem de forma discriminatória, prejudicial). Logo, compreendeu o DPDC que as políticas de privacidade da agência *online* de turismo não seriam claras, informativas e, ainda, que a conduta de *geoblocking* e *geopricing* colidiria com os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual –

²⁷³ MPSP. Nota técnica SENACON. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/SENACON/SENACON_NOTA_TECNICA/SENACON%20DECIS%C3%83O%20geo%20pricing%20e%20geo%20blocking%20multa.pdf. Acesso em: 20 dez. 2020.

²⁷⁴ MPSP. Nota técnica SENACON. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/SENACON/SENACON_NOTA_TECNICA/SENACON%20DECIS%C3%83O%20geo%20pricing%20e%20geo%20blocking%20multa.pdf. Acesso em: 20 dez. 2020.

fundamentos que ensejaram uma penalização administrativa da ordem de R\$ 7.500.000,00 (sete milhões e quinhentos mil reais)²⁷⁵.

No mesmo sentido, alicerçado na representação protocolada pelo Booking.com, o Ministério Público do Rio de Janeiro ingressou com uma ação civil pública, requerendo a condenação da Decolar.com à obrigação de não fazer, consistente na cessação das práticas impugnadas, além da obrigação de pagar uma multa quantificada em 57 milhões de reais²⁷⁶, revertida ao fundo de defesa do consumidor. Outro caso, bastante semelhante, está consubstanciado na ação civil pública n. 0288040-39.2018.8.19.0001, proposta também pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, mas em face de outra empresa de agenciamento de viagens, a Hotel Urbano.

Com efeito, há países que passaram, recentemente, a se debruçar sobre a questão. Destaque-se, aqui, a União Europeia, que, no âmbito da Estratégia para o Mercado Único Digital, editou o Regulamento 2018/302 do Parlamento Europeu e do Conselho (conhecido como Regulamento Bloqueio Geográfico). Trata-se de medida para coibir o *geoblocking* injustificado e outras formas de discriminação decorrentes da nacionalidade do consumidor²⁷⁷. Sublinhe-se do seu conteúdo:

Art. 4º. 1. Os comerciantes não podem aplicar condições gerais de acesso diferentes aos bens ou serviços, por razões relacionadas com a nacionalidade, com o local de residência ou com o local de estabelecimento do cliente, caso o cliente procure: a) Adquirir bens a um comerciante, se esses bens forem entregues num local situado num Estado-Membro em que o comerciante propõe um serviço de entrega nas condições gerais de acesso, ou se os bens forem levantados num local acordado entre o comerciante e o cliente num Estado-Membro em que o comerciante propõe essa opção nas condições gerais de acesso;

Art. 5º. 1. Os comerciantes não podem aplicar, no âmbito dos instrumentos de pagamento por si aceites, por razões relacionadas com a nacionalidade, com o local de residência ou com o local de estabelecimento do cliente, com a localização da conta de pagamento, com o local de estabelecimento do prestador de serviços de pagamento ou com o local de emissão do instrumento de pagamento na União, diferentes condições a operações de pagamento, caso: a) As operações de pagamento sejam efetuadas através de uma transação eletrônica mediante transferência bancária, através de débito direto ou através de um instrumento de pagamento baseado em cartões da mesma marca e da mesma categoria; b) Os requisitos de autenticação sejam cumpridos nos termos da Diretiva (UE)

²⁷⁵ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Decolar.com é multada por prática de *geopricing* e *geoblocking*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-51>. Acesso em: 20 dez. 2020.

²⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ação Civil Pública 0018051-27.2018.8.19.0001. 7ª Vara Empresarial da Capital.

²⁷⁷ GUIMARÃES, M. C. Geoblocking e geopricing: uma análise à luz da teoria do interesse público de Mike Feintuck. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 11, n 2, p. 87-106, outubro 2019. p. 94.

2015/2366; e c) As operações de pagamento sejam efetuadas numa moeda aceite pelo comerciante.²⁷⁸

Ocorre que, diferentemente do contexto europeu, o Brasil não dispõe de uma legislação explícita²⁷⁹ apta a coibir as práticas negativas de *geopricing* e *geoblocking*. A alegação de violação à privacidade, alicerçada simplesmente pela coleta de informações geográficas do consumidor, é frágil e pouco contundente – o que denota a urgência de uma regulação precisa para o cenário.

Por ora, a Lei nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, pode, por meio de um exercício hermenêutico, servir de base para responsabilização de agentes privados que atuem de forma discriminatória em relação ao consumidor. Isso porque entre o rol de condutas que podem caracterizar infração à ordem econômica está a discriminação abusiva de adquirentes de bens ou serviços por meio de fixação diferenciada de preços (art. 36, § 3º, inciso X), bem como a negativa de venda de bens ou serviços dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais (art. 36, § 3º, inciso XI). A prática de *geoblocking* e *geopricing*, assim, pautadas em uma espécie de discriminação comportamental²⁸⁰ (baseada na localização e nacionalidade do consumidor), poderia figurar, com maior firmeza, como um alicerce jurídico razoável para enfrentamento de condutas dessa natureza.

Ocorre, contudo, que a via legislativa da defesa concorrencial opera de forma abstrata: o termo “discriminação abusiva” e “usos e costumes comerciais”, que estampam os incisos X e XI do art. 36, §3, acima referenciados, são dotados de certa subjetividade e não atuam na fonte do problema: a regulação enviesada e pouco efetiva da coleta de informações pessoais dos consumidores e potenciais clientes, além de não servir para coibir práticas mais severas de discriminação negocial.

Noutras palavras, a despeito da abusividade aparente das ferramentas de *geopricing* e *geoblocking*, falta, no Brasil, enquanto não compreendida, em minúcias, a forma de operacionalizar a Lei Geral de Proteção de Dados²⁸¹, um arcabouço normativo e regulatório

²⁷⁸ UNIÃO EUROPÉIA. Regulamento 2018/302 do Parlamento Europeu e do Conselho. 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R0302&from=PT>. Acesso em: 20 dez. 2020.

²⁷⁹ A Lei Geral de Proteção de Dados, abordada no capítulo seguinte, a despeito de não tratar especificamente da matéria de *geoblocking* e *geopricing*, possui ferramentas aptas a auxiliar no enfrentamento destas práticas.

²⁸⁰ GUIMARÃES, M. C. *Geoblocking e geopricing: uma análise à luz da teoria do interesse público de Mike Feintuck*. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 11, n 2, p. 87-106, outubro 2019. p. 102.

²⁸¹ A Lei Geral de Proteção de Dados, que entrou em vigor em agosto de 2020, apresenta ferramentas aptas a coibir abusos dessa natureza e será abordada nos tópicos subsequentes.

que garanta, de forma indene e precisa, um equilíbrio no mercado. Os benefícios de utilização de informações pessoais para adequação do composto praça não podem, certamente, suplantam direitos e garantias que buscam o equilíbrio e harmonia do mercado de consumo.

Com efeito, se por um lado pode ser difícil deter a internet²⁸² e o uso dos dados pessoais como matéria-prima das empresas, por outro é verdade que os direitos da personalidade não podem ser simplesmente esvaziados frente às novas tecnologias e mandos e desmandos do mercado. A eventual dificuldade em conter uma conduta geradora de dano não pode servir de alicerce para o afastamento da responsabilidade de quem a promove ou dela se aproveita. A ciência jurídica precisa fornecer mecanismos de efetivação do direito do lesado e de distribuição de encargos na falta de uma solução mais consentânea, seja pela via legal, seja pela estruturação de uma autoridade reguladora, de modo que os abusos cometidos não podem contar com a anuência estatal²⁸³.

²⁸² O Ministro Aldir Passarinho Junior, no julgamento do REsp 844.736/DF, neste sentido, manifestou que “deter a internet é complicado”, reconhecendo como incabível a condenação à reparação civil por envio de spam erótico não solicitado.

²⁸³ BARBOSA, Fernanda Nunes. Informação e consumo. In MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti [coord.]. **Direito Digital, Direito Privado e Internet**. Indaiatuba: Ed. Foco, 2019. p. 359.

3 A DISCIPLINA LEGAL DO USO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL

Após o recorte dos capítulos anteriores, cabe analisar se as Leis que, hoje, disciplinam o tema da proteção de dados no Brasil, são suficientes para neutralizar (ou ao menos minimizar) os danos graves e sistêmicos causados pelo uso abusivo de dados pessoais pelo setor privado em suas estratégias de *analytics*.

3.1 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: A ARTIFICIAL ABRANGÊNCIA DA REGULAÇÃO DO USO DOS DADOS PESSOAIS

O Código de Defesa do Consumidor foi a primeira Lei no país que se debruçou, ainda que parcialmente, sobre a proteção dos dados pessoais. Confessadamente²⁸⁴ inspirado no *Fair Credit Reporting Act*²⁸⁵, o artigo 43 do diploma consumerista dispõe:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º. Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º. A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º. O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º. Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

²⁸⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In GRINOVER, Ada Pellegrini [*et.al.*]. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 340.

²⁸⁵ The Fair Credit Reporting Act ("FCRA"), legislação americana, promulgada em 1970, rege a coleta, processamento e uso de informações do consumidor, dando as diretrizes para os sistemas de proteção ao crédito. (Sickler, Alexandra, The (Un)Fair Credit Reporting Act (February 2, 2016). Loyola Consumer Law Review, Forthcoming. P. 3. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2726806>. Acesso em: 20 dez. 2020). Os principais direitos dispostos na normativa são: (i) o direito de acesso às fontes das informações constantes em bancos de dados detidos por birôs de crédito, (ii) o direito de saber se informações nos arquivos foram usados por terceiros, (iii) o direito de obter uma abertura do arquivo gratuita (file disclosure) uma vez por ano e quantas vezes for necessário em condições específicas (se a pessoa foi vítima de roubo de identidade, se é beneficiária de assistência pública, se está desempregada), (iv) o direito de saber qual é a pontuação de crédito (credit score) derivada do banco de dados, (v) o direito de contestar uma informação incompleta ou incorreta, (vi) o direito de remover ou corrigir informações incorretas em 30 dias, (vii) o direito de não ter informação negativa computada por mais de sete anos. (ZANATTA, Rafael. **Perfilização, Discriminação e Direitos**: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, 2019. p. 6. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 20 dez. 2020).

§ 5º. Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

§ 6º. Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor.

Inicialmente, para melhor compreensão, cumpre destacar a abrangência da aplicação normativa assinalada.

Os arquivos de consumo, citados no dispositivo, representam o gênero do qual fazem parte os bancos de dados e os cadastros de consumidores.

Nos bancos de dados, compreendem-se quatro características nucleares: (i) aleatoriedade da coleta, ou seja, quanto maior o acervo, mais confiável é o arquivista; (ii) organização permanente das informações; (iii) transmissibilidade extrínseca ou externa, isto é, são direcionados a terceiros, outros que não o próprio arquivista, que sequer mantém relação contratual com o consumidor; e (iv) inexistência de autorização ou conhecimento do consumidor a respeito do registro, que normalmente é realizado à sua revelia²⁸⁶.

Dessa categoria, são exemplos frisantes os Serviços de Proteção ao Crédito, nascidos em um contexto de ampliação do parcelamento nas formas de pagamento e de necessidade de substituição dos chamados informantes, profissionais contratados pelas empresas para verificar, diária e pessoalmente, as referências que o candidato de crédito apresentara no momento da aquisição de um bem ou serviço²⁸⁷. Figuram, essencialmente, como organismos privados²⁸⁸, que, aliados à tecnologia, realizam o armazenamento e ágil processamento de informações relevantes para a concessão ou não do crédito no mercado.

Já os cadastros de consumidores, em outro vértice, possuem funcionalidade pontual e imediata. Eles se caracterizam pela coleta e utilização das informações pelo fornecedor, mas para seu próprio benefício ou de pessoas a ele associadas, principalmente buscando alcançar uma finalidade mercadológica (conquista de novos consumidores, ou atendimento personalizado). A formação, coleta e gestão das informações, aqui, não são feitas de modo

²⁸⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In GRINOVER, Ada Pellegrini [et.al.]. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 361.

²⁸⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In GRINOVER, Ada Pellegrini [et.al.]. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 341.

²⁸⁸ Podem os cadastros ser mantidos por entidades públicas (BACEN/CADIN) ou privadas (SPC), chamados de arquivistas (TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 395).

aleatório, abstrato, senão orientadas pela finalidade específica previamente deduzida pelo fornecedor²⁸⁹ e a permanência, portanto, diferentemente dos bancos de dados, não se apresenta como característica elementar.

Extraí-se, a partir da distinção conceitual acima retratada, que ainda que nascido com um objetivo certo – regular os serviços de proteção ao crédito –, a redação do artigo que trata dos bancos de dados permitiu uma extensão significativa do objeto protegido pela norma, confortando a coleta, uso e armazenamento de dados de consumo orientados para qualquer finalidade perseguida pelo fornecedor²⁹⁰, propondo uma harmonização nas relações entre os polos da cadeia de consumo²⁹¹.

Com o uso de inúmeras expressões aparentemente sinônimas (registros, arquivos, fichas, dados pessoais e de consumo), é certo que o legislador anteviu a amplitude do fenômeno de *datificação* e monitoramento por entidades privadas em uma sociedade de massificação das relações de consumo. Com alguma impropriedade, é verdade, indicou, no §4º, que os “bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito são considerados entidades de caráter público”, sugerindo que entidades como o SPC e SERASA seriam estranhas à figura dos “bancos de dados e cadastros”. A má redação, no entanto, logo foi superada pela Corte Superior²⁹², confirmando a extensão da proteção legal e reafirmando o espírito da lei: submeter todo e qualquer registro de informações do consumidor à previsão disposta no artigo 43, não importando a designação dada ao conjunto de dados/informações coletadas.

Já no caput, ao suscitar que “o consumidor terá acesso às informações”, extraí-se um gatilho que assegura a observância dos princípios da transparência e da informação (consagrados no artigo 6º, III do CDC). Complementa-se, aqui, a redação do §4º, que considera os arquivos de consumo como entidades de caráter público, abrindo, assim, espaço

²⁸⁹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 303.

²⁹⁰ EFING, Antonio Carlos. **Banco de dados e cadastro de consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 29.

²⁹¹ O direito à privacidade e o direito à honra, sabe-se, “não são absolutos. Na verdade, o Código de Defesa do Consumidor ao disciplinar os bancos de dados de proteção ao crédito realizou, com base no princípio da proporcionalidade, tarefa conformadora, restringindo, em situação específica, os contornos do direito à privacidade e à honra. Considerando a presença de outros valores – em síntese: a importância do crédito para o consumidor e, também, para economia nacional – e realizando a ponderação dos bens em jogo, permite-se, em caráter excepcional, que as entidades de proteção ao crédito efetuem o tratamento das informações privadas e, em tese, ofensiva à honra do titular dos dados” (BESSA, Leonardo Roscoe. Limites jurídicos dos bancos de dados de proteção ao crédito: tópicos específicos. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 44, p. 172-185, 2002. p. 194).

²⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 30.666-1/RS**. Relator: ministro Dias Trindade. J. 08/02/93.

para o uso do *habeas data*, remédio constitucional previsto no art. 5º, XXXII, que proporciona (i) o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante; e/ou (ii) a retificação de dados insertos nos arquivos criados.

Claro que essa opção legislativa traduz um mero facilitador do exercício processual da pretensão jurídica do indivíduo, não autorizando que qualquer pessoa, indistintamente, acesse informações constantes nos registros dessas entidades. Em primeiro, porque há que se respeitar a privacidade do sujeito cujas informações estão armazenadas. Em segundo, pois há todo um custo envolvido na manutenção dos arquivos e que são suportados exclusivamente pelo empresário, de sorte que as informações ali insertas possuem alto valor de mercado²⁹³.

Noutras palavras, a redação do caput, acrescida pelo §4º, do artigo 43, pavimenta o caminho para compreensão, pelo consumidor, de quais dados balizam a decisão de um dado fornecedor e, também, para verificação do cumprimento dos inúmeros deveres impostos na norma – a seguir minudenciados.

O primeiro deles é a veracidade das informações cadastradas, ou seja, a inexatidão é repudiada pelo legislador. Com efeito, é daqui que decorre a obrigatoriedade de correção do cadastro (§3º), que, no entanto, deve ser precedida pela demonstração do equívoco informacional. Interessa destacar que ao arquivista (ou seja, o titular do banco de dados) é dado o prazo de 5 dias para comunicar o erro existente nos registros a todos os destinatários das informações. O prazo é exíguo para evitar maiores danos aos direitos da personalidade do consumidor²⁹⁴.

Pontua-se, contudo, a partir das lições de Fábio Ulhoa Coelho, que a veracidade exigida pela norma alcança tão somente os dados insertos nos registros, mas não as avaliações feitas pelo arquivista/fornecedor em decorrência da análise dessas informações. Ou seja, a qualificação do consumidor a partir dos dados cadastrados não pode ser classificada como verdadeira ou falsa. Se os elementos que influem na perfilização são fidedignos, não há que se atribuir ilicitude na discriminação (salvo excessos que eventualmente maculem a honra e imagem do consumidor, apuráveis caso a caso). Assim, agrupamentos denominados “indesejados”, “especiais” ou “gastadores” não exigem

²⁹³ COELHO, Fábio Ulhoa. In: OLIVEIRA, Juarez de (org.). **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 176.

²⁹⁴ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 400.

observância ao requisito imposto no §1º²⁹⁵. Isso porque juízos de valor não são verdadeiros ou falsos, mas tão somente manifestações da liberdade de opinião, constitucionalmente assegurada.

No contrafluxo desse aspecto, porém, não se pode ignorar o fenômeno chamado “*feedback looping* de injustiça”²⁹⁶, que coloca os marginalizados, normalmente os maiores beneficiários de políticas públicas e, conseqüentemente, focos de maior controle e vigilância, sob práticas de segregação negocial. Isto porque seus dados pessoais são coletados e seus perfis classificados em posições de risco simplesmente em razão do endereço, faixa salarial ou outros elementos caracterizadores do seu extrato social. Nesses casos, juízos de valor podem desaguar em abuso do direito e não em mera manifestação da liberdade de expressão.

O segundo requisito imposto pelo dispositivo é a ciência (ou informação) prévia do consumidor acerca da abertura do arquivo de consumo. É certo que a formação de bancos de dados não exige autorização. No entanto, a comunicação, por escrito, é obrigatória (art. 43, § 2º, CDC). Se infringida a regra, é atraída a incidência da previsão do art. 13, inciso XIII, do Decreto nº 2.181/1997²⁹⁷, constituindo-se infração administrativa contra as relações de consumo, podendo, concomitantemente, gerar o dever de indenizar o indivíduo²⁹⁸. A rigor, é esse dever de comunicação que garante que o consumidor exerça a impugnação à inscrição ou o pleito de correção necessária.

Em terceiro, tem-se o dever de garantia de acessibilidade dos registros. Como visto, diz a lei que os cadastros de consumidores são considerados entidades de caráter público, justamente para possibilitar o acesso das pessoas nele inscritas. O armazenamento, a despeito de figurar como atividade privada, não diz respeito somente ao proprietário do arquivo, mas a toda a coletividade por ele impactada. O direito de acesso, assim, é o “segundo direito

²⁹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. In: OLIVEIRA, Juarez de (org.). **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 176.

²⁹⁶ ZANATTA, Rafael. **Perfilização, Discriminação e Direitos**: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, 2019. p. 3. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 20 dez. 2020.

²⁹⁷ Art. 13. Serão consideradas, ainda, práticas infrativas, na forma dos dispositivos da Lei nº 8.078, de 1990: XIII - deixar de comunicar, por escrito, ao consumidor a abertura de cadastro, ficha, registro de dados pessoais e de consumo, quando não solicitada por ele;

²⁹⁸ “DANO MORAL IN RE IPSA. CANCELAMENTO DO REGISTRO. Verificada a ausência de notificação, configurado está o dano in re ipsa. Inaplicabilidade da súmula 385 do STJ, ante a inexistência de prova acerca de registros anteriores, além dos contestados na presente demanda. Possibilidade de cancelamento do apontamento, com a ressalva de que, cumprido o disposto no art. 43, § 2º, do CDC e, não impugnado o registro, nada impede que o réu proceda a novo cadastramento” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 1585843/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ 02/12/2019).

estatuído pelo CDC no campo dos bancos de dados. Numa sequência lógica, é *posterius* em relação ao direito de comunicação, que é o *prius*”.²⁹⁹

Importa destacar que apesar de garantir o acesso, deixou a Lei de disciplinar o procedimento a ser adotado pelo consumidor, de tal sorte que basta o requerimento, por escrito, diretamente ao proprietário do cadastro, que deverá após uma análise prévia de legitimidade do pleito transmitir gratuitamente³⁰⁰ o teor das informações.

Em quarto, observa-se a limitação temporal para o armazenamento de informações negativas sobre o consumidor. Neste tocante, fixou o legislador dois prazos para vida útil dos dados arquivados: 5 anos como prazo genérico, decadencial, aplicável a toda e qualquer informação de repercussão negativa ao consumidor; ou o prazo prescricional da ação de cobrança devida³⁰¹.

Noutras palavras, o quinquênio representa a vida útil máxima do dado depreciativo. Havendo prazo inferior para prescrição da dívida inscrita, aplicável a redução de tempo de registro em benefício ao consumidor. É a regra especial (§5º) afastando a geral (§1º), parâmetro elementar da hermenêutica jurídica. Neste sentido, a súmula 323 do STJ corrobora esse raciocínio: “a inscrição do nome do devedor pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito até o prazo máximo de cinco anos, independentemente da prescrição da execução”.

E qual seria, indaga-se, o marco inicial para contagem dos prazos assinalados? Há certa divergência.

Por um lado, tem-se a orientação, hoje relativamente minoritária, de que “o *cômputo do prazo prescricional, nos termos da Súmula n.º 323/STJ, deve observar a efetiva inscrição no cadastro restritivo de crédito, não o vencimento da dívida*”³⁰². Por outro lado, há julgados entendendo que a “a respeito à exigibilidade do crédito e ao princípio da veracidade da informação, o termo inicial do limite temporal de cinco anos em que a dívida pode ser

²⁹⁹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In GRINOVER, Ada Pellegrini [et.al.]. **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 401.

³⁰⁰ Decreto 2.181/97, art. 13: “Serão consideradas, ainda, práticas infrativas, na forma dos dispositivos da Lei nº 8.078, de 1990: X - impedir ou dificultar o acesso gratuito do consumidor às informações existentes em cadastros, fichas, registros de dados pessoais e de consumo, arquivados sobre ele, bem como sobre as respectivas fontes”.

³⁰¹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In GRINOVER, Ada Pellegrini [et.al.]. **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 382.

³⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo Interno n. 713.629/ES**. Relator: ministro Paulo Furtado. DJ 04/08/2009.

*inscrita no banco de dados de inadimplência é contado do primeiro dia seguinte à data de vencimento da dívida*³⁰³”.

Esta interpretação, hoje majoritária, justifica-se a partir de uma compreensão de que, caso pudesse manter a negativação por um período de 5 anos após a inscrição nos registros, estaria legitimada a mera transposição dos dados entre as diversas entidades de proteção ao crédito, eternizando a negativação do consumidor e dificultando-se a concessão de crédito e trânsito negocial do indivíduo, tão caro em nossos tempos.

Superada, assim, a descrição e breve explicação do dispositivo do CDC, é necessário ressaltar que, ainda que dotado de uma aparente amplitude (apta a assegurar a proteção de dados dos consumidores insertos em qualquer plataforma de armazenamento), o códex consumerista, desde a sua concepção, direcionou a proteção de dados pessoais para as situações de proteção ao crédito. Tanto é verdade que (i) sua inspiração, como visto, foi o *Fair Credit Reporting Act*, diploma dirigido à regulamentação dos serviços de mitigação dos riscos de concessão de crédito nos Estados Unidos; (ii) o próprio STF³⁰⁴, e também o STJ³⁰⁵, ao interpretar a norma, salientam o destaque para regulação das informações de crédito; e (iii) todas as obrigações e direitos dispostos estão melhor confortadas para as situações de negativação de consumidores em cadastros restritivos (por exemplo, a menção de prazos prescricionais relacionados à cobrança de dívida, do §5º, e a própria obrigatoriedade de comunicação do consumidor acerca de toda e qualquer abertura de registros em seu nome).

Não se ignora que a obra do Ministro Herman Benjamin, um dos redatores do artigo 43 do CDC, realiza uma minuciosa ampliação das situações objeto da proteção jurídica, contemplando princípios essenciais e potencialmente aptos a garantir a defesa integral do consumidor em uma sociedade informatizada. Todavia, da leitura e interpretação do referido dispositivo não se depreende, de forma incontestada, todas essas ferramentas protetivas

³⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.630.889/DF**. Relator: ministra Nancy Andrighi. J. 11/09/2018.

³⁰⁴ “Serviu, porém, a evocação da lei de proteção aos consumidores para recordar como, da combinação entre os preceitos inquinados de invalidez e o CDC, que claramente se impõe, resulta uma conciliação de outro padrão alegado - o do direito constitucional da privacidade - com a existência de bancos de dados, cuja realidade a própria Constituição reconhece e entre os quais os arquivos de consumo são um dado inextirpável de uma econômica fundada nas relações massificadas de crédito” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1790-5**. Relator: ministro Sepúlveda Pertence. J. 23/04/1998).

³⁰⁵ “Vê-se, portanto, que o mencionado artigo tem mira cadastros mantidos por fornecedores ou outras entidades privadas, utilizados por eles próprios ou seus associados, em benefício da segurança na concessão do crédito, visando à diminuição do risco do negócio e ao retorno do capital[...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.195.668/RS**. Relator: ministra. Maria Isabel Gallotti. J. 11/11/2012).

lançadas pelo doutrinador. O artigo, como visto, é sucinto e as suas nuances evidenciam que o interesse do legislador, àquele tempo, era regular os serviços de proteção ao crédito e não toda e qualquer espécie de registro de dados de consumo³⁰⁶.

A própria análise jurisprudencial³⁰⁷ indica que os litígios envolvendo arquivistas estão assentados em (i) negativação indevida; (ii) ausência de comunicação prévia do consumidor nos registros de restrição de crédito; e (iii) armazenamento de dados de inadimplência por prazo superior a 5 anos.

Quando, assim, se aproxima a previsão do artigo 43 às situações de formulação de estratégias de *marketing analytics*, há deficiências insuperáveis ou pouco conectadas à realidade corrente.

Inicialmente, é difícil compreender quem seriam as figuras envolvidas nessa relação. Consumidor, segundo o artigo 2º, *caput*, é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Nas hipóteses de usos de dados pessoais para construção de estratégias empresariais, sobretudo considerando-se que a maior parte dessas informações é coletada a partir da navegação de usuários na internet (por meio dos cookies ou por aplicativos), é bastante frágil a pretensão de estender a aplicação do diploma consumerista. O setor privado, aqui, dificilmente possui uma relação direta, contratual, com o sujeito cujos dados foram armazenados e lidos. A simbiose ocorre entre o usuário que navega na internet e as centenas de empresas/ferramentas envolvidas nesta captura das pegadas digitais e construção da perfilização.

É claro que, em algumas situações, como na regulação da publicidade e da propaganda, a figura do consumidor é dotada de maior abstração – ou seja, não se exige uma relação direta entre os polos da cadeia de consumo. Havendo abusividade, enganosidade ou

³⁰⁶ Veja-se, neste sentido, que o doutrinador destaca, na obra “Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto” (2000), um pressuposto substantivo (de conteúdo) para o reconhecimento da licitude dos bancos de dados (p. 369). Ou seja, argumenta que a norma rechaça a inclusão de “dados pessoais do consumidor, sobre seu caráter, família, reputação geral, características individuais ou modo de vida”. Ocorre, no entanto, que o texto legal, acerca desse tema, apenas determina que os cadastros e dados devem ser “objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão” (p. 375), deixando de apresentar, com tantas minúcias, a natureza e os limites das informações que podem ser licitamente cadastradas. Há, ainda, no campo do “direito de acesso”, uma defesa sobre o direito de o consumidor ser cientificado acerca do destino das informações depositadas pelos arquivistas (p. 402) – algo que, porém, não pode ser extraído da leitura do artigo. O que se tem, certamente, é o direito de corrigir dados incompletos ou incorretos, e o dever do arquivista de comunicar todos os destinatários destas informações revisadas no prazo de 5 dias.

³⁰⁷ Após ampla pesquisa no Tribunal Paranaense e no Superior Tribunal de Justiça, entre os períodos de 2017 e 2014, não foi localizado nenhum julgamento relativo aos arquivos de consumo diversos daqueles destinados à proteção de crédito.

publicidade mascarada³⁰⁸, aplica-se a norma (art. 36 e seguintes do CDC). Todavia, mesmo nas situações que possibilitam uma interpretação mais elástica, não se pode admitir uma extensão desmedida de cominação de regras consumeristas, sobretudo considerando-se a rigidez do diploma e a sua potencial aptidão de engessar a inovação decorrente do uso das ferramentas aplicadas em *big data*.

E mais: ainda que fosse consolidada a possibilidade de estender a compreensão de quem figura como consumidor, é questionável a identificação do fornecedor nessas hipóteses. Fornecedor é, segundo dicção do art. 3º do CDC, toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolve atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços, mediante remuneração.

Ou seja, apenas quem exerce determinadas atividades, destinadas ao consumidor, de forma organizada e mediante remuneração é que figura como sujeito passivo da norma. As empresas de bancos de dados, voltadas à perfilização e auxílio da construção de estratégias de *marketing analytics*, em outro vértice, não fornecem serviço algum ao indivíduo que encerra a cadeia de produção, nem obtêm vantagem a partir de uma relação negocial de cunho consumerista.

Essas empresas (como ocorre com o *Google Ads*, por exemplo) normalmente transitam em relações negociais de cunho empresarial, relacionando-se com organizações

³⁰⁸ A publicidade enganosa é aquela que capaz de ludibriar seus destinatários, apta de induzi-los em erro, apresentando um potencial de desviar a vontade de consumo. Não se exige, contudo, para sua configuração, a efetiva indução em erro, mas a mera potencialidade do ato. Nesse sentido, importa destacar que a Federal Trade Commission, cujas regras influenciaram a formatação do códex consumerista brasileiro, apontou, já nos idos de 1985, três critérios para designação da publicidade enganosa, a seguir referenciados: (i) A existência de uma afirmação, omissão ou prática com grande probabilidade de induzir o consumidor em erro: para a apreciação deste critério, frise-se, é necessária a análise do anúncio publicitário em sua integralidade, não bastando pinçar frases e imagens isoladas do contexto amplo. (ii) Consideração da enganabilidade pela perspectiva do consumidor padrão: nesse cenário, deve-se considerar, primeiramente, o público alvo da mensagem publicitária e, dentro desse universo, determinar qual a definição de consumidor-padrão para se auferir o potencial de enganabilidade; (iii) A materialidade da prática: por fim, a enganabilidade estampada no anúncio deve ser apta a influir, com grande probabilidade, o comportamento do consumidor padrão daquele específico mercado, levando-o a cometer um engano em sua decisão de consumo. (SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do Marketing**. São Paulo: RT, 2000. p. 213). Por publicidade clandestina, entende-se aquela “transmissão de informações que parece que não é publicidade, mas é” (TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Forense, 2017. p. 332.). Por fim a publicidade abusiva figura como a que (i) contenha divulgação discriminatória de qualquer natureza; (ii) incite à violência, explore o medo ou a superstição; (iii) desrespeite valores ambientais; (iv) seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. Verifica-se, em verdade, “que o tipo objetivo da publicidade enganosa envolve, como elemento essencial, a indução a erro, sendo sujeito ativo o fornecedor e o sujeito passivo o consumidor. (CENEVIVA, Walter. **Publicidade e o direito do consumidor**. São Paulo: RT, 1991. p. 126).

dos mais variados segmentos. Sua atividade central é fornecer bases para o marketing empresarial, não se relacionando com o consumidor ou obtendo remuneração a partir dele. Não se ignora, no entanto, que a jurisprudência superior, tentando contornar a exigência legal para a qualificação da figura do fornecedor, passou a compreender que o sentido da expressão *mediante remuneração* deveria ser flexibilizado. Sublinhe-se:

A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. O fato do serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo "mediante remuneração" contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor³⁰⁹.

A interpretação é contestável. Há necessidade de regulação do ambiente *online* e a proteção dos dados do usuário da internet. Isto é um fato. Questiona-se, contudo, se o CDC seria a legislação adequada e capaz de confortar toda a proteção dos dados pessoais na internet (ou demais conflitos havidos entre usuários e empresas como Google e Facebook, por exemplo). Interpretações judiciais criativas e que pouco dialogam com a letra da lei abrem margem para a insegurança jurídica e instabilidade econômica: quanto menor é a compreensão do ambiente legal e regulatório, maior é a tendência empresarial de se socorrer na clandestinidade e repudiar um ambiente cooperativo que resguarde a privacidade dos indivíduos e o incentivo à inovação.

Ademais, o artigo 43, ao exigir a comunicação do consumidor acerca da abertura de todo e qualquer arquivo de consumo, desconecta-se da realidade corrente, na qual diariamente milhares de dados são coletados, pelas mais variadas ferramentas e com os mais variados propósitos. Para os cadastros de restrição de crédito, obviamente, a comunicação faz-se necessária e justificável, até mesmo para destravar a gama de direitos dispostos no *códex* consumerista. Para as estratégias de *analytics*³¹⁰, porém, o dever de comunicação representaria uma onerosidade excessiva ao arquivista e uma chateação intolerável ao consumidor, que seria constantemente informado sobre uma nova abertura de registros com seus dados pessoais – principalmente levando-se em conta a baixa consciência social sobre a necessidade de proteção da privacidade digital hoje.

Por fim, frise-se que, no dispositivo apresentado, não é possível extrair o direito à autodeterminação informativa, vez que o artigo 43 não exige o consentimento do consumidor

³⁰⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.192.208/MG**. Relator: ministra Nancy Andrighi. DJe 02/08/2012.

³¹⁰ Atividades relacionadas à leitura de dados pessoais, para construção de parâmetros de risco e oportunidades.

para a coleta de dados – o que diagnostica uma certa inadequação, em tese, dessa legislação para acobertar a proteção de dados pessoais no contexto contemporâneo. Nascido em outros tempos, o microssistema de proteção ao consumidor constitui um elogiável avanço para a regulação do mercado e proteção da parte hipossuficiente das relações negociais de cunho consumerista e até hoje mantém sua utilidade. No entanto, suas engrenagens, ainda que aperfeiçoadas por um exercício doutrinário minucioso, são controversos do ponto de vista de proteção à privacidade digital, sobretudo em razão das deficiências estruturais dos seus órgãos de proteção e das dificuldades de operacionalizar a responsabilização civil dos fornecedores nos casos de ilicitude das estratégias de manipulação e gerenciamento de dados pessoais no *marketing analytics*.

3.1.1 A Lei de Cadastro Positivo

Complementando as disposições do *códex* consumerista, a Lei 12.414, de 2011, ampliou a possibilidade de fluxo de informações para fins mercadológicos³¹¹, viabilizando a coleta de dados de adimplemento (dados positivos, de bons pagadores) de pessoas naturais ou jurídicas, com objetivo de formação dos históricos de crédito.

A Lei, de acordo com sua exposição de motivos, trouxe ferramentas focalizadas na ampliação das relações comerciais, estimulando o empresariado à redução de juros a partir da gestão de uma gama maior de dados dos consumidores. Sublinhe-se, neste sentido, excerto do texto que apresentou a redação da medida:

Inicialmente, deve-se destacar que a formação do histórico de crédito de pessoas naturais e jurídicas permite o recebimento e o manuseio pelos bancos de dados não somente de informações de inadimplemento, hoje já permitido e disciplinado pelo Código de Defesa do Consumidor, mas também de adimplemento (informações “positivas”), que não apresentava um marco legal claro para sua utilização. Com a coleta e disseminação de informações sobre adimplemento, as pessoas poderão se beneficiar do registro de pagamentos em dia de suas obrigações, de modo a permitir a construção de seu histórico de crédito. Dessa forma, o mercado de crédito e de varejo poderá diferenciar de forma mais eficiente os bons e os maus pagadores, com a consequente redução do risco de crédito por operação, que permitirá a redução dos custos vinculados à expansão do crédito de uma forma geral. [...] Em suma, com este conjunto de medidas, espera-se dotar o País de um arcabouço legal que incentive a troca lícita de informações pertinentes ao crédito e as transações comerciais, reduzindo o problema da assimetria de informações e proporcionando novos meios

³¹¹ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 145.

para redução das taxas de juros e para ampliação das relações comerciais, com a adequada proteção da privacidade das pessoas.³¹²

A despeito de robustecer ainda mais os históricos de crédito dos consumidores nos registros de atores privados, com a norma, também, houve uma maior sistematização sobre a proteção de dados pessoais de relevância creditícia, sobretudo por assegurar um espaço de maior trânsito para o autogerenciamento pelo titular dos dados, bem com expressamente, (i) impedir a coleta e uso de informações excessivas ou sensíveis e (ii) vedar a destinação dos dados para fins estranhos à atividade de crédito³¹³ – requisitos que já haviam sido cuidadosamente frisados pela jurisprudência superior.

A norma inovou em seu artigo 5º, VI, ao prescrever o direito do titular de revisão das decisões automatizadas. Em uma sociedade de relações massificadas, a concessão ou não de crédito está fundada, sobretudo, no uso das ferramentas de *scoring*, que são flexionadas a partir de algoritmos e inteligência artificial. Assim, ao positivar o direito de explicação sobre estas decisões, o legislador trouxe ferramentas úteis ao consumidor, ainda que de duvidoso diálogo com a prática, na medida em que é baixa, ainda hoje, a aderência dos consumidores à solicitação formal de acesso aos relatórios dos dados incluídos nestes arquivos de natureza creditícia.

Sobre este aspecto, referenciando um arcabouço fiscalizatório para a matéria, afastado das raias do mero exercício do direito subjetivo do consumidor, dispôs a Lei:

Art. 17. Nas situações em que o cadastrado for consumidor, caracterizado conforme a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Proteção e Defesa do Consumidor, aplicam-se as sanções e penas nela previstas e o disposto no § 2º.

§ 1º Nos casos previstos no caput, a fiscalização e a aplicação das sanções serão exercidas concorrentemente pelos órgãos de proteção e defesa do consumidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de atuação administrativa.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no caput e no § 1º deste artigo, os órgãos de proteção e defesa do consumidor poderão aplicar medidas corretivas e estabelecer aos bancos de dados que descumprirem o previsto nesta Lei a obrigação de excluir do cadastro informações incorretas, no prazo de 10 (dez) dias, bem como de cancelar os cadastros de pessoas que solicitaram o cancelamento, conforme disposto no inciso I do caput do art. 5º desta Lei.

³¹² MF/MJ. EM Interministerial n. 171/2010. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-171-MF-MJ-MPV-518-10.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

³¹³ BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Forense: Rio de Janeiro, 2019. p. 128.

O problema, no entanto, para além da própria especificidade da norma (a Lei é expressamente destinada aos bancos de dados relativos às informações de adimplemento e formação de histórico de crédito, não alcançando todas as possibilidades de uso de dados nas estratégias empresariais), reside nas mesmas deformidades inferidas a partir da análise do microssistema de proteção ao consumidor. Deficiências estruturais dos órgãos de proteção, que não possuem expertise e nem capacidade operacional de regular e fiscalizar os inúmeros bancos de dados existentes; limitações do sistema jurídico; confusão regulatória (normas setoriais conflitantes entre si); baixa consciência social sobre o exercício dos direitos previstos na Lei e a própria dificuldade inerente à operacionalização da responsabilização administrativa dos fornecedores fragiliza a harmonização dos interesses econômicos envolvidos e da proteção de dados pessoais, por vezes conflitantes nesta relação.

E mais. Recentemente, após uma polêmica alteração legal³¹⁴, a própria autodeterminação informativa pincelada em diferentes trechos da Lei foi severamente reduzida. A Lei complementar 166/2019³¹⁵, publicada em 08.04.2019, (i) autorizou o compartilhamento de informações entre diferentes bancos de dados; (ii) outorgou ao consumidor o direito de solicitar a exclusão das informações de caráter positivo registradas (ou seja, alterou a perspectiva nuclear da Lei: “Sai do modelo opt in para o opt out³¹⁶”); (iii) ampliou a lista de pessoas (físicas ou jurídicas) aptas a deter as informações, constando no rol as instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, prestadores de serviços continuados de água, esgoto, eletricidade, gás, telecomunicações e semelhantes, empresas que concedem crédito e administrem operações de autofinanciamento e as que realizam venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que lhes impliquem risco financeiro.

Deste modo, parece adequado afirmar que a Lei está fiada, novamente, em disposições esvaziadas parcialmente pela realidade corrente, sendo agravada pela insuficiência da atividade administrativa regulatória, bem como pela ausência de disposição de ferramentas que estimulem a conscientização coletiva na matéria. Ainda que tenha representado um importante avanço para a disciplina da proteção de dados, munindo o

³¹⁴ BLUM, Rita. O direito à privacidade e à proteção dos dados do consumidor. São Paulo: Almedina, 2018. p. 152.

³¹⁵ Na exposição de motivos, a Lei mencionou uma potencial diminuição de aproximadamente 40% do nível de inadimplência dos empréstimos, que geraria, em tese, a redução da taxa de juros do consumidor final. (BESSA, Leonardo Roscoe. **Código de Defesa do Consumidor Anotado**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 282)

³¹⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. **Código de Defesa do Consumidor Anotado**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 282.

indivíduo com instrumentos para melhor gerir suas informações, é certo que outorgar ao Poder Judiciário a aplicação dos direitos e garantias assegurados, pela via da responsabilidade civil, é favorecer uma percepção de vantagem econômica na manutenção do desrespeito à Lei, em sentido apostroado ao perseguido pela própria finalidade da norma.

3.2 MARCO CIVIL DA INTERNET: ENTRE A PREOCUPAÇÃO LEGISLATIVA E O VAZIO REGULATÓRIO

A Lei 12.964/2014 foi a primeira que versou, no país, com amplitude e especificidade na matéria, sobre o ambiente digital. Tratado como um dos mais avançados regramentos na época, o Marco Civil da Internet experimentou um modelo legislativo participativo, dotado de profundo debate e agremiação das ponderações dos mais variados setores envolvidos na regulação da internet.

Sua história, curiosamente, tem ligação umbilical com a apresentação de outro projeto de lei, o PL 89/2003, vulgarmente conhecido como PL Azeredo³¹⁷, que foi um marco legislativo bastante inflexível e que expandia a tipificação criminal de condutas digitais, exigindo, ainda, identificação e cadastro prévio de todo e qualquer usuário de internet, criminalizando, inclusive, a manutenção de redes *wi-fi* abertas³¹⁸ – como aquelas acessíveis de forma gratuita nos aeroportos, por exemplo.

A rigidez do projeto, que tinha potencial gigantesco de engessar e censurar a internet, contrariando, em verdade, a tendência internacional de desregulação, provocou severas reações³¹⁹, que, ao fim, felizmente estimularam o Congresso Nacional a organizar audiências públicas para o debate aprofundado³²⁰. A “virada de chave”, no entanto, aconteceu somente em junho de 2009, no âmbito da 9ª Edição do Fórum Internacional do Software Livre, em Porto Alegre, após um discurso do então presidente, Luiz Inácio Lula da

³¹⁷ O apelido deriva do nome do seu autor, o senador Eduardo Azeredo, do PSDB.

³¹⁸ ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. Marco civil da internet – antecedentes, formulação colaborativa e resultados alcançados. *In*: ARTESE, Gustavo [coord]. **Marco Civil da Internet: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 23.

³¹⁹ Gradativamente, o PL Azeredo foi sendo chamado de “AI-5 digital”, em razão da sua inclinação de instaurar um permanente estado de exceção na internet, controlando e punindo os usuários (D’ÁVILA, Manuela. O AI-5 digital e as razões para o #megañão. **UOL**. 2011. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/opiniaao/colunas/o-ai-5-digital-e-as-razoes-para-o-meganao/>. Acesso em: 20 dez. 2020).

³²⁰ ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. Marco civil da internet – antecedentes, formulação colaborativa e resultados alcançados. *in* ARTESE, Gustavo [coord]. **Marco Civil da Internet: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 24.

Silva, em franca oposição à regulação penal pretendida pelo PL Azeredo. Excerto da sua fala é abaixo replicado:

A verdade é que agora, Sérgio, aquela mesma discussão que a gente fazia de levar computador para o pobre, agora nós vamos ter que tomar uma decisão de financiar computador para os companheiros que receberam energia elétrica depois de 500 anos no Brasil. Ou seja, nós tiramos as pessoas do século XVIII, colocamos no século XXI e, portanto, elas têm o direito de ter um computador para os seus filhos chegarem ao século XXI imediatamente. Nós... eu vou terminar... depois eu vou falar da lei do Azeredo, que eu vi o pessoal com uma faixa aí pedindo para eu vetar antes de a lei ser aprovada. Essa lei que está aí, essa lei que está aí, não visa corrigir abuso de Internet. Ela, na verdade, quer fazer censura. O que nós precisamos, companheiro Tarso Genro, quem sabe seja mudar o Código Civil, quem sabe seja mudar qualquer coisa. O que nós precisamos é responsabilizar as pessoas que trabalham com a questão digital, com a Internet. É responsabilizar, mas não proibir ou condenar. (incompreensível) é o interesse policialesco de fazer uma lei que permite que as pessoas adentrem à casa das pessoas para saber o que as pessoas estão fazendo, até sequestrando os computadores. Não é possível, não é possível.³²¹

Foi a partir desse momento, de interferência mais direta do governo federal, que o Ministério da Justiça passou a atuar firmemente para construir um plano alternativo às proposições legislativas em curso, inaugurando um modelo inédito de construção aberta da regulamentação da internet no Brasil³²².

Na primeira fase, criou-se uma plataforma digital, de destaque colaborativo (como comumente é percebido em diversas ferramentas *online*, como a Wikipedia) para a hospedagem do debate público dos temas. A plataforma possuía características de rede social, para facilitar a interface e interação, e estava voltada para uma “construção democrática de uma política pública de cultura digital, integrando cidadãos e instituições governamentais, estatais, da sociedade civil e do mercado”³²³. Ao todo, nesse primeiro momento, foram recebidos 686 comentários específicos ao texto-base no *blog* da consulta, sem contar, ainda, com as contribuições por e-mail, *Twitter* e aquelas veiculadas em outros vetores de opinião – que, após compilados, geraram um documento de 581 páginas³²⁴.

³²¹ **SOFTWARE LIVRE**. Disponível em: <http://softwarelivre.org/portal/fisl/veja-escute-e-leia-na-integra-o-discurso-do-presidente-lula-no-fisl-10>. Acesso em: 20 dez. 2020.

³²² ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. Marco civil da internet – antecedentes, formulação colaborativa e resultados alcançados. in ARTESE, Gustavo [coord]. **Marco Civil da Internet: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 25.

³²³ **CULTURA DIGITAL**. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20090628085448/http://www.culturadigital.br/>. Acesso em: 20 dez. 2020); ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. Marco Civil da Internet – antecedentes, formulação colaborativa e resultados alcançados. *Apud* ARTESE, Gustavo [coord]. **Marco Civil da Internet: análise jurídica de uma perspectiva empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 32.

³²⁴ ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. Marco Civil da Internet – antecedentes, formulação colaborativa e resultados alcançados. In ARTESE, Gustavo [coord]. **Marco Civil da Internet: análise jurídica de uma perspectiva empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 38.

De posse desse material, a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça formulou uma versão do anteprojeto, publicada, em abril de 2010, no portal culturadigital.br, dando início, assim, à segunda fase de elaboração do MCI³²⁵. Da segunda fase, marcada por amplo debate, surgiu o projeto de lei 2.126/2011, de autoria do Poder Executivo e relatoria do deputado Alessandro Molon, do Partido dos Trabalhadores³²⁶.

A inusitada construção *virtualizada* de um projeto de lei trazia, certamente, a uma indagação comum: qual seria o impacto da elaboração participativa do projeto na tramitação no Congresso Nacional? As respostas, ao fim, foram satisfatórias³²⁷.

Ainda que certa lentidão (o projeto foi atropelado pela aprovação da Lei Carolina Dieckmann³²⁸), o MCI proporcionou um modelo legislativo inédito, diferenciado e elogiável. A despeito da sua qualidade legislativa e feição principiológica, o projeto contou com um fato social para acelerar sua aprovação: as revelações de Edward Snowden³²⁹, ex-analista da Agência de Segurança Nacional dos Estados Unidos, que divulgou, para o mundo

³²⁵ ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. Marco Civil da Internet – antecedentes, formulação colaborativa e resultados alcançados. In ARTESE, Gustavo [coord]. **Marco Civil da Internet: análise jurídica de uma perspectiva empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 41.

³²⁶ TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Marco Civil da Internet: considerações sobre a proteção da liberdade de expressão, neutralidade da rede e privacidade. In BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela. **Regulação 4.0**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 135.

³²⁷ ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. Marco Civil da Internet – antecedentes, formulação colaborativa e resultados alcançados. In ARTESE, Gustavo [coord]. **Marco Civil da Internet: análise jurídica de uma perspectiva empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 51.

³²⁸ Chamada de “Lei Carolina Dieckmann”, a Lei nº 12.737, de 2013, alterou o Código Penal, tipificando a conduta de “invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”. À época, houve um forte clamor social, estimulado pela divulgação de fotos íntimas da atriz global Carolina Dieckmann, após invasão dos seus dispositivos eletrônicos pessoais. Diferentemente do Projeto Azeredo e do MCI, que passaram anos sem grande enfoque do Poder Legislativo, a Lei Carolina Dieckmann foi rapidamente aprovada. O fato social, ocorrido em maio de 2012, poucos meses depois já estava tipificado na Lei, que foi sancionada em novembro de 2012.

³²⁹ Edward Snowden atuou como assistente técnico da CIA e fez carreira trabalhando em empresas privadas de inteligência que prestavam serviços para a NSA. No início de 2013, ele assumiu um posto na Bozz Allen Hamilton – empresa ligada à Agência norte-americana – no Havaí. Durante esse período, Snowden fez download de documentos secretos relacionados a atividades de inteligência dos Estados Unidos e de parceiros internacionais, que, na sequência, foram disponibilizados para o jornalista Green Greenwald e para a cineasta Laura Poitras, responsáveis pela elaboração das entrevistas e imagens posteriormente divulgadas no The Guardian e no The Washington Post. Tão logo as notícias foram publicadas, o governo norte-americano acusou Snowden de espionagem e revogou seu passaporte. (PILATI, José Isaac; OLIVO, Mikhail Vieira Cancelier. Um Novo Olhar sobre o Direito à Privacidade: caso Snowden e pós-modernidade jurídica. **Sequência** (Florianópolis), n. 69, p. 281-300, dez. 2014. p. 283. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/seq/n69/12.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020). Este fato, além de acelerar a aprovação do projeto, “endureceu-o”. Apenas para ilustrar, anteriormente ao caso Snowden o MCI possuía, em seu artigo 7º, apenas cinco incisos versando sobre proteção de dados. Após o episódio, foram acrescidos outros 3 incisos, com o reposicionamento do usuário para o centro do controle dos seus dados pessoais online. (BIONI, **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Forense: Rio de Janeiro, 2019. p. 131).

todo, os mecanismos de espionagem *online* praticada pelo governo dos Estados Unidos contra diversos países – inclusive o Brasil³³⁰.

Menos de um ano depois dessas revelações, em abril de 2014, o Marco Civil da Internet foi aprovado, servindo como um simbólico exemplo sobre regulação dos ambientes virtuais a partir de uma perspectiva de proteção e respeito aos direitos humanos³³¹. O caráter principiológico, com normativas essencialmente abertas, serviu como centro do microsistema de proteção ao consumidor usuário de serviços de internet e evitou, ao menos em tese, a caducidade precoce da lei, garantindo um melhor diálogo com as disposições do códex consumerista, Código Civil e Constituição Federal, além da Lei Geral de Proteção de Dados, recentemente aprovada³³².

Ao longo dos seus 32 artigos, infere-se uma preocupação legislativa focada, essencialmente, na chamada tríade axiológica da internet brasileira: neutralidade, liberdade de expressão e privacidade – como se nota a partir da leitura do artigo 3º da Lei.

Em primeiro, por neutralidade³³³ entende-se uma postura antidiscriminatória por parte dos provedores de conexão, sendo (i) proibido o bloqueio e imposição de restrições de acesso de páginas e aplicativos; (ii) vedado priorizar determinadas páginas e aplicativos no tráfego de dados, em detrimento de outros; (iii) não permitida a degradação do tráfego na rede; e (iv) obrigatória a transparência aos usuários acerca das medidas de gerenciamento da rede³³⁴.

³³⁰ ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. Marco Civil da Internet – antecedentes, formulação colaborativa e resultados alcançados. In ARTESE, Gustavo [coord]. **Marco Civil da Internet: análise jurídica de uma perspectiva empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 54.

³³¹ TEFFÊ, Chiara Spadaccini de. Marco Civil da Internet: considerações sobre a proteção da liberdade de expressão, neutralidade da rede e privacidade. In BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela. **Regulação 4.0**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 134.

³³² LONGHI, João Victor Rozatti. Marco Civil da Internet no Brasil: breves considerações sobre seus fundamentos, princípios e análise crítica do regime de responsabilidade civil dos provedores. In MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti [coords.]. **Direito Digital: direito privado e internet**. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 123.

³³³ A “paternidade do conceito da Neutralidade da Rede é devida ao professor Tim Wu, da Universidade de Columbia e teve o Chile como primeiro país a trazer para o seu ordenamento jurídico pátrio tal preocupação com a Neutralidade da Rede no ano de 2010. Em 2012 a Holanda foi o segundo país a inserir em seu ordenamento jurídico, trazendo que os prestadores e provedores estão proibidos de bloquear ou reduzir a velocidade de serviços ou aplicações na Internet, sendo permitidas práticas que minimizem os efeitos de congestionamento de tráfego, preserve a integridade e segurança da rede, restrinjam envio de spam e deem cumprimento a alguma determinação legal” (BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. CÉSAR. Marco Civil da Internet e Neutralidade da Rede: Aspectos Jurídicos e Tecnológicos. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. v. 12, n. 1 / 2007. 65-88. p.84).

³³⁴ WESTIN, Roberta. Neutralidade de rede: quem ganha e quem perde. In: ARTESE, Gustavo [coord]. **Marco Civil da Internet: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 141.

Dito de outro modo, pela ótica de neutralidade, as empresas de telecomunicação que ofertam banda-larga não podem bloquear ou discriminar o tráfego de dados em determinadas páginas ou aplicativos de internet. É o usuário que deve gerir seus interesses de acesso no ambiente digital, não cabendo aos provedores privilegiar, em razão de parcerias comerciais, quais portais ou aplicativos terão acesso mais ágil e facilitado³³⁵.

Nesse sentido, um breve parêntese: a discussão levada às autoridades acerca do conceito de neutralidade, relacionada ao *zero rating*, estratégia comercial por meio da qual o provedor de conexão assegura a seus consumidores que o volume de dados associados a certas aplicações patrocinadas não seja descontado da sua franquia. É, em linhas gerais, o acesso “gratuito” a alguns aplicativos (como ao *WhatsApp* e *Facebook*, comumente), sem consumo do pacote de internet. No Brasil foi instaurado inquérito para apurar se tal prática violaria o MCI, na medida em que privilegiaria determinado página/aplicativo em detrimento dos demais. O CADE, contudo, em 2017, compreendeu que a gratuidade no acesso teria efeito de poupar a franquia de dados contratada, e não de restrição de mercado, vez que possibilitaria o uso do pacote de dados do consumidor para experimentação de novos aplicativos e conteúdo, fomentando o uso de outras fontes e atores na internet³³⁶.

Em segundo, como já salientado pelo Supremo Tribunal Federal, sabendo que a liberdade de expressão é pressuposta para o funcionamento dos regimes democráticos, que dependem da existência de um mercado de livre circulação de fatos, ideias e opiniões, entende-se que, independentemente da qualidade do conteúdo da expressão da palavra, ela deve ser protegida pelo ordenamento. Por essa razão, a liberdade de expressão é tratada como liberdade preferencial em diferentes partes do mundo³³⁷, sendo dotada de considerável protagonismo no MCI, que conta com uma proteção positivada em 4 áreas distintas: no artigo 2º³³⁸; 3º³³⁹; 8º³⁴⁰ e 19º³⁴¹.

³³⁵ WESTIN, Roberta. Neutralidade de rede: quem ganha e quem perde. In: ARTESE, Gustavo [coord]. **Marco Civil da Internet**: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 141.

³³⁶ TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Marco Civil da Internet: considerações sobre a proteção da liberdade de expressão, neutralidade da rede e privacidade. In: BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela [coord.]. **Regulação 4.0**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p. 152.

³³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 18.638/CE**. Relator: ministro Luís Roberto Barroso. J. 17/09/2014.

³³⁸ A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão;

³³⁹ A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

³⁴⁰ A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

³⁴¹ Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço

Ora, é certo que com a migração das relações sociais para dentro dos contextos online, é justificável a preocupação legal com a liberdade de expressão. Uma das mais emblemáticas discussões acerca desse protagonismo conferido pelo MCI pode ser extraída da dicção do artigo 19. Isso porque, anteriormente à promulgação da lei, a jurisprudência superior vinha se consolidando no sentido de responsabilizar os provedores em caso de inércia para exclusão de conteúdo difamatório ou injurioso das redes. À época, bastava o envio de uma notificação extrajudicial pela vítima para que fosse criada uma obrigação de exclusão: era a chamada *notice and takedown*³⁴².

O MCI, contudo, certamente pressionado pelas gigantes de tecnologia, fez uma opção diversa, passando a exigir uma ordem judicial específica de exclusão de conteúdo para que se possa, eventualmente, atribuir responsabilidade ao provedor, em caso de desatendimento ao comando judicial. Situação diversa, apenas, ocorre nas situações de divulgação de conteúdo de nudez ou atos sexuais de caráter privado, “onde há previsão de responsabilidade subsidiária do provedor de aplicações que se omita diante de notificação extrajudicial (art. 21)”³⁴³.

Por fim, em terceiro, tem-se a proteção à privacidade *online*, eixo central do presente trabalho. O MCI, a despeito de não pretender ser, desde sua concepção, uma legislação completa e exaustiva a respeito da proteção de dados, traz, em seu bojo, (i)

e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infrigente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

³⁴² Neste sentido, reconhecia o STJ: “uma vez noticiado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, o provedor deve retirar o material do ar no prazo de 24 horas, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, pela omissão praticada. Consignou-se que, nesse prazo (de 24 horas), o provedor não está obrigado a analisar o teor da denúncia recebida, devendo apenas promover a suspensão preventiva das respectivas páginas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações, de modo que, confirmando-as, exclua definitivamente o perfil ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso. Entretanto, ressaltou-se que o diferimento da análise do teor das denúncias não significa que o provedor poderá postergá-la por tempo indeterminado, deixando sem satisfação o usuário cujo perfil venha a ser provisoriamente suspenso. Assim, frisou-se que cabe ao provedor, o mais breve possível, dar uma solução final para o caso, confirmando a remoção definitiva da página de conteúdo ofensivo ou, ausente indício de ilegalidade, recolocá-la no ar, adotando, na última hipótese, as providências legais cabíveis contra os que abusarem da prerrogativa de denunciar. Por fim, salientou-se que, tendo em vista a velocidade com que as informações circulam no meio virtual, é indispensável que sejam adotadas, célere e enfaticamente, medidas tendentes a coibir a divulgação de conteúdos depreciativos e aviltantes, de sorte a reduzir potencialmente a disseminação do insulto, a fim de minimizar os nefastos efeitos inerentes a dados dessa natureza” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.323.754/RJ**. Relator: ministra Nancy Andrighi. J. 19/06/2012).

³⁴³ GARCIA, Rafael. **Marco Civil da Internet no Brasil: repercussões e perspectivas**. Revista dos Tribunais. 2016. v. 964. Fev. de 2016. p. 7. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.964.06.PDF. Acesso em: 20 dez. 2020).

princípios e direitos dos usuários nesse tocante; (ii) políticas de retenção de dados; e (iii) possibilidades de acesso a dados pessoais³⁴⁴.

Da proteção legal assinalada, depreende-se, para além do caráter principiológico e tipificação aberta de proteção à privacidade *online*, já citadas, alguns destaques.

Primeiramente, há, no inciso IX, do artigo 7º, o protagonismo dado ao consentimento do usuário para captação e uso dos seus dados pessoais. O consentimento, por sua vez, deve ser (i) livre, correspondendo à vontade legítima do sujeito; (ii) expresso e objetivo; e (iii) informado, tendo sua validade condicionada à suficiência das informações ao titular sobre o contexto de tratamento dos dados e a sua consequência de escolha³⁴⁵.

Sobre este aspecto, no entanto, não se pode desconsiderar que o consentimento para coleta e uso dos dados pessoais favorece, em certa medida, “sua transformação em objetos de relações jurídicas de cunho patrimonial e, portanto, de apropriação de terceiros”³⁴⁶ – o que revela uma insuficiência deste mecanismo para a proteção da privacidade digital.

Outra ferramenta trazida pela norma está materializada no inciso VIII, também do mencionado artigo. Dele, é possível captar o princípio da finalidade, que impõe uma vedação ao uso secundário e inadvertido do dado pessoal (ou seja, aquele que exorbita a pretensão inicialmente apresentada), senão com a obtenção de novo consentimento específico³⁴⁷. Exemplo frisante de violação desse comando legal foi a aplicação de multa de R\$ 3,5 milhões de reais, em 2014, contra a empresa de telecomunicações Oi, em razão do monitoramento dos consumidores e venda de perfis singularizados para anunciantes, agências de publicidade e portais da web³⁴⁸ – o que superava a finalidade esperada pelo consumidor.

Por fim, há, na legislação, o direito de o usuário pleitear a exclusão definitiva dos seus dados pessoais a determinada aplicação de internet, ao término da relação entre as partes, salvo nos casos de guarda obrigatória de registros previstas na Lei (inciso X, art. 7º).

³⁴⁴ DONEDA, Danilo. MONTEIRO, Marília. O sistema da privacidade e proteção de dados no marco civil da internet. In ARTESE, Gustavo [coord]. **Marco Civil da Internet: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 75.

³⁴⁵ DONEDA, Danilo. MONTEIRO, Marília. O sistema da privacidade e proteção de dados no marco civil da internet. In ARTESE, Gustavo [coord]. **Marco Civil da Internet: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 78.

³⁴⁶ CORRÊA, Adriana Espíndola. **O corpo digitalizado**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 177.

³⁴⁷ DONEDA, Danilo. MONTEIRO, Marília. O sistema da privacidade e proteção de dados no marco civil da internet. In ARTESE, Gustavo [coord]. **Marco Civil da Internet: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 79.

³⁴⁸ **MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ**. Oi é multada em R\$ 3,5 milhões por invasão de privacidade feita por Velox. Comunicação, 25/07/2014. Disponível em: <http://comunicacao.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=13623>. Acesso em: 20 dez. 2020.

Esta sucinta regulação da proteção de dados operada pelo MCI foi severamente criticada por parcela da doutrina (uma “lei sem conteúdo normativo”³⁴⁹), sendo, poucos anos após sua aprovação, regulamentado pelo Decreto n. 8.771/2016. Nele, é possível destacar uma evolução na preocupação acerca da proteção de dados, na medida em que (i) conta com a primeira positivação do conceito de dados pessoais e do seu tratamento (art. 14º, I e II³⁵⁰); e (ii) traz importantes previsões acerca da atuação regulatória do poder público sobre as atividades de manipulação e coleta de dados (art. 17)³⁵¹.

O esforço legislativo foi louvável, no entanto, considerando-se as dificuldades práticas de monitoramento, pelo titular do dado sobre o percurso da sua informação (há, a todo momento, alimentação de bancos de dados), seria elementar a necessidade de melhor conformação de uma atuação regulatória, um agir estatal ativo, de direcionamento e fiscalização do mercado – e nisto falhou o MCI.

Explica-se. Pela lei, entende-se que há (i) competência de fiscalização e apuração de infrações por parte da ANATEL, nos termos da Lei 9.472/1997; (ii) competência da SENACON, em observância ao regramento consumerista e (iii) atribuição fiscalizatória ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência³⁵², em caso de infrações à ordem econômica, conforme dispõe a Lei 12.529/2011³⁵³.

Em primeiro, sobre o papel conferido à ANATEL, é um o desarranjo instituído pelo legislador. Pela disposição da Lei nº 9.472/1997, a referida autarquia é competente para regular sobre a organização dos serviços de telecomunicações – que “inclui, entre outros

³⁴⁹ A expressão decorre da (i) existência de inúmeras nomenclaturas não esclarecidas pelo texto legal; (ii) repetição despropositada de comandos legais já previstos em outras leis; (iii) deficiências regulatórias e entre outros. (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. **Estud. Av.** São Paulo, v. 30 n. 86, Jan./Apr. 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000100269. Acesso em: 20 dez. 2020).

³⁵⁰ Art. 14. Para os fins do disposto neste Decreto, considera-se: I - dado pessoal - dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locacionais ou identificadores eletrônicos, quando estiverem relacionados a uma pessoa; e II - tratamento de dados pessoais - toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

³⁵¹ CARVALHO, Victor Miguel Barros; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; OLIVEIRA, Adriana Carla Silva de. Monetização de dados pessoais na internet: competência regulatória a partir do Decreto n. 8.771/2016. **Revista de Estudos Institucionais**. v. 4, 2018, p. 379.

³⁵² Formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.

³⁵³ CARVALHO, Victor Miguel Barros; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; OLIVEIRA, Adriana Carla Silva de. Monetização de dados pessoais na internet: competência regulatória a partir do Decreto n. 8.771/2016. **Revista de Estudos Institucionais**. v. 4, 2018 p. 393.

aspectos, o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços, bem como a implantação e funcionamento de redes de telecomunicações”³⁵⁴.

Assim, somente poderia ser atribuída competência à ANATEL “às atividades relacionadas à discriminação de dados e diminuição de tráfego, pois que diretamente ligadas à competência desta autarquia”. Noutras palavras, sua atuação se restringiria à “regulação da velocidade de conexão, a derrubada de sinal, fiscalização dos pacotes de dados, entre outros” – fatos ligados aos entes efetivamente submetidos à atuação regulatória da autarquia³⁵⁵.

Em outro vértice, o art. 18 conferiu à SENACON³⁵⁶ a competência de fiscalizar e apurar infrações relacionadas à defesa do consumidor³⁵⁷.

No entanto, como já abordado anteriormente, a posição do usuário de internet, monitorado, sobretudo, pela massificação do uso de *cookies* em sites e aplicativos, dificilmente amolda-se adequadamente ao conceito tradicional de consumidor. Ainda, dificuldades funcionais, ligadas à própria estrutura da SENACON engessam ainda mais sua capacidade de fiscalização efetiva de um mercado que, de forma massificada, apoia-se cada dia mais no uso de *big data* ³⁵⁸.

³⁵⁴ CARVALHO, Victor Miguel Barros; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; OLIVEIRA, Adriana Carla Silva de. Monetização de dados pessoais na internet: competência regulatória a partir do Decreto n. 8.771/2016. **Revista de Estudos Institucionais**. v. 4, 2018. p. 396.

³⁵⁵ CARVALHO, Victor Miguel Barros; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; OLIVEIRA, Adriana Carla Silva de. Monetização de dados pessoais na internet: competência regulatória a partir do Decreto n. 8.771/2016. **Revista de Estudos Institucionais**. v. 4, 2018. p. 396.

³⁵⁶ A SENACON, órgão administrativo de cúpula para aplicação da Política Nacional de Defesa do Consumidor, ganhou status jurídico de secretaria autônoma por meio da reforma promovida no Decreto 7.738/2012, com jurisdição para fiscalizar as relações de consumo e servir como instância de instrução e julgamento nos processos administrativos no âmbito de sua competência, ligada estritamente à Lei 8.078/90. (ZANATTA, Rafael A. F. SOUZA, Michel R. O. A tutela coletiva na proteção de dados pessoais: tendências e desafios. In DE LUCCA, Newton; ROSA, Cintia. **Direito e Internet IV**: proteção de dados pessoais. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 23).

³⁵⁷ CARVALHO, Victor Miguel Barros; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; OLIVEIRA, Adriana Carla Silva de. Monetização de dados pessoais na internet: competência regulatória a partir do Decreto n. 8.771/2016. **Revista de Estudos Institucionais**. v. 4, p. 376-416. 2018. p. 396.

³⁵⁸ A “redação legislativa enseja a existência de conflitos horizontais e verticais no exercício do poder de polícia administrativa, além de não prever fóruns com força política para exercer a coordenação e articulação das entidades integrantes do SNDC, as quais são dotadas de autonomia e independência funcional e operacional entre si e não estão submetidas ao poder hierárquico do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Há, também, as dificuldades estruturais e históricas na gestão pública brasileira para a formulação, execução e avaliação de políticas públicas intergovernamentais. A constatação de que somente 10,62% dos municípios brasileiros têm Procons municipais demonstra a pouca evolução do Sistema em ampliar a possibilidade de acesso da população à defesa do consumidor, sendo que tal situação decorre da falta de interesse político de sucessivos governos municipais em criar tais órgãos e na falta de recursos de 14 muitas prefeituras. Foi igualmente constatado que, atualmente, 49,91% da população brasileira não têm acesso aos Procons municipais”. (VIEIRA, Luciano José Martins. PINHEIRO, Ivan Antônio. Dificuldades para a Implementação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. **EnAPG/ANPAD**, Salvador, 12-14 nov. 2008. p. 14. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/EnAPG472.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.)

Por fim, com relação ao SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), não são necessárias maiores digressões. Sua competência regulatória somente se observa nas hipóteses previstas no art. 36, da Lei 12.529/2011, abaixo replicado:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Pela dicção do dispositivo, apenas diante das situações em que o uso de dados pessoais repercute em violação concorrencial é que o SBDC terá sua competência regulatória legitimada.

Assim, em linhas gerais, tem-se que (i) o decreto foi impreciso na distribuição das competências regulatórias, demandando esforço interpretativo e em conjunto com outros diplomas legais para extração de algum sentido jurídico; (ii) a ANATEL não tem competência regulatória em matéria de dados pessoais no âmbito dos serviços que o monetizam, mas tão somente em face das empresas de telecomunicações; (iii) apesar de expressamente prevista no art. 18, a SENACON carece de meios eficazes para regulação em termos de dados pessoais, seja pelos percalços na consolidação do usuário de internet como consumidor, seja pelo alto número de matérias submetidas à fiscalização do órgão, seja pela sua incapacidade técnico-estrutural; (iv) o SBDC não tem competência para regular em matéria de dados pessoais, limitando-se às hipóteses concernentes à neutralidade da rede (relacionadas, porém, à violação da livre concorrência ou outra atribuição que lhe compita, disposta na Lei 12.529/2011).³⁵⁹

Se confuso e pouco efetivo é o agir pela via do Poder Executivo, é certo, também, que a mera disposição de direitos e garantias ao usuário, conferida pelo MCI e seu decreto regulamentador, desatende a finalidade perseguida, vez que pouco se comunica com a proteção da privacidade. Outorgar ao cidadão o caminho do Poder Judiciário não parece ser a via mais adequada para estimular o mercado a respeito da matéria.

Primeiramente, porque dificilmente o sujeito, de forma isolada, tem consciência de quais dados seus foram captados e foram utilizados nas estruturas de perfilização.

³⁵⁹ CARVALHO, Victor Miguel Barros; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; OLIVEIRA, Adriana Carla Silva de. Monetização de dados pessoais na internet: competência regulatória a partir do Decreto n. 8.771/2016. *Revista de Estudos Institucionais*. v. 4, 376-416. 2018. p. 405.

Em segundo, porque a morosidade e burocracia inerente à judicialização desestimula o indivíduo a buscar seus direitos, sobretudo nestes casos, em que o dano é muito mais abstrato, pouco palpável.

Em terceiro, porque é contraproducente destacar o Poder Judiciário como palco de discussões dessa natureza. É a estrutura regulatória do Estado, quando efetiva e técnica, que assegurará uma gradativa e sistêmica consolidação da cultura de proteção aos dados pessoais no país.

Assim, opina-se que as disposições do MCI, elogiáveis por inaugurar a regulação do ambiente digital, pecaram sob a ótica prática³⁶⁰, sob o olhar de efetiva construção de um espírito cooperativo entre os interesses do setor privado e os anseios de resguardo aos direitos da personalidade do usuário da internet. A mera salvaguarda legal de direitos³⁶¹ não garante – e não garantiu – uma mudança de culturas, de modo que a crítica doutrinária, de uma legislação sem considerável conteúdo normativo, tem fundamento, sobretudo ao focalizar a análise sob a ótica do vazio regulatório instituído pelo legislador, que deságua na própria ineficiência da proteção dos dados pessoais no país.

3.3 LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: A TENTATIVA DE EFETIVAÇÃO, PELA VIA LEGISLATIVA, DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMACIONAL

3.3.1 A formulação das Leis Gerais de Proteção de Dados

A disciplina jurídica, direta e específica, da proteção de dados tem uma história bastante pulverizada: enquanto algumas nações ostentam, há décadas, ferramentas infraconstitucionais robustas, outras apenas recentemente deram-se conta da essencialidade da matéria. Não se ignora, certamente, neste sentido, que a proteção de dados poderia ser regulamentada – e em algum período e algumas localidades, de fato³⁶², foi – por meio de previsões constitucionais, *privacy torts*, relações contratuais e costumes. Contudo, nas

³⁶⁰ Nesse exato sentido: SOUZA, Carlos Affonso; MAGRANI, Eduardo; CARNEIRO, Giovana. Lei Geral de Proteção de Dados: uma transformação na tutela dos dados pessoais. In: MULHOLLAND, Caitlin. **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2020.

³⁶¹ Rafael Zanatta, nesse sentido, destaca que “a mera definição do direito à proteção de dados pessoais é insuficiente para proteger tal direito. É preciso pensar para além do direito positivo estatal” (ZANATTA, Rafael A. F. A Proteção de Dados entre Leis, Códigos e Programação: os limites do Marco Civil da Internet in: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; PEREIRA DE LIMA, Cíntia Rosa. **Direito e Internet III: Marco Civil da Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2015 p. 462).

³⁶² Em Portugal, desde 1976, a Constituição prevê a proteção de dados pessoais em seu rol de direitos. Nos Estados Unidos, não há uma Lei geral de proteção de dados, mas legislações regionais (como a *California Consumer Privacy Act*, na Califórnia), ou outras setoriais (como *Children's Online Privacy Protection Act* e o *Health Insurance Portability and Accountability Act*).

últimas décadas, criou-se um relativo consenso de que as Leis Gerais de Proteção de Dados se firmariam como a forma mais eficaz de proteção da privacidade e harmonização das relações entre arquivistas, entidades privadas, públicas, cidadãos³⁶³ e, também para regular a transferência internacional de dados.

A primeira geração de normas surgiu na década de 1970, como uma reação ao processamento excessivo de dados pela Administração Pública³⁶⁴. O impulso, desta época, foi o fortalecimento das noções do Estado Social, que exigia, para um funcionamento adequado da sua engrenagem, um planejamento burocrático sofisticado, facilitado, por certo, a partir da coleta e processamento coordenado dos dados de cidadãos³⁶⁵.

Nos EUA, como exemplo da pretensão vigilante deste período, frise-se o projeto *National Data Center*, de 1965. Nele, o governo federal pretendia criar um único centro de dados nacional, contando com informações relativas à data de nascimento, cidadania, registros escolares, serviço militar, impostos, benefícios de previdência social, registros do espólio e, por vezes, registros criminais³⁶⁶⁻³⁶⁷. A ideia, no entanto, sofreu forte oposição, e o *National Data Center* nunca chegou a ser implantado nos EUA.

Grande parcela das leis deste momento atendia a uma perspectiva funcional, procedimental, condicionando o funcionamento dos bancos de dados a licenças prévias ou registros competentes³⁶⁸. São exemplos, aqui, as leis do Estado Alemão de Hesse (1970), a Lei de Dados da Suécia (1973), o Estatuto de Proteção de Dados alemão de Rheinland-Pfalz (1974) e a Lei Federal de Proteção de Dados da Alemanha (1977).

³⁶³ BENNET, Colin; RAAB, Charles. The governance of privacy. *Apud* SCHERTEL, Laura. **Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo**. Dissertação (Direito) - Universidade de Brasília. 158f. p. 133. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp149028.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

³⁶⁴ “Em primeiro lugar, foi o Estado que se encontrou na posição de se utilizar largamente de informações pessoais. Os motivos são razoavelmente implícitos: basta verificar que um pressuposto para a administração pública eficiente é o conhecimento tão acurado quanto possível da população, do que decorre, por exemplo, a realização de censos e pesquisas e o estabelecimento de regras para tornar compulsória a comunicação de determinadas informações pessoais à administração pública, visando maior eficiência” (DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 8).

³⁶⁵ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 38.

³⁶⁶ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 38.

³⁶⁷ Recentemente, o governo brasileiro, por meio dos decretos 10.046 e 10.047 de 2020 pretendeu criar uma megabase de dados dos brasileiros. Com várias similitudes ao *National Data Center*, o anseio do governo federal foi severamente criticado por setores entidades especializadas na proteção à privacidade, sobretudo por desconsiderar, frontalmente, as disposições da própria LGPD.

³⁶⁸ MAYER-SCHONBERGER, Viktor. General Development of data protection in Europe. *In* AGRE, Philip E.; ROTENBERG, Marc. *Technology and privacy: the new landscape*. Cambridge: The Mit Press, 2001. p. 223. *Apud* SCHERTEL, Laura. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 39.

No Brasil, ainda que pouco falado na doutrina, são ilustrativos deste período os projetos de lei (i) 4.365, de 1977, autoria do Dep. Roberto Faria Lima, que propunha o estabelecimento de um registro nacional dos bancos de dados, para a proteção da privacidade individual; e (ii) o 4.368/77, do Dep. José Camargo, que tinha como fito regular o tipo de informação que poderia ser fornecida aos centros de processamento de dados³⁶⁹. Menos de um ano depois, entretanto, fruto de uma sociedade ainda pouco conectada com a cultura de proteção de dados, ambos projetos foram arquivados.

Com o gradativo barateamento da gestão – e consequente proliferação – dos arquivos, para além daqueles geridos pelos entes públicos (a substituição do “grande irmão” por “pequenos irmãos”³⁷⁰), houve a necessidade de formulação de legislações que exigiam menos em procedimentalização e asseguravam maior olhar para a privacidade contextual dos cidadãos. Em outros termos, há “um aumento na quantidade de atores e, simetricamente, o número de bancos de dados a seres regulados-autorizados”³⁷¹. Surgem, neste momento, as normas de segunda geração, que colocam a privacidade informacional dentro do seu âmago de proteção³⁷².

Vê-se, porém, apesar desta elogiável mudança do centro gravitacional das normativas de proteção, que privacidade, aqui, se aproxima de um simulacro, na medida em que a própria fluência do cotidiano, a participação do indivíduo nas tarefas sociais comuns, relativizava o exercício deste poder de controle informacional³⁷³. Na expressão de Mayer-Schoneberger, somente os eremitas alcançariam uma proteção fidedigna dos seus dados, já que, como decorrência da sua recusa em fornecê-los, experimentariam um triste custo social de exclusão de inúmeros trânsitos negociais³⁷⁴.

³⁶⁹ BAAKLINI, Abdo; REGO, Antonio Carlos Pojo do. O congresso e a política nacional de informática. *Revista Administração Pública*. Rio de Janeiro. v. 22. p. 87-105. abr/jun 1988. p. 91. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/9438/8492>. Acesso em 20 dez. 2020.

³⁷⁰ STAPLE, William G. *Everyday Surveillance*. Maryland: Rowman e Littlefield, 2014. p. 2.

³⁷¹ BIONI, *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Forense: Rio de Janeiro, 2019. p. 114.

³⁷² SCHERTEL, Laura. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 40.

³⁷³ Por um lado, no âmbito do Estado Social, é muito difícil assegurar-se a liberdade informacional sem comprometer as funções dessa complexa burocracia que necessita de dados dos cidadãos para planificar. Por outro, também na relação entre privados, é difícil se verificar o exercício do direito à privacidade informacional, na medida em que tal exercício poderá impedir o acesso do indivíduo a determinadas facilidades do mercado de consumo, que o fornecedor está disposto a conceder somente em troca de suas informações pessoais (SCHERTEL, Laura. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 39).

³⁷⁴ MAYER-SCHONBERGER, Viktor. General Development of data protection in Europe. In AGRE, Philip E.; ROTENBERG, Marc. *Technology and privacy: the new landscape*. Cambridge: The Mit Press, 2001. p.

A terceira geração, por sua vez, é marcada pela decisão da Corte Constitucional Alemã³⁷⁵, que consolidou um caráter participativo do indivíduo sobre o direito à autodeterminação informativa. Diferentemente da feição percebida na geração anterior, há, aqui, uma maior compreensão do envolvimento do indivíduo durante todo o processo informacional (coleta, armazenamento e transmissão dos dados)³⁷⁶.

Por fim, a quarta e última fase de Leis de Proteção de Dados Pessoais se consolida e desdobra a partir da proliferação de normas versando sobre a proteção de dados para países periféricos e o reconhecimento da ineficácia do controle do indivíduo sobre suas informações. É a materialização da identificação de uma insuficiência regulatória tradicional para a matéria.

Considerando-se as peculiaridades de uma sociedade tecnológica e a notável disposição dos indivíduos para renunciar a sua privacidade em apreço às facilidades negociais e confortos do cotidiano, passa-se a compreender a incapacidade de assentar a proteção de dados na mera formulação de leis, ou na simples entrega de um direito na mão do cidadão. Sistemas híbridos, de corregulação, *accountability* vão tomando forma e ganhando destaque a partir de um olhar doutrinário. Sobre este ponto, haverá uma exploração mais minuciosa no próximo capítulo, após esgotada a descrição e o estudo do arcabouço legal que cercou a matéria de proteção de dados pessoais no Brasil.

Depreende-se, deste sucinto percurso histórico da regulação da privacidade informacional, que ela se identifica mais, inicialmente, com movimentos ocorridos na Europa e nos Estados Unidos, tal qual como ocorreu rigorosamente com a própria construção do *right to be alone*: a formulação de novos valores jurídicos em nações ricas espraiando-se gradativamente para nações periféricas. Tanto é verdade que, na contramão das nações

229. *Apud* BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Forense: Rio de Janeiro, 2019. p. 116.

³⁷⁵ Como já anteriormente citado, a “decisão mais importante da jurisprudência alemã relacionada à proteção de dados é a denominada Volkszählungsurteil, ou caso do censo demográfico, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal em 15.12.1983. [...] O texto legal previa que no ano de 1983 seria realizado um censo por parte de funcionários públicos e demais agentes encarregados, que não se limitaria apenas a fazer o levantamento do número de habitantes do país, mas também de coletar uma série de outros dados pessoais dos cidadãos. Em sede de liminar, o Tribunal Constitucional Federal suspendeu os efeitos da lei de recenseamento e acabou por julgar parcialmente procedentes as reclamações constitucionais. Em sua base, a realização do censo foi mantida, mas foi consideravelmente modificada, conforme as ordens do Tribunal, para que fosse procedida por meios que resguardassem a segurança dos dados dos cidadãos a serem entrevistados, como por exemplo, pela proibição de que alguns dados obtidos, como nome e endereço, fossem transferidos a outros órgãos de governo” (MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade nos sistemas técnico-informacionais no Direito Alemão. **RJLB**, Ano 5, 2019, nº 1. p. 782).

³⁷⁶ SCHERTEL, Laura. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 41.

europeias, o Brasil, nos anos 70, teve apenas dois PL's tratando, de algum modo, sobre proteção de dados (4.365/77 e 4.368/77), rapidamente arquivados pelo Poder Legislativo.

Na América Latina como um todo, na verdade, a disciplina da proteção de dados pessoais é muito mais recente. Veja-se, a partir das lições de Nelson Angarita Remolina³⁷⁷, conforme descrição de Rafael Zanatta³⁷⁸:

Tabela 3 | Proteção de dados na América Latina

País	Norma Constitucional	Legislação infraconstitucional
Argentina	Art. 43 (1994)	Lei 25.326/2000
Bolívia	Art. 130 (2004)	
Chile	-	Lei 19.628/1999 Lei 19.812/2002 Lei 20.575/2012
Colômbia	Art. 15 (1991)	Lei 158/2012
Costa Rica	-	Lei 8.968/2011
México	Art. 16 (2009)	Lei Federal 05-07-2010
Nicarágua	Art. 26 (1987)	Lei 787/2012 Decreto 36/2012
Paraguai	Art. 135 (1992)	Lei 1.682/2001 Lei 1.691/2002
Peru	Art. 2 e 200 (1993)	Lei 29.733/2011 Decreto 003-2013-JUS
Uruguai	-	Lei 18.331/2008 Decreto 414/2009

Fonte: ZANATTA (2015)

No Brasil a positivação foi, lamentavelmente, ainda mais tardia.

Nos idos de 2010, a partir de uma parceria entre o Ministério da Justiça e o Observatório Brasileiro de Políticas Digitais da FGV/RJ é que foi iniciado, formalmente, a 1ª fase do debate público de elaboração do anteprojeto da LGPD, que tinha, certamente, duas articulações que o antecederam: (i) a movimentação no meio acadêmico, capitaneada,

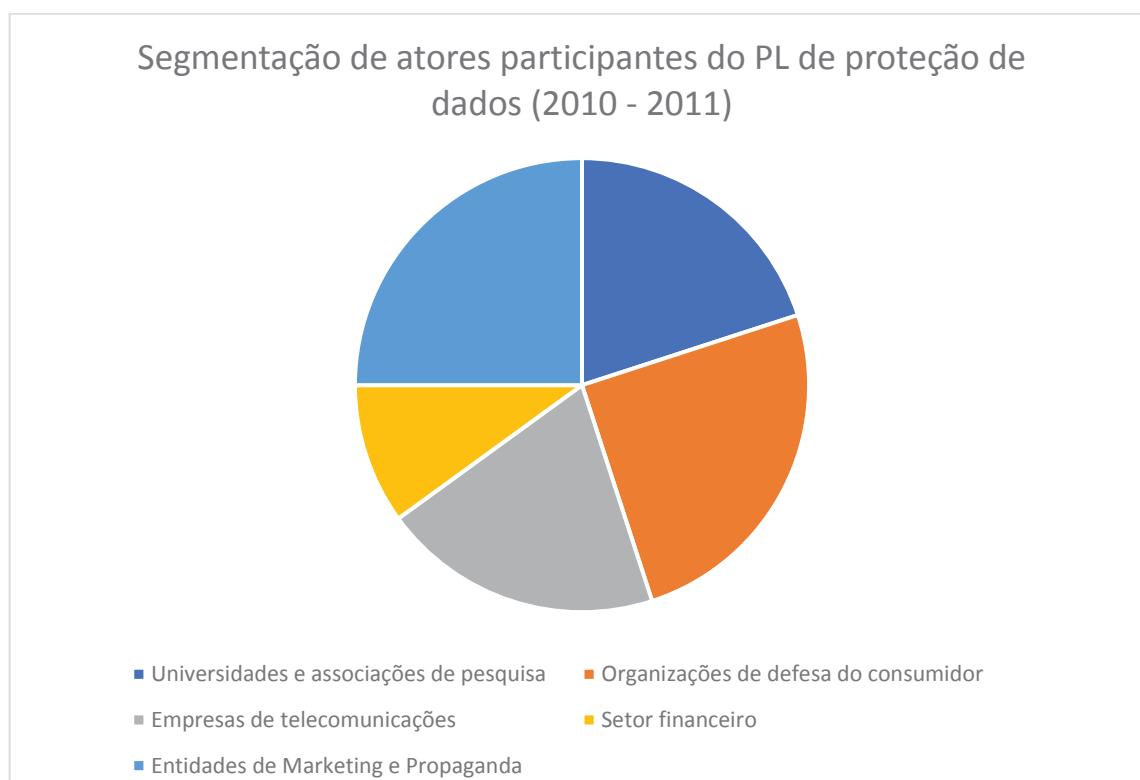
³⁷⁷ REMOLINA, Nelson Angarita. Latin America and Protection of Personal Data: Facts and Figures (1985-2014). **University of Los Andes Working Paper**, 2014.

³⁷⁸ ZANATTA, Rafael A. F. A Proteção de Dados entre Leis, Códigos e Programação: os limites do Marco Civil da Internet, *In* DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; PEREIRA DE LIMA, Cíntia Rosa. **Direito e Internet III: Marco Civil da Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 447-470. p. 453.

sobretudo, por Danilo Doneda e Laura Schertel, estimulava a adoção do modelo europeu no país (com uma declaração de direitos mais abrangente e criação de órgãos reguladores independentes); e (ii) os trabalhos do Comitê Gestor de Internet (CGI), que não apenas organizava habitualmente um seminário anual tratando da privacidade digital, como também realizava reuniões multisetoriais, tentando agremiar contribuições das mais várias frentes³⁷⁹.

Desta primeira fase, ocorrida entre 2010 e 2011, participaram entidades variadas, fragmentas em cinco inclinações de contribuição distintas³⁸⁰, assim organizado³⁸¹:

Figura 3 | PL de proteção de dados



Fonte: Adaptado de ZANATTA (2015)

A participação polarizada deste período proporcionou divergências em torno dos conceitos e proposições do anteprojeto, sobretudo voltadas (i) à forma de obtenção do consentimento do usuário; (ii) à definição de dados pessoais e (iii) às formas de tratamento permitidas. Ainda, capítulo à parte das divergências, responsável efetivamente por frear a

³⁷⁹ ZANATTA, Rafael A. F. A Proteção de Dados entre Leis, Códigos e Programação: os limites do Marco Civil da Internet, *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; PEREIRA DE LIMA, Cíntia Rosa. **Direito e Internet III: Marco Civil da Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 447-470. p. 455.

³⁸⁰ ZANATTA, Rafael A. F. A Proteção de Dados entre Leis, Códigos e Programação: os limites do Marco Civil da Internet, *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; PEREIRA DE LIMA, Cíntia Rosa. **Direito e Internet III: Marco Civil da Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 447-470. p. 457.

³⁸¹ ABEMD – Associação Brasileira de Marketing Direto. Disponível em: https://www.abemd.org.br/interno/DadosPessoais_ContribuicoesdasEntidades.pdf. Acesso 20 dez. 2020.

aprovação do projeto, foram as mobilizações antagônicas em torno do desenho regulatório para a temática³⁸².

Enquanto o Ministério da Justiça sustentava a necessidade de criação de uma Comissão Nacional de Proteção de Dados, sob a roupagem e estrutura de uma autoridade administrativa regulatória, inúmeras outras entidades privadas eram contrárias à criação de novas engrenagens estatais. Para eles, o déficit participativo e democrático destes órgãos engessaria a inovação, colocaria em xeque a harmonização do mercado³⁸³ e criaria barreiras regulatórias descoladas da internacionalização da matéria.

Vejam-se as principais organizações e posicionamentos que rechaçavam a criação de uma autoridade nacional de garantia, constantes nos relatórios que acompanharam o debate do projeto de lei:

- SindiTeleBrasil: *“Inicialmente, salienta sua discordância em relação à criação de uma Autoridade de Garantia, entendendo que os direitos previstos neste projeto poderão ser adequadamente resguardados pela atuação de órgãos já existentes (DPDC, MP, PROCON, etc.). Ademais, no que diz respeito à aplicação de sanções, a entidade acredita ser mais adequado que tal atribuição seja conferida aos entes reguladores de cada um dos segmentos econômicos existentes na sociedade, uma vez que os mesmos já detêm tal competência sancionatória”*³⁸⁴.
- ABEMD (Associação Brasileira de Marketing Direto); ABRAREC (Associação Brasileira das Relações Empresa Cliente); ABA (Associação Brasileira de Anunciantes) e QIBRAS (Qualidade da Informação Brasil): *“Entendemos desnecessária a criação da Autoridade de Garantia em razão de já existirem órgãos e entidades com capacidade de controle, fiscalização e sanção das normas estabelecidas neste Projeto Lei. A exemplo do Ministério Público Federal, Estadual, DPDC (Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor),*

³⁸² ZANATTA, Rafael A. F. A Proteção de Dados entre Leis, Códigos e Programação: os limites do Marco Civil da Internet, in: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; PEREIRA DE LIMA, Cíntia Rosa. **Direito e Internet III: Marco Civil da Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, 447-470. p. 458-462.

³⁸³ ZANATTA, Rafael A. F. A Proteção de Dados entre Leis, Códigos e Programação: os limites do Marco Civil da Internet, in: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; PEREIRA DE LIMA, Cíntia Rosa. **Direito e Internet III: Marco Civil da Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 447-470. p. 461.

³⁸⁴ ABEMD – Associação Brasileira de Marketing Direto. p. 228. Disponível em: https://www.abemd.org.br/interno/DadosPessoais_ContribuicoesdasEntidades.pdf. Acesso 20 dez. 2020.

*PROCON's Estaduais, Municipais, entidades civis, dentre outras nos termos da Lei 8.078 3 da Lei 7.347. Opinamos pela total supressão do preceito*³⁸⁵.

- ABTA (Associação Brasileira de Televisão Por Assinatura): “*entende ser desnecessária a criação de uma Autoridade de Garantia para a proteção de dados. A entidade sustenta que diversos órgãos do Estado podem cumprir esta função, tais como o DPDC, o Ministério Público, o PROCN, entre outros. É destacado o fato de que a criação de tal instituição significa a criação de uma estrutura extremamente custosa e complexa, com poderes regulatórios que podem até mesmo embarçar a garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição*”³⁸⁶ [sic].

Os interesses frontalmente colidentes e a ausência de um fato emergencial que pudesse catapultar a aprovação da lei emperraram a regulação legal da proteção de dados no Brasil por cerca de oito anos. Ainda que as discussões, volta e meia, retornassem ao destaque midiático, foi somente nos anos que encerravam a segunda dezena do século XXI que o empenho legislativo sofreu significativa alteração, e as razões podem ser sintetizadas por três frentes distintas.

Em primeiro, o episódio da empresa *Cambridge Analytica*, já anteriormente citado, foi determinante para uma mudança de postura nos mais diversos países. A manipulação eleitoral, fundada na aliança entre perfilização dos indivíduos e impulsionamento de *fake news*, estimulou a urgência na regulação da matéria, inclusive, no Brasil, na medida em que não se sabia a exata nacionalidade dos 50 milhões de usuários do *Facebook* que tiveram seus dados utilizados pela empresa londrina, nem o destino destas informações coletadas³⁸⁷.

Em segundo, o intuito do Brasil de ingressar na OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) também foi peça essencial para a aprovação de um marco legal geral sobre o tema. Isto porque, para fazer parte da organização, o país precisa ter uma legislação compatível e uma autoridade regulatória independente para a proteção, uso, tratamento e armazenamento de dados pessoais na internet. Não é demais

³⁸⁵ ABEMD – Associação Brasileira de Marketing Direto. p. 211. Disponível em: https://www.abemd.org.br/interno/DadosPessoais_ContribuicoesdasEntidades.pdf. Acesso 20 dez. 2020.

³⁸⁶ ABEMD – Associação Brasileira de Marketing Direto. p. 212. Disponível em: https://www.abemd.org.br/interno/DadosPessoais_ContribuicoesdasEntidades.pdf. Acesso 20 dez. 2020.

³⁸⁷ O Ministério Público do Distrito Federal, em 2018, instaurou um inquérito para apurar se houve atuação da empresa no território brasileiro. Na portaria 02/2018, que iniciou o procedimento de investigação, é citado que “a Cambridge Analytica opera no Brasil desde 2017 em parceria com a empresa de consultoria A Ponte Estratégia Planejamento e Pesquisa LTDA, do senhor André Luiz Almeida Torretta”.

lembrar que fazer parte da OCDE implica credibilidade internacional e, consequentemente, maior atração de investimentos estrangeiros³⁸⁸.

Por fim, a aprovação da *General Data Protection Regulation*, na Europa, abriu os olhos das autoridades brasileiras sobre dos altos custos, inclusive econômicos, que a desregulação e a inércia legislativa trariam. Dentre os princípios que regem o regulamento europeu, há a permissão de transmitir dados apenas para países fora do eixo continental que possuam nível adequado de proteção³⁸⁹, de modo que a inação criaria percalços nas relações comerciais existentes entre o bloco e o Brasil.

A partir da confluência destes e outros fatores, foi aprovada, com considerável retardo, em agosto de 2018³⁹⁰, a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, nitidamente inspirada no modelo europeu³⁹¹ (*General Data Protection Regulation*) e que conta, em sua espinha dorsal, com um rol extenso de princípios, direitos e deveres, atingindo “os mais diversos setores da economia (usuários, desenvolvedores, poder público e iniciativa privada), numa importante tentativa de introduzir valores voltados à transparência e *accountability*”³⁹².

3.3.2 O tom da legislação: entre princípios e direitos correlatos

Como visto, na formulação da Lei Geral de Proteção de Dados é possível constatar a proeminência de um tom principiológico, seguido de direitos correlatos, buscando manter atualizado o diálogo entre o direito positivado e as rápidas transformações tecnológicas refletidas na sociedade contemporânea³⁹³. A Lei atenta-se para evitar as chamadas “*sunset rules*”³⁹⁴, ou seja, normas que já despontam fadadas à obsolescência precoce, ante a

³⁸⁸ REAFFRA, Ana Paula Oriola de. A prorrogação do prazo de vigência da lei geral de proteção de dados pessoais - LGPD e seus impactos no desenvolvimento econômico do Brasil diante da pandemia. **MIGALHAS**. Abril de 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/325364/a-prorrogacao-do-prazo-de-vigencia-da-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais---lgpd-e-seus-impactos-no-desenvolvimento-economico-do-brasil-diante-da-pandemia>. Acesso 20 dez. 2020.

³⁸⁹ FERREIRA, Rafael Freire. Autodeterminação informativa e a privacidade na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 167.

³⁹⁰ A entrada em vigor do texto, no entanto, ocorreu apenas em agosto de 2020 e o capítulo referente às penalidades administrativas ocorrerá em agosto de 2021.

³⁹¹ VERONESE, Alexandre; MELO, Noemy. O Projeto de Lei 5.276/2016 em contraste com o novo Regulamento Europeu. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 14. Ano 5. 71-99. São Paulo: RT, jan-mar. 2018. p. 89.

³⁹² SOMBRA, Thiago Luis Santos. **Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 133.

³⁹³ COTS, Marcio; OLIVEIRA, Ricardo [coord.]. **O legítimo interesse e a LGPD**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 43.

³⁹⁴ RODOTÁ, Stefano. Privacy e costruzione dela sfera privata. Ipotesi e prospettive. In: **Politica del Diritto**, ano XXII, n. 1. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 543.

constante evolução social. Esta técnica legislativa, porém, diante das possíveis lacunas interpretativas e subjetivismos que gera, exige um agir estatal, de complementação e adaptação do conteúdo da norma à realidade e segmento de mercado – função que será exercida, segundo a Lei, pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), melhor abordada no capítulo seguinte.

O primeiro princípio disposto na Lei é o da boa-fé (art. 6º, *caput*), que há muito baliza as relações privatistas no Direito brasileiro. O comportamento das pessoas, sabe-se, deve respeitar “um conjunto de deveres reconduzidos, num prisma juspositivo e numa optica histórico-cultural, a uma regra de actuação de boa-fé”³⁹⁵. Traduz, assim, um cânone hermenêutico-integrativo que concebe fontes criadoras de deveres e limitações ao exercício do direito subjetivo³⁹⁶. Obriga as pessoas a não desviarem dos desígnios “que, em ponderação social, emergjam da situação em que se achem colocadas: não devem assumir comportamentos que a contradigam – deveres de lealdade – nem calar ou falsear a actividade intelectual externa que informa a convivência humana – deveres de informação”³⁹⁷.

Para as relações constituídas a partir do fluxo de dados pessoais, a boa-fé assume especial relevância, não somente sob a ótica de preservação das legítimas expectativas do titular no momento da formação da relação jurídica, mas especialmente sob o aspecto pós contratual³⁹⁸, no qual o poder de controle do titular sobre o percurso informativo se dissolve, abrindo margem para a comercialização dos seus dados pessoais entre os diferentes atores privados e para as mais diversas finalidades mercadológicas ou eleitorais.

O segundo princípio é o da finalidade (art. 6º, I), que destaca uma obrigação de utilizar-se de “propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem a possibilidade de tratamento posterior de maneira incompatível”³⁹⁹ com estes desígnios.

Exemplo interessante de operação deste princípio foi o reconhecimento, pela Autoridade de Garantia Italiana, da ilegitimidade do envio de *spam* de propaganda política

³⁹⁵CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 632.

³⁹⁶MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 428-437.

³⁹⁷CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 646.

³⁹⁸FLUMINGNAN, Silvano; FLUMINGNAN, Weverton Gabriel Gomes. Princípios que regem o tratamento de dados no Brasil. In LIMA, Cintia Rosa Pereira. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 125.

³⁹⁹SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani. Disposições preliminares. In FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 31.

para usuários que se cadastraram em plataforma de notícias sobre culinária, hobbies e esportes⁴⁰⁰. Isto porque finalidades que transcendem aquelas apresentadas ao titular quando do momento da coleta são reputadas ilícitas⁴⁰¹.

O terceiro princípio é o da proporcionalidade ou adequação (art. 6º, II). Nele, exige-se que o tratamento dos dados seja realizado de forma condizente com os fins previamente informados, ou seja, além de informar o propósito e, também, a extensão do tratamento, deve o controlador garantir que os limites estão sendo efetivamente cumpridos⁴⁰².

Por exemplo, um aplicativo de transporte de passageiros que peça dados relacionados à saúde dos seus usuários terá o processamento reputado como inadequado, vez que alheio à razoabilidade existente entre o serviço ofertado e o tratamento de dados pretendidos pela empresa⁴⁰³. Noutras palavras, informações pessoais que excedem a essencialidade do serviço prestado pelo controlador e as legítimas expectativas criadas no titular violam a adequação (neste sentido, o artigo 15, da Lei, e determina que o término do tratamento de dados pessoais ocorrerá quando a finalidade foi alcançada ou os dados deixaram de ser necessários e pertinentes).

O quarto princípio é o da necessidade (art. 6º, III), que, complementando o princípio da finalidade, determina que o tratamento de dados deve ser limitado ao mínimo necessário para atender às finalidades expostas⁴⁰⁴. Dados excessivos, ou tornados irrelevantes com o tempo, devem, assim, ser excluídos com maior brevidade possível⁴⁰⁵.

Direito correlato a este princípio é o de eliminação de dados, que ocorre: (i) quando impertinentes, excessivos ou em tratamento em desconformidade legal; (ii) diante da solicitação do titular, nos casos em que inexistente qualquer exceção legal que permita a continuidade do armazenamento (ou seja, sem a presença de qualquer razão relacionada ao

⁴⁰⁰ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Autoridade Nacional de Proteção de Dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 198.

⁴⁰¹ FLUMINGNAN, Silvano; FLUMINGNAN, Weverton Gabriel Gomes. Princípios que regem o tratamento de dados no Brasil. In LIMA, Cíntia Rosa Pereira. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 127.

⁴⁰² SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani. Disposições preliminares. In FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 33.

⁴⁰³ FLUMINGNAN, Silvano; FLUMINGNAN, Weverton Gabriel Gomes. Princípios que regem o tratamento de dados no Brasil. In LIMA, Cíntia Rosa Pereira. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 130.

⁴⁰⁴ SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani. Disposições preliminares. In FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 31.

⁴⁰⁵ VOIGT, Paul; BUSSCHE, Axel von Dem. **The EU General Data Protection Regulation**. Berlin: Springer, 2017. p. 154.

cumprimento de obrigação legal, contratual ou regulatória; estudos de órgãos de pesquisa; ou quando realizada a transferência lícita para terceiros...)⁴⁰⁶.

Aqui, cabe uma breve distinção: no Brasil, o direito de eliminação de dados é diferente de direito ao esquecimento, e também diverso ao direito à desindexação⁴⁰⁷ e do direito à revogação do tratamento.

Direito ao esquecimento, pela ótica do STJ, extraída dos julgamentos proferidos nos casos de Aída Curi⁴⁰⁸ (Recurso Especial n. 1.335.153/RJ) e da Chacina da Candelária⁴⁰⁹ (Recurso Especial n. 1.334.097/RJ), refere-se ao resgate de informações de natureza criminal superadas pelo transcurso do tempo, ou seja, pela redução do interesse público sobre o lembrar de alguns fatos que são aptos a causar danos aos direitos da personalidade dos retratados. Sobre a temática, inclusive, recentemente compreendeu o STF pela ausência de recepção deste direito no ordenamento jurídico brasileiro⁴¹⁰, afastando a possibilidade de exclusão de material jornalístico isento de abusos, conforme tema de repercussão geral n. 786/STF.

⁴⁰⁶ LIMA, Cintia Rosa Pereira; RAMIRO, Livia Froner Moreno. Direitos do titular dos dados pessoais. In LIMA, Cintia Rosa Pereira. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 260.

⁴⁰⁷ LIMA, Cintia Rosa Pereira; RAMIRO, Livia Froner Moreno. Direitos do titular dos dados pessoais. In LIMA, Cintia Rosa Pereira. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 261.

⁴⁰⁸ O programa “Linha Direta”, da Rede Globo, elaborou uma reconstituição do crime que vitimou a jovem Aída Curi, morta em 1958. O programa, levado ao ar em 2004, gerou severa irrequietude dos familiares da vítima, que pleiteavam uma indenização por danos morais em face da emissora carioca. O caso chegou ao STJ, que a despeito de entender pela existência do direito ao esquecimento dos familiares da jovem Aída, compreendeu que, a partir da ponderação de valores, haveria maior destaque, no caso, à liberdade de imprensa, rechaçando, consequentemente, o pedido indenizatório formulado.

⁴⁰⁹ O caso da Chacina da Candelária, ocorrido em 1993, também foi reconstituído pelo programa “Linha Direta”, da Rede Globo, em 2006. O caso referia-se à morte de oito menores desabrigados, nas escadarias de acesso da Igreja Nossa Senhora da Candelária, no Rio de Janeiro. Jurandir Gomes França, um dos acusados do crime, ingressou com demanda indenizatória em face da emissora, sob o pretexto de que o lembrar jornalístico, anos após a sua absolvição criminal, ensejava a ocorrência de grave perturbação aos seus direitos da personalidade. Neste caso, o STJ reconheceu que o resgate dos fatos, ainda que totalmente verídico, extrapolava o exercício lícito da liberdade de imprensa, pois colocava o indivíduo sob uma nova reprimenda social, uma perpetuação da condenação. A Corte Superior, neste caso, entendeu que deveria prevalecer o direito ao esquecimento do acusado.

⁴¹⁰ A solução adotada, inclusive, inviabilizou a criação do direito ao esquecimento pela via legislativa ordinária: “A técnica utilizada no RE 1.010.606/RJ não abriu margem para a devolução dos conflitos relacionados ao direito ao esquecimento aos órgãos jurisdicionais, por meio de uma catalogação de conflitos que seriam pré-incluídos ou pré-excluídos do suporte fático desse direito. Em certa medida, esse teria sido o caminho adotado pelo STF acaso houvesse seguido o voto do ministro Nunes Marques” (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Esquecimento de um direito ou o preço da coerência retrospectiva? (Parte 3). **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-10/direito-comparado-esquecimento-direito-ou-preco-coerencia-parte>. Acesso em: 10 de jun. 2021.)

Direito à desindexação, originado do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Google Spain vs. Mario Costeja González*⁴¹¹ (processo n. C-131/12), refere-se à retirada de determinados resultados nos mecanismos de busca da Internet, como o *Google Search*.

O direito à revogação do consentimento, por sua vez, refere-se à mera possibilidade de interromper o tratamento, não exigindo, necessariamente, a exclusão dos dados até ali tratados por controlador e operador⁴¹².

Outro direito consagrado, e relacionado ao princípio da necessidade, é o de anonimização ou eliminação de dados prescindíveis. Segundo o artigo 5º, III da LGPD, dados anônimos são aqueles que não admitem a identificação do titular, considerando-se a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião do tratamento (art. 5º, III). Sobre tais dados não incide a LGPD, já que não traduzem uma informação relativa a uma pessoa identificada ou identificável. Em outro vértice, atraindo a aplicação da Lei, tem-se a pseudonimização, que corresponde ao tratamento por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação e ferramenta adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro. Que ao usuário é dado o direito de ter seus dados tornados anônimos, quando o objetivo do controlador é apenas estatístico.

Em linhas gerais, até aqui, o processamento de dados é lícito quando transparente, quando atende legítimas expectativas do titular, quando está calçado, de forma proporcional, em finalidades previamente ajustadas e quando se utiliza do menor número de dados para alcançar seus objetivos (princípio da necessidade).

Na sequência, em quinto (art. 6º, IV), há o princípio do livre acesso, tratado com protagonismo no artigo 43 do códex consumerista, anteriormente analisado. Aqui, como o próprio nome já sugere, o sujeito tem direito de ter ciência de quais dados seus compõem os bancos do controlador, de modo a viabilizar a autodeterminação informacional⁴¹³.

⁴¹¹ Mario Costeja González era um advogado espanhol, que possuía dívidas com o fisco. Maria González, no entanto, quitou os débitos, fazendo com que não houvesse expropriação de qualquer bem do advogado devedor. Em 2009, Mario Costeja procurou o jornal La Vanguardia para que o seu nome não aparecesse mais nos motores de busca da internet, associado à dívida já paga. A resposta foi negativa. Na sequência, buscou o Google Espanhol, tendo igualmente resposta negativa. O caso foi parar no Tribunal de Justiça da União Europeia, que reconheceu a existência de um direito à desindexação de dados de pesquisa, relacionado com o direito fundamental à privacidade.

⁴¹² SILVA, Priscilla Regina. Os direitos dos titulares de dados. In: MULHOLLAND, Caitlin [coord.]. **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil**. Porto Alegre: Arquipélago, 2020. p. 209.

⁴¹³ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Autoridade Nacional de Proteção de Dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados. São Paulo: Almedina, 2020. p. 200.

Em sexto, tem-se o princípio da qualidade ou exatidão dos dados (art. 6º, V), que diagnostica uma necessidade de manutenção de informações fidedignas e atualizadas, outorgando ao titular a possibilidade de pleitear a correção de equívocos informacionais dispostos nos arquivos. O âmago desta proteção legal decorre do fato de que o tratamento de dados desatualizados ou equivocados é apto a ensejar a ocorrência de severas desvantagens ao titular, como o envio errado de correspondências⁴¹⁴, perfilização incorreta em birôs de crédito, envio de *spams* ofensivos ou, ainda mais grave, inserção de uma condenação criminal de um sujeito que, em verdade, foi absolvido⁴¹⁵.

Em sétimo, cite-se o princípio da transparência, identificado como um dever de clareza, que se espraia para (i) a necessidade de exposição da identidade do controlador, ou seja, aquele a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais, e também, do objetivo que será alcançado pelo processamento; e (ii) a correta indicação dos riscos, garantias e direitos do indivíduo em relação às atividades de tratamento⁴¹⁶.

Deste princípio emergem dois direitos relacionados. O primeiro deles é o de confirmação do tratamento e do acesso aos dados, sem qualquer custo. O formato de tal requisição deve ser simplificado e disponibilizado nos sites dos agentes de tratamento, que, ao fim, deverão responder a solicitação no prazo de 15 dias (art. 19, II)⁴¹⁷.

Outro direito consagrado é de portabilidade, já conhecido no ambiente de telecomunicações e que se refere à possibilidade de o titular pleitear a remessa dos seus dados para outro controlador. É um estímulo à livre concorrência e um óbice ao efeito *lock-in*, ou seja, o aprisionamento tecnológico do consumidor a determinada organização⁴¹⁸.

Um exemplo de operação deste direito pode ser extraído da seguinte situação: o titular dos dados possui contrato com uma determinada seguradora de veículos, que coleta e trata dados acerca do seu comportamento como condutor automotivo. Posteriormente, buscando melhores ofertas neste mercado, o titular contata uma nova seguradora. Tem o

⁴¹⁴ SILVA, Priscilla Regina. Os direitos dos titulares de dados. In: MULHOLLAND, Caitlin [coord.]. **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil**. Porto Alegre: Arquipélago, 2020. p. 200.

⁴¹⁵ LIMA, Cintia Rosa Pereira; RAMIRO, Livia Froner Moreno. Direitos do titular dos dados pessoais. In LIMA, Cintia Rosa Pereira. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 258.

⁴¹⁶ VOIGT, Paul; BUSSCHE, Axel von Dem. **The EU General Data Protection Regulation**. Berlin: Springer, 2017. p. 141.

⁴¹⁷ LIMA, Cintia Rosa Pereira; RAMIRO, Livia Froner Moreno. Direitos do titular dos dados pessoais. In LIMA, Cintia Rosa Pereira. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 255.

⁴¹⁸ SILVA, Priscilla Regina. Os direitos dos titulares de dados. In: MULHOLLAND, Caitlin [coord.]. **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil**. Porto Alegre: Arquipélago, 2020. p. 203.

titular, nesta hipótese, o direito de pleitear a transferência dos dados à nova contratada, que poderá melhor confortar sua oferta, a partir do histórico de comportamento do titular, disposto nas bases na antiga seguradora⁴¹⁹.

Em oitavo, o princípio da não discriminação implica a impossibilidade de tratamentos de dados para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos⁴²⁰. Um exemplo ilustrativo de violação deste princípio é a transferência de dados, por aplicativos de medição de desempenho esportivo, para operadoras de planos de saúde⁴²¹. Isto porque, o uso destas informações sensíveis do titular pode fazer com que as seguradoras escolham quem merece, e sob qual precificação merecem, receber ofertas dos seus serviços.

Note-se que, coligado a este princípio, a legislação outorga ao titular o direito à explicação e à revisão de decisões automatizadas. Decisões automatizadas são “sequências pré-definidas de comandos automatizados que, com base em dados pessoais e não pessoais, chegam a conclusões que podem sujeitar alguém a determinada ação, a qual pode ou não ter impacto significativo em sua vida”⁴²². Ao titular é dado o poder de requerer uma revisão destas conclusões alcançadas. Ocorre, contudo, que no contexto brasileiro esta revisão da decisão pode, também, ser feita por outro meio automatizado. Isto porque, quando da aprovação da Lei, o presidente Jair Bolsonaro vetou o trecho que exigia uma revisão humana, defendendo que a determinação violaria o interesse público, contrariando os modelos atuais de planos de negócios, sobretudo de *startups* e birôs de crédito⁴²³.

A decisão prestigiou interesses econômicos e garantiu a ampliação do investimento em soluções de *machine learning*. No entanto, a ausência de disciplina sobre esta revisão pode inviabilizar o exercício de direitos do titular, sobretudo no tocante à concretização do direito à explicação (será que a tecnologia conseguirá revelar, de forma satisfatória, as formas como estruturou suas decisões automatizadas?).

⁴¹⁹ VOIGT, Paul; BUSSCHE, Axel von Dem. **The EU General Data Protection Regulation**. Berlin: Springer, 2017. p. 169.

⁴²⁰ FLUMINGNAN, Silvano; FLUMINGNAN, Weverton Gabriel Gomes. Princípios que regem o tratamento de dados no Brasil. In LIMA, Cintia Rosa Pereira. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 136.

⁴²¹ FLUMINGNAN, Silvano; FLUMINGNAN, Weverton Gabriel Gomes. Princípios que regem o tratamento de dados no Brasil. In LIMA, Cintia Rosa Pereira. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 136.

⁴²² MONTEIRO, Renato Leite. Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil? **Instituto Igarapé**, 2018. p. 02. Disponível em: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Existe-um-direito-a-explicacao-na-Lei-Geral-de-Protecao-de-Dados-no-Brasil.pdf>. Acesso 20 dez. 2020.

⁴²³ SILVA, Priscilla Regina. Os direitos dos titulares de dados. In: MULHOLLAND, Caitlin [coord.]. **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil**. Porto Alegre: Arquipélago, 2020. p. 212.

Em nono, o princípio da segurança revela a obrigação de o agente de tratamento adotar “todas as medidas físicas (como fechamento das salas com lacre e fechadura e etc.), bem como medidas tecnológicas (e.g fazer cópias de segurança em nuvem, usar criptografia e senhas), além de medidas organizacionais, como treinamento de funcionários” para assimilação da cultura de proteção de dados⁴²⁴.

As diligências adotadas devem ser suficientes e adequadas ao tempo do processamento, de modo que as ferramentas e padrões de segurança precisam ser constantemente atualizados e adaptados para mitigação ou neutralização de novos riscos – originados pela própria fluidez das novas tecnologias. Ainda, decorrente deste princípio, cite-se a regra estampada no artigo 48, que determina uma obrigação de comunicação imediata à Autoridade Nacional⁴²⁵ acerca de eventuais incidentes de segurança.

O penúltimo princípio previsto na Lei é o da prevenção, que indica uma obrigação de (i) adotar todas as medidas disponíveis e razoáveis para neutralização de riscos desconhecidos ou incertos; e, também, (ii) cientificar o titular acerca de todos estes perigos envolvidos, instruindo-o sobre “a forma mais segura para administrá-los”⁴²⁶.

Por fim, em décimo primeiro, o princípio da *accountability*. Da sua leitura, extrai-se uma obrigação, dos agentes de tratamento, de demonstrar as medidas que foram implementadas para observar, de forma eficaz, as normas de proteção de dados⁴²⁷. Assim, (i) treinamentos de equipe; (ii) contratação de consultorias especializadas e empresas de segurança da informação e (iii) criação de padrões internos para proteção dos dados integram o âmago deste princípio⁴²⁸.

Note-se que destes últimos três princípios – segurança, prevenção e *accountability* –, é possível se alcançar uma abordagem originalmente aplicada a engenharia de sistemas, prevista na GDPR, que, a despeito de não estar expressamente disposta na nossa Lei, dá o tom a uma hermenêutica adequada ao *compliance* de proteção de dados. É o chamado

⁴²⁴ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Autoridade Nacional de Proteção de Dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados. São Paulo: Almedina, 2020. p. 205.

⁴²⁵ A Autoridade Nacional de Proteção de Dados é um órgão da administração pública direta federal, vinculado à Presidência da República, que detém competência regulatória e fiscalizadora na matéria de proteção de dados pessoais e privacidade.

⁴²⁶ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Autoridade Nacional de Proteção de Dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados. São Paulo: Almedina, 2020. p. 207.

⁴²⁷ SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani. Disposições preliminares. In FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 43.

⁴²⁸ FLUMINGNAN, Silvano; FLUMINGNAN, Weverton Gabriel Gomes. Princípios que regem o tratamento de dados no Brasil. In LIMA, Cíntia Rosa Pereira. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 137.

“*privacy by design*” (privacidade desde a concepção), conceito formulado pela pesquisadora e comissária canadense de Informação e Privacidade de Ontário, Ann Cavoukian⁴²⁹, que encoraja, a partir de sete nortes básicos, uma atuação proativa e preventiva, que cerca um dever de reflexão acerca da privacidade desde a criação de qualquer *software*, *hardware* ou aplicação⁴³⁰. Enumere-se:

- *Proactive not Reactive; Preventative not Remedial* (proatividade e prevenção): reconhece que a proteção à privacidade se torna mais eficaz quando refletida nas fases embrionárias do desenvolvimento das aplicações tecnológicas. Finalizado o desenvolvimento do sistema, é mais difícil neutralizar perigos ocultos⁴³¹;
- *Privacy as the Default Setting* (privacidade por padrão): a configuração padrão deve preservar a privacidade do usuário, não podendo ser exigidos esforços desproporcionais de programação para melhor proteção dos direitos do titular;
- *Privacy Embedded into Design* (privacidade embarcada na arquitetura): consiste na ideia de que a arquitetura do sistema terá a proteção da privacidade como um componente nuclear, integrado às suas próprias finalidades. É, em verdade, um exercício de autoavaliação do controlador, de inclusão da proteção de dados pessoais como performance instituída⁴³². Uma das principais razões para atenção deste princípio é o fenômeno de *machine learning*, ou seja, a capacidade de os sistemas de informação aprender condutas a partir da leitura dos dados que acessam: um comportamento inteligente independente da ação humana⁴³³. Deste modo, se a preocupação com a proteção de dados for inserida no código-fonte do desenvolvimento de design da aplicação, há menores chances do sistema, ao ser alimentado por dados diversos, assumir uma postura contrária à privacidade;

⁴²⁹ JIMENE, Camilla do Vale. Reflexões sobre o privacy by design e privacy by default: da idealização à positivação. In MALDONADO, Viviane Nóbrega; OPICE BLUM, Renato. **Comentários ao GDPR**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 173.

⁴³⁰ EVERSON, Eric. Privacy by Design: Taking Ctrl of Big Data. **Cleveland State Law Review**. 27 (2017). p. 28-42. Disponível em: <https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol65/iss1/6>. Acesso 20 dez. 2020.

⁴³¹ EVERSON, Eric. Privacy by Design: Taking Ctrl of Big Data. **Cleveland State Law Review**. 27 (2017). p. 28-42. Disponível em: <https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol65/iss1/6>. Acesso 20 dez. 2020.

⁴³² EVERSON, Eric. Privacy by Design: Taking Ctrl of Big Data. **Cleveland State Law Review**. 27 (2017). p. 28-42. Disponível em: <https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol65/iss1/6>. Acesso 20 dez. 2020.

⁴³³ MORALES, Susana. Derechos digitales y regulacion de internet. Aspectos claves de la apropiación de tecnologías digitales. In RIVOIR, A; MORALES, MJ. **Tecnologías digitales. Miradas críticas de la apropiación em América Latina**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO; Montevideo: RIAT, 2019. p. 4.

- *Full Functionality (funcionalidade integral)*: baseado na premissa de que as funcionalidades da aplicação tecnológica não poderão ter suas capacidades reduzidas em razão da negativa de acesso aos dados pelo usuário⁴³⁴.
- *Full Lifecycle Protection (segurança em todo o ciclo de vida da informação)*: como o próprio nome já sugere, é um princípio que assegura a proteção dos dados em todas as camadas de desenvolvimento da aplicação – desde a concepção até a obsolescência do sistema⁴³⁵. Um exemplo de aplicação deste preceito está nas estruturas desenvolvidas pelo *Facebook*, que restringe o acesso dos seus funcionários aos dados dos usuários da rede social. Trata-se de um nível escalonado de proteção, que preceitua um dever de observância da proteção à privacidade não somente nas relações usuário – usuário, ou usuário – setor de marketing, ou usuário – *cracker*⁴³⁶, mas, sim, em todos os contextos, camadas e variantes possíveis⁴³⁷.
- *Visibility and Transparency (transparência)*: determina a transparência e confiança nos procedimentos de desenvolvimento das aplicações, inclusive com o estabelecimento de mecanismos para correção de falhas e auditorias para assegurar a conformidade concernente à proteção de dados⁴³⁸; e
- *Respect for User Privacy — Keep it User-Centric (respeito à privacidade do usuário)*: obriga que os operadores dos serviços respeitem os interesses dos usuários, colocando-os no centro dos esforços do desenvolvimento dos *softwares* e *hardwares*, sem comprometimento da sua performance.

Os preceitos indicados pelo *privacy by design*, extraídos dos princípios da segurança, prevenção e *accountability* (e também contemplados, ainda de indiretamente, nos demais princípios que pavimentam a LGPD) dialogam com as bases de uma regulação híbrida, com feições de tecnorregulação (*regulation by code*⁴³⁹), ou seja, com um ambiente

⁴³⁴EVERSON, Eric. Privacy by Design: Taking Ctrl of Big Data. *Cleveland State Law Review*. 27 (2017). p. 28-42. Disponível em: <https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol65/iss1/6>. Acesso 20 dez. 2020.

⁴³⁵ ESPANHA. Agencia española de protección de datos. Guide to privacy by design. 2019. Disponível em: https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/guia-privacidad-desde-diseno_en.pdf. Acesso 20 dez. 2020.

⁴³⁶ Cracker é o termo utilizado para designar os indivíduos que corrompem sistemas de segurança de forma ilegal. Hacker, por sua vez, é quem trabalha na modificação e elaboração de softwares e hardwares, de forma lícita.

⁴³⁷ EVERSON, Eric. Privacy by Design: Taking Ctrl of Big Data. *Cleveland State Law Review*. 27 (2017). p. 28-42. Disponível em: <https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol65/iss1/6>. Acesso 20 dez. 2020.

⁴³⁸ JIMENE, Camilla do Vale. Reflexões sobre o *privacy by design* e *privacy by default*: da idealização à positivação. In MALDONADO, Viviane Nóbrega; OPICE BLUM, Renato. *Comentários ao GDPR*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 181.

⁴³⁹ Lawrence Lessig, um dos principais nomes desta teoria, argumenta que a crescente importância social da internet exige um design holístico, afastado de soluções simplistas regulatórias. Defende, assim, que as medidas

de compreensão de uma regulação desenvolvida a partir do próprio aprimoramento tecnológico – podendo ser desenvolvida pelo Estado (com ferramentas de *firewall*⁴⁴⁰, por exemplo), pela sociedade civil (a partir de soluções técnicas de filtros de anonimização) ou pelo setor privado (como a própria proliferação das tecnologias de *blockchain*⁴⁴¹ e criptografia⁴⁴²)⁴⁴³.

Noutras palavras, estes princípios se alinham a um percurso de reconhecimento de que a regulação precisa absorver as soluções da tecnologia em seu sentido prático, incluindo,

*“no espaço digital as fronteiras necessárias ao entendimento dos canais de abertura ao código que lhe permitem a mutação da realidade, atualmente considerada, pela atualização. A inclusão das soluções tecnológicas deve ser feita perante audiências públicas e demais fóruns de discussão, fundadores de uma governança na internet, para uma regulação que esteja diuturnamente conectada aos conflitos entre o setor privado e a sociedade civil”*⁴⁴⁴.

É certo que esta feição principiológica da lei, para além da sua já citada função de evitar a breve caducidade dos dispositivos (fenômeno de *sunset rules*), traduz uma intenção do legislador de criar um ambiente regulatório mais flexível para a proteção de dados. Em verdade, se houver o aperfeiçoamento do *modus operandi* da ANPD, fugindo do

de fiscalização e controle estatal devem ser maleáveis e combinar diferentes ferramentas, como regulamentação por meio do código dos sistemas (algoritmos insertos no design das novas aplicações), autorregulação e controle governamental. (BROWN, Ian; MARSDEN, Christopher. *Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age*, MIT Press, Cambridge, MA, 2013. p. 3).

⁴⁴⁰ *Firewalls* são estruturas de defesa da rede, de filtragem do fluxo de dados. Elas são focalizadas em impedir que o tráfego indesejado e malicioso de dados atinja a rede.

⁴⁴¹ Blockchain funciona como um “livro de registro digital, em que os dados são armazenados de forma descentralizada por cada um dos agentes da transação em questão. Protegidas por mecanismos de criptografia, as informações colocadas no sistema são, em tese, invioláveis e à prova de fraude. A segurança da rede também se dá pelo fato de os dados não estarem centralizados em um servidor único, mas dispersos por um grupo de computadores independentes que fazem parte da rede, dificultando a ação de hackers. As informações sobre as operações são inseridas no ledger, espécie de livro de contabilidade digital, formando uma cadeia sequencial de blocos, no qual cada um se liga ao anterior, recuperando suas informações e, ao mesmo tempo, agregando novos dados à cadeia. Rastreabilidade, segurança e imutabilidade dos dados são aspectos centrais da ferramenta”. (OTUBO, Fábio. *Decifrando o blockchain*. **Pesquisa FAPESP**. Edição 278. 2019. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/decifrando-o-blockchain/>. Acesso 20 dez. 2020)

⁴⁴² Criptografia, em breves linhas, é tida “como a arte de escrever em cifra ou em código, de modo a permitir que somente quem conheça o código possa ler a mensagem” (MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Direito e informática**: uma abordagem jurídica sobre a criptografia. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 9). Com o avanço tecnológico, a técnica, tão antiga quanto a própria escrita, se aperfeiçoou, propiciando um modelo muito mais seguro para as transmissões de dados *online*, dificultando que terceiros, não destinatários do conteúdo transmitido, acessem, indevidamente, as informações transportadas em rede.

⁴⁴³ LIMA, Cintia Rosa Pereira de; PEROLI, Kelvin. **Direito digital: compliance**, regulação e governança. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 35.

⁴⁴⁴ LIMA, Cintia Rosa Pereira de; PEROLI, Kelvin. **Direito digital: compliance**, regulação e governança. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 37.

subjetivismo do Poder Judiciário⁴⁴⁵, é possível que as cláusulas abertas representem a possibilidade de uma interessante e constante atualização dos mecanismos e projetos de adequação das empresas às peculiaridades dos seus respectivos nichos de mercado.

Percebe-se, assim, que a feição da LGPD, desenhada por (i) princípios e (ii) direitos correlatos, difere sobremaneira das leis que a antecederam, como o MCI e o CDC. Aqui, tem-se uma tentativa real de garantir a autodeterminação informativa, outorgando ao titular, ao menos formalmente, o controle sobre todo o percurso informacional. Para além destes dois eixos centrais, considerando-se o alto valor econômico que cerca o fluxo de dados pessoais hoje (*data is the new oil of the digital economy*⁴⁴⁶), tem-se o terceiro alicerce da Lei, que são as hipóteses que legitimam o tratamento de dados pessoais – adiante minudenciadas.

3.3.3 As bases legais de tratamento: entre o horizonte dos riscos da insegurança jurídica e a necessidade de repensar o direito regulatório

É certo que o novel legal, recentemente aprovado, tem gerado⁴⁴⁷ um significativo impacto para todos os setores da economia, inclusive para os entes públicos, também submetidos às disposições da Lei. Sua abrangência pode ser constatada a partir das pouquíssimas exceções trazidas pelo legislador, ou seja, as raras hipóteses em que não haverá incidência da LGPD. São elas: (i) tratamento para fins particulares e não econômicos; (ii) finalidades jornalísticas, artísticas ou acadêmicas; (iii) com o objetivo de segurança do indivíduo e do Estado; (iv) tratamento proveniente de país estrangeiro que detenha nível adequado de proteção de dados pessoais; e (v) em casos de dados anonimizados, ou seja, aqueles que não permitem a identificação do sujeito⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ Sobre os riscos do decisionismo: STRECK, Lênio Luiz. O Direito e três tipos de amor: o que isso tem a ver com subjetivismo? **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-15/senso-incomum-direito-tres-tipos-amor-isto-ver-subjetivismo>. Acesso 13 jan. 2021.

⁴⁴⁶ Expressão de Clive Humby, um matemático de Sheffield que com sua esposa, Edwina Dunn, ganhou, em 2006, 90 milhões de libras esterlinas ajudando a Tesco com seu sistema Clubcard.

⁴⁴⁷ O nível do impacto ainda não pode ser auferido com precisão, considerando-se que a legislação entrou em vigor há pouquíssimos meses e o capítulo acerca das penalidades administrativas ainda se encontra em período de *vacatio legis*, até agosto de 2021.

⁴⁴⁸ Sobre este ponto, é salutar a crítica da doutrina estrangeira, que rechaça a existência de uma anonimização realmente eficaz, sobretudo porque o cruzamento de dados supostamente anônimos, provenientes de diferentes fontes, pode assegurar a reidentificação do sujeito. (NARAYAN, Arvind; SHMATIKOV, Vitaly. Robust De-anonymization of large sparse datasets. **IEEE Symposium on Security and Privacy**, 2008. Disponível em <https://ieeexplore.ieee.org/document/4531148>. Acesso 20 dez. 2020).

Em outro vértice, fora das hipóteses acima assinaladas, que afastam a aplicação da LGPD, há 10 bases legais taxativas que autorizam o processamento de dados pessoais⁴⁴⁹. Ou seja, aplica-se a Lei, mas autoriza-se a coleta e tratamento de dados pessoais. São elas:

- A primeira hipótese engloba situações em que o tratamento é essencial para atender o interesse público, justificado a partir de uma obrigação legal ou regulatória. Um exemplo prático deste permissivo é o processamento de dados dos trabalhadores para o sistema e-social⁴⁵⁰, a guarda de registros por determinado tempo na forma prevista no Marco Civil da Internet ou, de forma mais detalhada, a disposição prevista no art. 104-B do Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações (Resolução 717/2019), que impõe às prestadoras de telefonia a obrigação de elaborar um relatório semestral de diagnóstico do atendimento prestado aos seus consumidores, contendo, dentre outros, “dados e informações sobre as demandas recebidas no período, apresentados em bases mensais comparadas com o mesmo período do ano anterior”. É, em breves linhas, uma base legal que viabiliza o processamento a partir de uma norma regulatória ou previsão legal expressa.
- A segunda hipótese refere-se à administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas sociais – tais como campanhas de vacinação, implementação de saneamento básico, contextos de epidemias, aferição do controle do padrão de qualidade do ensino público etc. Nestas hipóteses, no entanto, há necessidade de que: a) sejam informadas as hipóteses em que, “no exercício de suas competências, é realizado o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos; e b) seja indicado um encarregado”⁴⁵¹ para atendimento das demandas dos titulares.

⁴⁴⁹ Frise-se que com relação aos dados sensíveis (aqueles que versam 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) não há possibilidade de uso da base legal de proteção ao crédito e do legítimo interesse.

⁴⁵⁰ O e-social é um programa do governo federal que agrupa informações referentes às obrigações trabalhistas, enviadas pelo empregador em relação aos seus empregados.

⁴⁵¹ TEFFE, Chiara Spadaccini; VIOLA, Mario. Tratado de dados pessoais na LGPD. **Civilistica.com**. p. 01-38. a. 9. n. 1. 2020. p. 23.

- Outra base legal é da realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais. Pela dicção da Lei, é considerado órgão de pesquisa a pessoa jurídica de direito público ou privado, sem fins lucrativos, que tenha sede no Brasil e finalidade de realizar pesquisa básica ou aplicada, de caráter histórico, científico, tecnológico ou estatístico. Um exemplo frisante deste inciso são as consultas públicas de apuração de intenção de votos em eleições, nas quais se leva em conta sexo, escolaridade, região geográfica e classe social dos indivíduos de maneira agregada. A partir destas segmentações distintas, verifica-se a proporção de votos para cada candidato. O resultado final é resumido ao ponto que se torna praticamente impossível identificar os sujeitos que expressaram suas intenções de votos, devendo a instituição, porém, garantir a segurança dos dados coletados e o devido processo de anonimização⁴⁵².
- Há, também, a autorização legal de processamento dos dados necessários para a execução de contrato do qual seja parte o titular. Neste sentido, o grupo de trabalho *Article 29 Working Party*⁴⁵³, com base na normativa europeia (que também traz hipótese legal semelhante à LGPD), diagnosticou que a interpretação, aqui, deve ser realizada de forma restritiva, ou seja, somente dados imediatamente relacionados à conclusão das obrigações contratuais partilhadas é que serão entendidas como lícitas. Assim, por exemplo, em um contrato de compra e venda *online*, há necessidade de processamento de dados relacionados à identificação e endereço do comprador, bem como informações do seu cartão de crédito⁴⁵⁴. O levantamento de informações por instituições financeiras em relação a um determinado sujeito, anteriormente à concessão de crédito, também seria

⁴⁵² TEFFE, Chiara Spadaccini; VIOLA, Mario. Tratamento de dados pessoais na LGPD. **Civillistica.com**. p. 01-38. a. 9. n. 1. 2020. p. 25.

⁴⁵³ O Grupo de Trabalhos do Artigo 29º foi um órgão consultivo europeu independente que formulava respostas relacionadas às questões referentes à proteção de dados pessoais e privacidade.

⁴⁵⁴ “Example 9: Customer disappears with car purchased on credit. A customer fails to pay for the instalments that are due on an expensive sports car purchased on credit, and then 'disappears'. The car dealer contracts a third-party 'collection agent'. The collection agent carries out an intrusive 'law-enforcement style' investigation, using, among others, practices such as covert video-surveillance and wire-tapping. Although the interests of the car dealer and the collection agent are legitimate, the balance does not tip in their favour because of the intrusive methods used to collect information, some of which are explicitly prohibited by law (wire-tapping). The conclusion would be different if, for instance, the car dealer or the collection agent only carried out limited checks to confirm the contact details of the data subject in order to start a court procedure” (EUROPA.Opinion 06/2014 WP29. p. 61. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso 20 dez. 2020).

contemplado nesta hipótese legal⁴⁵⁵. Processamentos que exorbitam o objeto contratual – como ocorre com a perfilização do usuário com base em cliques – são, assim, reputados ilegítimos, não contemplados neste inciso da LGPD.

- A quinta hipótese refere-se ao exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral. Trata-se, em verdade, de hipótese que garante a própria consolidação do princípio da ampla defesa⁴⁵⁶, pedra basilar do ordenamento. Em demandas trabalhistas, por exemplo, seria bastante despropositado proibir que o antigo empregador não pudesse se utilizar de dados pessoais coletados do empregado reclamante, sobretudo considerando a necessidade de construção de sua tese de defesa (desde que, claro, os dados tenham relação estrita com o desempenho da função e não sejam de natureza sensíveis).
- A sexta e sétima hipótese estão relacionadas à proteção da vida e à tutela da saúde. Nelas, a aplicação do preceito legal deve ser excepcional, ou seja, apenas quando o processamento for efetivo e imediatamente relacionado ao direito fundamental à vida. Um exemplo ilustrativo e que parece dialogar com a intenção, aqui, do legislador é a obtenção de dados de geolocalização de celulares com a fim de localizar desaparecidos em desastres ou outros incidentes graves, como sequestros⁴⁵⁷ ou nos recentes empenhos governamentais para contenção do avanço da pandemia da COVID-19⁴⁵⁸. A vida e/ou saúde, neste cenário, parece estar diretamente ligada à necessidade de coleta de informações do indivíduo e justifica a mitigação da proteção de dados, a despeito da eventual ausência de consentimento.

Note-se que a abrangência deste inciso, que sequer discrimina o que seria a “tutela da saúde”, não deve ser encarada como uma carta de permissão para a coleta e

⁴⁵⁵ VIOLA, Mário; TEFFE, Chiara Spadaccini. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11. In RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

⁴⁵⁶ “Por ampla defesa deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. É por isso que ela assume múltiplas direções, ora se traduzindo na inquirição de testemunhas, ora na designação de um defensor dativo, não importando, assim, as diversas modalidades, em um primeiro momento” (BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 388).

⁴⁵⁷ LIMA, Caio César C. Seção I - Dos Requisitos para o Tratamento de Dados Pessoais. In MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Ópice (Coord.). **LGPD Lei Geral De Proteção De Dados**. Revista dos Tribunais, 2019.

⁴⁵⁸ VIOLA, Mário; TEFFE, Chiara Spadaccini. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11. In RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 137.

tratamento de quaisquer dados relacionados à higidez física ou mental do indivíduo – o que poderia legitimar violações à privacidade cometidas por planos de saúde, por exemplo, que abastecem grandes bancos de dados para melhor dimensionar a álea dos contratos que celebram ou pretendem entabular com os segurados. É, em síntese, uma base que formaliza a proteção à vida e à saúde como bem jurídico superior à tutela da privacidade – algo já facilmente extraído a partir do juízo de ponderação⁴⁵⁹ de valores constitucionais.

Capítulo à parte, para o presente trabalho, são as três próximas bases legais que justificam o processamento de dados, quais sejam: (a) a proteção ao crédito; (b) o consentimento; e (c) o legítimo interesse do controlador. Noutras palavras, as estratégias inteligência empresarial (*marketing analytics*) somente se justificam, legalmente, por meio da ciência e autorização do titular para coleta e processamento dos seus dados; a partir de um interesse legítimo do controlador, exercido a por meio de um juízo de proporcionalidade entre interesses e valores; ou para resguardar o crédito, sob o pretexto de proteção econômica do mercado.

Em maiores minúcias, aprofunda-se.

Em primeiro, a base legal do consentimento representa o “instrumento de manifestação individual no campo dos direitos da personalidade e tem o papel de legitimar que terceiros utilizem, em alguma medida, os dados de seu titular”⁴⁶⁰. A manifestação deve, no entanto, ser livre, específica, informada e explícita, de modo a atestar a correspondência entre o elemento volitivo e o câmbio das informações pessoais do titular.

Livre significa a possibilidade de o sujeito aceitar, ou não, a utilização dos seus dados sem intervenções que viciem o seu consentimento⁴⁶¹. Ou seja, a manifestação do agente deve decorrer da expressão da sua vontade, isenta da interferência de dolo, erro, coação, estado de perigo e lesão. Note-se, neste aspecto, que a LGPD determina que nos casos em que o tratamento figurar como condição para o fornecimento de bens ou serviços, há necessidade de informar o titular, de forma destacada, bem indicar os meios de exercício dos seus direitos.

⁴⁵⁹ A respeito do juízo de ponderação: AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁴⁶⁰ VIOLA, Mário; TEFFE, Chiara Spadaccini. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11. In RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 120.

⁴⁶¹ VIOLA, Mário; TEFFE, Chiara Spadaccini. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11. In RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 121.

Específico e informado são requisitos que dialogam entre si. Específico é o consentimento destinado e uma função pré-estabelecida, que, por conseguinte, deve ser explicitada ao titular, para o exercício da ponderação e manifestação não viciado do consentimento. Ou seja: “a informação é fator determinante para a expressão de um consentimento livre e consciente, direcionado a um tratamento específico, para determinado agente e sob determinadas condições”⁴⁶².

Por fim, o consentimento deve ser explícito, inequívoco – não ambíguo. Ressalte-se que a legislação impõe o dever de que a manifestação do titular seja fornecida por escrito ou outro meio que demonstre, efetivamente, a sua manifestação de vontade, não podendo ser extraído de forma tácita, pela omissão. Caixas de texto pré-selecionadas (que exigem, para negativa da coleta, uma ação do titular), denominado *opt-out*, não se confortam às exigências dispostas na legislação no tocante ao adjetivo inequívoco.

A importância de uma correta aplicação da base legal do consentimento decorre não apenas das lacunas interpretativas que ela representa, vez que a correspondência entre o elemento volitivo do titular não é facilmente assimilada com a coleta e o tratamento dos dados, mas, sim, com a obtenção de um bem ou serviço que dá suporte à relação entre o titular e o controlador. Ela advém, sobretudo, do fato do ônus da prova de demonstração da obtenção do consentimento em conformidade com a Lei ser do controlador, conforme dispõe o artigo 8º, §2º.

Em segundo, a Lei disciplina a base do legítimo interesse, constituída para “possibilitar tratamento de dados importantes, vinculados ao escopo de atividades praticadas pelo controlador, e que encontrem justificativa legítima”⁴⁶³.

O primeiro passo para avaliação do encaixe desta base legal é verificar se o interesse do controlador se alia a uma finalidade legítima, que não contraria outros comandos legais e/ou regulatórios. A finalidade perseguida, também, deve servir de apoio à promoção das atividades do controlador, ancorada em uma situação em concreto, não abstrata⁴⁶⁴. Em outros

⁴⁶² VIOLA, Mário; TEFFE, Chiara Spadaccini. **Tratamento de dados pessoais na LGPD**: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11. In RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 123.

⁴⁶³ VIOLA, Mário; TEFFE, Chiara Spadaccini. **Tratamento de dados pessoais na LGPD**: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11. In RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 127.

⁴⁶⁴ VIOLA, Mário; TEFFE, Chiara Spadaccini. **Tratamento de dados pessoais na LGPD**: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11. In RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 128.

termos, segundo o parecer 06/2014 do *Working Party Article 29* para Proteção de Dados da União Europeia (que serviu de base para o texto da GDPR), o interesse do controlador no gerenciamento dos dados deve ser lícito (ou seja, não contrarie frontalmente a legislação), definido de forma apta a permitir a realização do teste da ponderação em relação aos interesses e aos direitos fundamentais do titular (ou seja, deve ser suficientemente específico), e representado por um interesse real e atual (não deve ser especulativo)⁴⁶⁵.

A segunda etapa é de demonstração de que os dados coletados são realmente necessários ao fim pretendido, em apreço ao dever de minimização⁴⁶⁶.

Por fim, no terceiro momento, fala-se em balanceamento entre os impactos sobre o titular e as suas legítimas expectativas. A ideia, aqui, é verificar se o uso dos dados se encontra dentro das legítimas expectativas do titular: ou seja, o processamento deve ser compatível com o contexto que originou a coleta. Ainda, é essencial dimensionar a forma como os titulares serão impactados pelo uso dos seus dados, considerando-se, sobretudo, repercussões negativas em termos de discriminação e violação às facetas de autonomia (liberdades e direitos fundamentais)⁴⁶⁷. É certo que a configuração deste inciso tem maior aderência nos casos em que exista uma relação legítima entre o titular dos dados e o controlador, como quando o titular é cliente, por exemplo.

Isto porque, segundo o órgão consultivo europeu, os responsáveis pelo tratamento podem ter um interesse legítimo acerca das preferências dos respectivos clientes, objetivando personalizar, com maior assertividade, as suas ofertas e, em última análise, disponibilizar produtos e serviços que satisfaçam melhor as necessidades e desejos. Mas não é só. Alguns outros exemplos também parecem atrair a base do legítimo interesse, tais como: (i) tratamento de dados relacionados à prevenção e controle de fraudes, ou para assegurar a segurança da rede e dos sistemas informáticos de determinada instituição; (ii) segurança e melhoria de bens e serviços; (iii) envio de e-mails com descontos específicos referentes a produtos buscados por determinado usuário ou com base no seu histórico de compras...⁴⁶⁸

⁴⁶⁵ EUROPA. Opinion 06/2014 WP29. p. 61. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso 20 dez. 2020.

⁴⁶⁶ BIONI, Bruno. Legítimo interesse: aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional. In RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 165.

⁴⁶⁷ BIONI, Bruno. Legítimo interesse: aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional. In RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 166.

⁴⁶⁸ VIOLA, Mário; TEFFE, Chiara Spadaccini. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11. In RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 128.

Neste sentido, na jurisprudência da União Europeia, outros exemplos⁴⁶⁹ dialogam com a base legal do legítimo interesse:

Tabela 4 | Jurisprudência europeia do legítimo interesse

JULGADO	CONCLUSÃO
TJUE (Segunda secção – 4 de maio de 2017 ECJ/2017/148).	O caso refere-se aos danos causados por um passageiro de táxi que, ao abrir a porta, causou danos em um bonde, na cidade de Riga. Após a negativa da seguradora de ressarcimento do prejuízo causado pelo passageiro, a empresa proprietária do bonde se dirigiu até a Polícia Nacional, solicitando dados completos do responsável pelos prejuízos, mas a polícia apenas forneceu nome e sobrenome, se recusando a disponibilizar outros dados. O Tribunal da União Europeia, no caso, entendeu que há legítimo interesse que justifica o fornecimento dos dados pessoais de qualquer pessoa que tenha causado danos a outrem, de modo a viabilizar o ajuizamento da cobrança.
CCNI (Comissão de Controladores Nominativos do Principado de Mônaco) – deliberação 2017-206, 20 de dezembro de 2017.	A CCNI reconheceu existir legítimo interesse das empresas no monitoramento do acesso dos funcionários aos seus sistemas de informação. Há necessidade, contudo, de amparar esta coleta de dados em uma das seguintes razões: (i) otimização efetiva do trabalho dos funcionários; (ii) segurança e proteção do funcionamento técnico da rede; (iii) preservação de interesses econômicos ou comerciais do controlados; (iv) prevenção de atividades ilegais.

⁴⁶⁹ COTS, Marcio; OLIVEIRA, Ricardo [coord.]. **O legítimo interesse e a LGPD**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

Agência de Proteção de Dados Dinamarquesa (Datatilsynet) – 17 de junho de 2014.	Uma cidadã queixou-se da divulgação de fotos e informações da sua residência em um site de venda de imóveis. Neste caso, a Agência Dinamarquesa reconheceu que existe legítimo interesse da imobiliária na divulgação de dados não sensíveis relevantes para estimular a venda do bem.
Agência de Proteção de Dados da Grécia (HDPa) – 17 de outubro de 2016. Decisão 98/2015	Um indivíduo sofreu um grave acidente em sua residência e decidiu processar a construtora, por negligência. Os advogados da ré solicitaram os arquivos médicos do demandante, de modo a conhecer o seu histórico médico (que poderia servir como tese defensiva). Nesta hipótese, a HDPa entendeu que os dados solicitados estavam calçados no legítimo interesse, vez que pertinentes para a atuação em um processo judicial. Note-se, aqui, que no caso da LGPD, há um inciso específico que contemplaria esta ocorrência.

É perceptível a abrangência do uso da base do legítimo interesse. Com o exercício da ponderação, ele também poderá assegurar a regularidade no tratamento de dados pessoais de clientes para a formatação de estratégias de *marketing analytics*, não viabilizando, contudo, que os responsáveis pelo tratamento monitorem indevidamente atividades *online*, combinando grandes volumes de dados, provenientes de diferentes fontes e recolhidos inicialmente noutros contextos e para outros fins.

Neste sentido, no Reino Unido, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados reconheceu como cabível a aplicação do legítimo interesse na hipótese de um cliente, devedor de uma quantia a uma instituição financeira, que mudou de residência sem notificar o seu credor. Ao banco, neste caso, foi dado o direito de contratar uma agência de cobranças

de dívidas para localizar o devedor, fornecendo, para tanto, os dados do indivíduo inadimplente⁴⁷⁰.

Infere-se, a partir desta descrição e dos exemplos citados, que a hipótese do legítimo interesse é bastante ampla e maleável, criada especificamente para resguardar interesses do mercado e não engessar o desenvolvimento econômico e tecnológico percebido por meio do gerenciamento da *Big Data*.

Por fim, em terceiro, tem-se a base legal de proteção ao crédito. Nela, espera-se que os tratamentos “realizados busquem ampliar e facilitar a concessão de crédito, melhorar as análises de risco e impulsionar o mercado de consumo”⁴⁷¹. Sua configuração se ampara não apenas na coleta de dados relativos à inadimplência do consumidor (cadastros negativos de crédito), mas também em sua adimplência (cadastro positivo) e demais informações aptas a assegurar um melhor dimensionamento do risco econômico das transações negociais⁴⁷².

A dicção dos dispositivos, referentes às três bases acima referenciadas, parece traduzir uma intenção: a privacidade não servirá mais aos mandos e desmandos do mercado. Há de haver equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a leitura e catalogação de indivíduos com interesses mercadológicos. Sublinhe-se, neste sentido, a decisão recente da Comissão Nacional de Proteção de Dados da França (CNIL), que condenou o *Google* a pagar uma multa de 50 milhões de euros em razão de tratamento indevido de dados pessoais para fins de análise comportamental e segmentação de publicidade – o que demonstra um novo caráter repressivo estatal frente aos abusos cometidos a partir do gerenciamento de *big data*.

Parece, contudo, que esta atuação legislativa, a despeito de tentar equilibrar os interesses em inovação e proteção da privacidade, peca por vezes na vagueza dos termos e adjetivações, repercutindo em insegurança jurídica, e, conseqüentemente, judicialização em massa, desestímulo ao *compliance* e desordem regulatória.

Explica-se.

Com relação à base legal do consentimento, verifica-se, em verdade, uma ficção. Há uma expressiva insuficiência desta base legal como foco regulatório, seja sob o aspecto

⁴⁷⁰ VIOLA, Mário; TEFFE, Chiara Spadaccini. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11. In RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 132.

⁴⁷¹ VIOLA, Mário; TEFFE, Chiara Spadaccini. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11. In RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 137.

⁴⁷² FRAJHOF, Isabella. MANGETH, Ana Lara. As bases legais para o tratamento de dados pessoais. In: MULHOLLAN, Caitlin [coord.]. **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil**. Porto Alegre: Arquipélago, 2020. p. 84.

das limitações cognitivas do titular para avaliação adequada das condicionantes envolvidas na autorização da coleta e uso dos dados, seja porque é sintomática a expressiva existência de relações negociais em que a liberdade de escolha do titular é mitigada (a chamada *take it or leave it*⁴⁷³)⁴⁷⁴.

Ora, diante da racionalidade limitada do ser humano é bastante improvável que os indivíduos tenham aptidão de realizar, de forma efetiva, um exercício de ponderação entre benefícios e riscos envolvidos em uma aceitação para o processamento dos dados. É a *bounded rationality*: a incapacidade de o ser humano absorver, memorizar e processar todas as informações relevantes para um processo legítimo de tomada de decisão⁴⁷⁵.

Além disso, é notável, na psicologia, que o indivíduo tem uma tendência a focar em “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 online”. Ou seja, “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”⁴⁷⁶.

Para comprovar esta teoria, Lorrie Cranor e Aleecia McDonald, da Universidade de Stanford, realizaram uma pesquisa de opinião com diversos usuários de internet, segmentando as entrevistas em duas etapas (i) na primeira, por meio de um questionário de formato semiestruturado, foram realizadas perguntas mais complexas, com um número reduzido de voluntários; (ii) na segunda, os resultados da primeira etapa foram testados mediante um novo formulário de perguntas, totalmente estruturado, para alcançar um número considerável de entrevistados e aumentar a amostra do estudo empírico⁴⁷⁷.

Nas primeiras constatações, verificou-se o baixíssimo conhecimento técnico dos entrevistados para autodeterminar o fluxo dos seus dados. Somente 23% admitiram utilizar

⁴⁷³ É a aceção binária do “consentir ou não consentir”, que leva o titular a aceitar os custos da transferência dos seus dados pessoais para poder usufruir de um bem ou serviço. (BALKIN, Jack M. Fixing Social Media’s Grand Bargain. Hoover Working Group on National Security Technology, and Law. *Aegis Paper Series*. n. 1814, 2018. p. 3).

⁴⁷⁴ MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências de materialização. In RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 79-82.

⁴⁷⁵ JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass; THALLER, Richard. A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, v. 50, p. 1477, 2004. *Apud* BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais**. São Paulo: Forense, 2019. p. 146.

⁴⁷⁶ BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais**. São Paulo: Forense, 2019. p. 147.

⁴⁷⁷ CRANOR, Lorrie Faith; MCDONALD, Aleecia M. Beliefs and Behaviours: internet users’ understanding of behavioral advertising. *Apud* BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. São Paulo: Forense, 2019. p. 149.

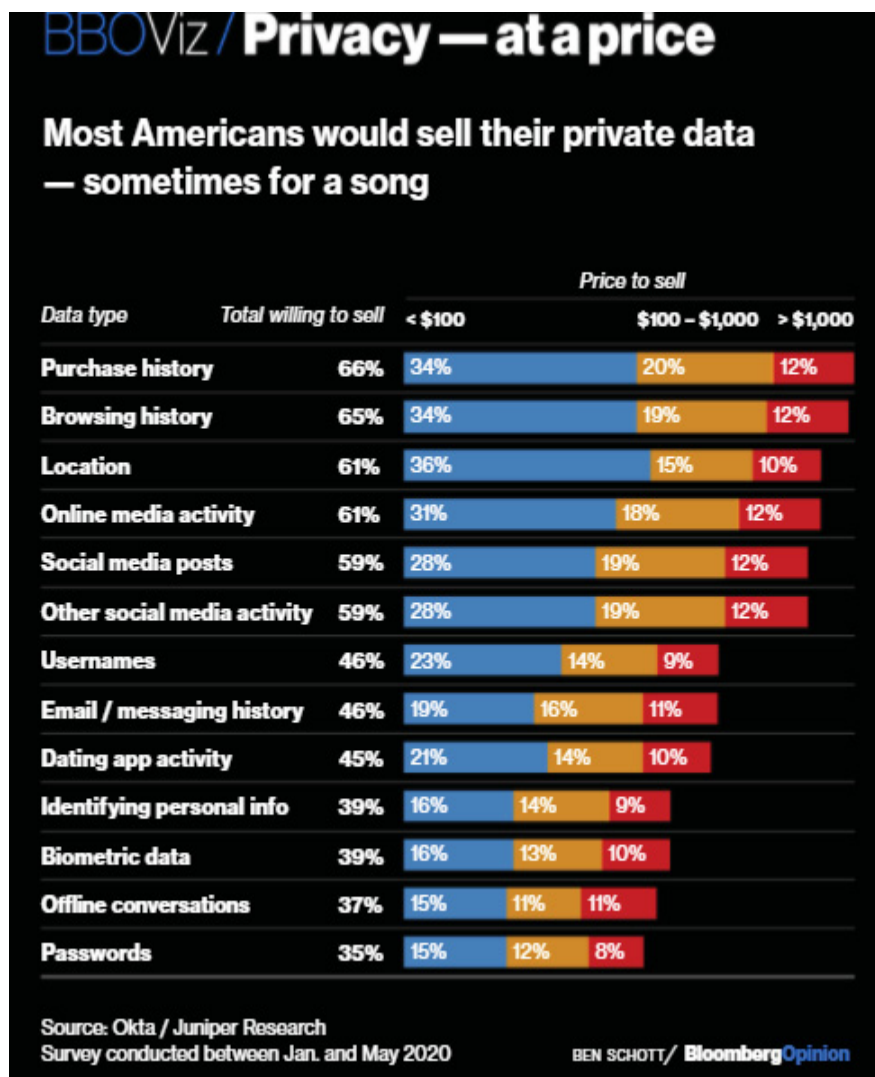
navegadores no modo privado, enquanto 50% reconheceram não usar e 27% não souberam informar. Apenas 17% deletam cookies, frente 60% que manifestaram não excluí-los. Mesmo dentre aqueles que informaram excluir os cookies de navegação, somente 30% mencionaram que tal prática teria relação direta com a proteção à privacidade⁴⁷⁸.

A mesma pesquisa, no entanto, diagnosticou que 64% dos entrevistados consideram invasiva a vigilância sobre suas atividades online – o que denota uma certa incompatibilidade: enquanto há um expressivo número de indivíduos preocupados com a proteção dos seus dados pessoais, tem-se, ao mesmo tempo, uma baixíssima preocupação, no dia a dia, no uso de ferramentas online de proteção. Esta contradição é ainda mais acentuada a partir da última parte da pesquisa empírica, que revelou que 69% dos entrevistados estavam dispostos a receber um desconto de um dólar em troca da permissão para provedores de internet coletassem seus dados pessoais⁴⁷⁹. Sublinhe-se, também, a pesquisa publicada pela *Bloomberg Opinion*, destacando os altos índices de disposição de venda de informações pessoais pelos titulares, inclusive algumas bastante íntimas, como dados de biometria e atividades em aplicativos de namoro:

Figura 4 | Disponibilidade de venda de dados

⁴⁷⁸ CRANOR, Lorrie Faith; MCDONALD, Aleecia M. Beliefs and Behaviours: internet users' understanding of behavioral advertising. Apud BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais**. São Paulo: Forense, 2019. p. 151.

⁴⁷⁹ CRANOR, Lorrie Faith; MCDONALD, Aleecia M. Beliefs and Behaviours: internet users' understanding of behavioral advertising. Apud BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. São Paulo: Forense, 2019. p. 151.



Fonte: BLOOMBERG (2020)

Em sentido semelhante, outra pesquisa, da *CyberDialogue*, dos EUA, atestou que quase 70% dos indivíduos consultados não sabiam que tinham dado seu consentimento para serem incluídos em uma lista de e-mails de distribuição de material publicitário, a despeito da existência de uma ferramenta aparentemente lícita de coleta da autorização do indivíduo⁴⁸⁰.

Ou seja, a base legal do consentimento pode não conduzir à autodeterminação informacional. Pelo contrário, ela é estrangulada em uma relação assimétrica⁴⁸¹ e agravada pela baixíssima consciência social sobre os riscos que cercam o mal uso de dados pessoais.

⁴⁸⁰ BELLMAN, Steven; JOHNSON, Eric; Lohse, Gerald. To Opt-In Or To Opt-Out? It Depends On The Question. **Communications of the ACM**. 2001. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/220425981_To_Opt-in_or_Opt-out_It_Depends_on_the_Question/link/00b49517edbe811b87000000/download. Acesso 20 dez. 2020.

⁴⁸¹ Bruno. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. São Paulo: Forense, 2019. p. 160.

Os requisitos impostos pela legislação para conformidade dessa base legal traduzem uma abstração, potencialmente apta a levar à insegurança jurídica e à má-regulação do mercado. Vocábulos como “livre, específico, informado e explícito” possuem baixa carga semântica, podendo ser encaixados em subjetivismos do Poder Judiciário ou de um órgão regulador afastado das peculiaridades de cada nicho de mercado.

Frise-se que não se trata de abandonar a base do consentimento como expressão regulatória da autodeterminação informativa, mas, sim, compreender que a capacidade de avaliação do titular para proteção dos seus dados é questionável, sobretudo em um contexto de massificação do uso das tecnologias de *big data*, em que há uma complexa rede de reutilização e agrupamento de dados de bases distintas e para propósitos diferentes⁴⁸².

Não se ignora, neste aspecto, uma corrente doutrinária que defende, aliada ao conceito de privacidade contextual, o consentimento a partir de uma lógica de compatibilidade entre o anseio do titular e o uso conferido aos dados coletados. Por exemplo, dados referentes à saúde de um paciente, quando compartilhados com outros especialistas médicos para ampliação da capacidade de diagnóstico da enfermidade, encontram suporte na integridade contextual: “o fluxo foi esperado e apropriado. Todavia, caso haja compartilhamento desses mesmos dados a fim de vantagens econômicas, uma quebra dessa integridade contextual já se apresenta mais visível, se não ocorrer em benefício dos interesses do titular”⁴⁸³. A teoria busca, assim, revitalizar o consentimento como um instrumento legítimo e não mero mecanismo formal, descolado do contexto real⁴⁸⁴, mas, entretanto, não garante a mitigação da expressiva insegurança jurídica que repousa sobre esta hipótese normativa.

⁴⁸² MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências de materialização. In RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 84.

⁴⁸³ MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências de materialização. In RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 84.

⁴⁸⁴ MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências de materialização. In RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 90.

Veja-se, neste aspecto, inúmeros casos que revelam a discrepância da interpretação de órgãos de fiscalização e do Poder Judiciário acerca da obtenção de um consentimento lícito do titular dos dados⁴⁸⁵:

Tabela 5 | O subjetivismo do consentimento

Caso	Apontamentos
Oi vs. SENACON	Nos idos de 2010 a operadora Oi passou a mapear o tráfego de dados dos seus clientes do serviço Oi Velox, a partir de um software que criava perfis comportamentais dos usuários, para posterior comercialização com anunciantes, agências de publicidade e portais. Ainda que houvesse, nas políticas e termos de privacidade do serviço, a previsão de instalação de cookies para coleta de dados dos consumidores, a nota técnica 137/2014 ⁴⁸⁶ da SENACON compreendeu que o fato da opção de ativação do serviço ser pré-selecionada macularia a obtenção de um consentimento livre e informado.
MPF vs. Google (ação civil pública 25463-45.2016.4.01.4000)	O MPF alegou que o Google realizava escaneamento dos e-mails dos usuários do Gmail sem obtenção de consentimento expresso e destacado. A empresa afirmou que nos termos de uso e privacidade do serviço havia a informação do uso questionado pelo MPF, mas o órgão entendeu que o consentimento obtido não era suficiente para

⁴⁸⁵ LUCIANO, Maria; BIONI, Bruno. O consentimento como processo: em busca do consentimento válido. *In* RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 156.

⁴⁸⁶ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Nota Técnica 137/2014. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/acervo/SENACON/SENACON_NOTA_TECNICA/Nota%20T%C3%A9cnica%20n%C2%BA%20137-14%20%20TNL%20PCS%20S.A.%20-%20OI-%20mapear%20a%20navega%C3%A7%C3%A3o%20e%20intercepta%C3%A7%C3%A3o%20de%20comunicação%B5es-.pdf. Acesso 20 dez. 2020.

	o fim o pretendido, não seria “destacado (separado, diferente, apartado)”, apto a garantir a regularidade da coleta realizada. Em 1º grau o magistrado compreendeu que o consentimento obtido em um tópico próprio da política de privacidade era expresso e válido.
HSBC vs. Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor (REsp 1348532/SP)	A Corte Superior entendeu abusiva a cláusula inserta em contratos de prestação de serviços de administração de cartão de crédito que permitia ao banco compartilhar dados dos consumidores com outras instituições financeiras e serviços de proteção de crédito. O consentimento obtido pelo contrato, de adesão, não seria livre.
MPF vs. Microsoft (Autos n. 5009507-78.2018.4.03.6100)	Em 2018 o MPF ingressou com uma ação civil pública contra a Microsoft em razão da suposta coleta de dados realizada pelo sistema operacional Windows 10, sem consentimento expresso e destacado, bem como informações claras sobre o tratamento realizado. O consentimento era obtido por meio do aceite geral nos Termos de Licença do Produto e na Política de Privacidade. A Justiça paulista determinou que a Microsoft adequasse o sistema para que o usuário pudesse, de forma simples e fácil, optar pelo não fornecimento de dados pessoais à empresa.
SENACON vs. Facebook (processo n. 08012.000723/2018-19)	Em razão do escândalo do <i>Cambridge Analytica</i>, a Senacon instaurou um procedimento para apurar a violação de dados dos usuários da rede social. O órgão multou a empresa em R\$ 6,6 milhões, em razão da ausência do uso do modelo

	de coleta de consentimento <i>opt-in</i> (aquele que exige que o titular selecione uma opção, não seja apenas submetido à caixas pré-selecionadas).
--	---

Muitos dos casos acima assinalados são, destaca-se, anteriores à LGPD – ou seja são pretéritos à existência inquestionável de um dever legal expresso de obtenção de um consentimento livre, informado e inequívoco por todos os *players* do mercado. Se antes mesmo da formatação de um alicerce legislativo na matéria já era possível extrair um subjetivismo, que deságua na insegurança jurídica para o mercado, agora, com a vigência da LGPD e ampliação de processos judiciais e administrativos pelo país afora, a base do consentimento possivelmente se tornará ainda mais frágil, uma ficção.

Ocorre, ao revés, que a despeito dessa potencial insegurança jurídica, repousada sobretudo na dificuldade de alocação do consentimento dentro dos inúmeros adjetivos que o cercam, é possível constatar-se, nestes primeiros meses de vigência da LGPD, uma expressiva utilização desta base legal para legitimar o processamento de dados pessoais no Brasil. Dos dez sites mais visitados no país, segundo a ferramenta *Alexa*, da *Amazon*⁴⁸⁷, cinco⁴⁸⁸ deles amparam sua coleta e rastreamento via cookies a partir de uma autorização do titular, obtida por meio de pop-ups que saltam à tela já no primeiro contato do usuário com o site. Na maioria deles, inclusive, há um desenho de consentimento baseado em comportamentos concludentes: se o indivíduo permanece navegando no site, entende-se que consentiu com a coleta e rastreamento online – algo absolutamente questionável a partir de uma leitura teleológica da LGPD.

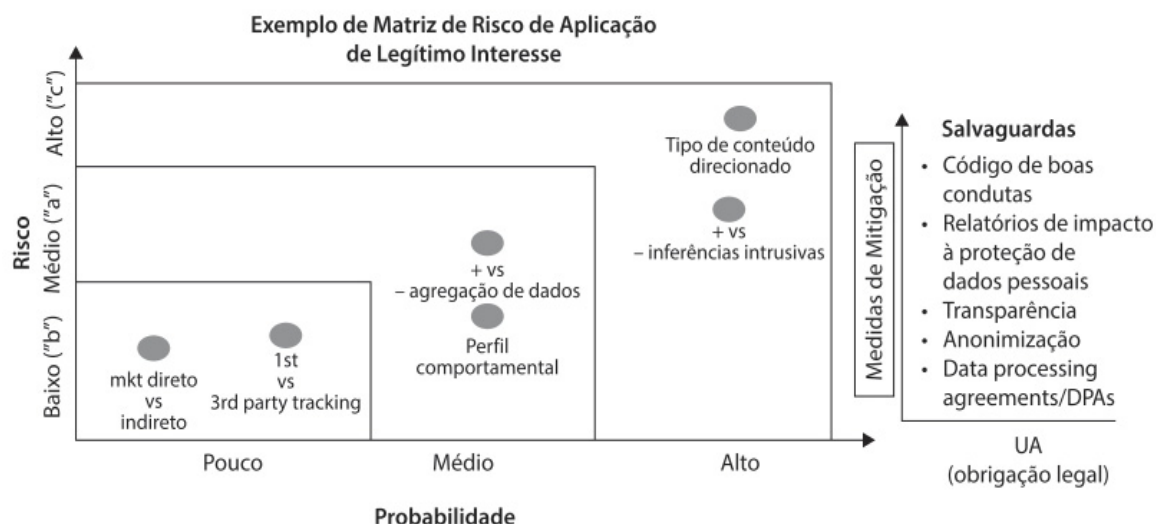
Para além disso, com relação ao legítimo interesse, trata-se de uma base legal ancorada em dois conceitos jurídicos indeterminados (legítimo interesse e legítima expectativa), o que aumenta o campo da insegurança. A despeito das etapas analíticas elaboradas pelo *Working Party Article 29*^o, elogiáveis por tentar sistematizar o conceito, ainda assim inúmeros enquadramentos contextuais dependem de um juízo bastante subjetivo e complexo do julgador ou do órgão de controle. Note-se, acerca das estratégias de

⁴⁸⁷ São eles: Google, Youtube, Metrôpoles, Live, Netflix, UOL, Globo, Mercado Livre, Yahoo e Reclame aqui. (ALEXA. Disponível em: <https://www.alexa.com/topsites/countries/BR>. Acesso 20 dez. 2020).

⁴⁸⁸ São eles: UOL, Globo, Mercado Livre, Yahoo e Reclame aqui.

publicidade comportamental, os liames de enquadramento do legítimo interesse, a partir do esquema desenvolvido por Bruno Bioni⁴⁸⁹:

Figura 5 | Legítimo interesse e a matriz de risco



O autor propõe que nos casos de marketing baseado nos históricos de compras do cliente e também naqueles fundados em movimentos de interesse do consumidor por determinado bem/serviço (cliques em determinada página, por exemplo), haverá um risco menor à privacidade do consumidor e, também, de compreensão de inaplicabilidade do legítimo interesse, na medida em que a equação legítima expectativa do titular vs. legítimo interesse do controlador parece pender para a regularidade no tratamento. O risco vai aumentando conforme a perfilização do consumidor vai sendo potencializada e dados de diversas fontes agregados, bem como nos casos em que o tipo de conteúdo direcionado pela estratégia de marketing tem relação direta com dados de natureza sensível (relativos à sexualidade, por exemplo).

O esquema, que se alia ao parecer anteriormente analisado, tem forte aderência aos dispositivos da Lei, mas não assegura, de forma indene, que o julgador não interprete a legítima expectativa do titular de forma diversa, compreendendo pela incompatibilidade de um clique em uma página e o posterior recebimento de publicidade relacionada a este conteúdo acessado. A linha, aqui, é tênue e a Lei não prevê – e nem poderia prever – a gama de situações fáticas possivelmente contempladas pela regra.

⁴⁸⁹ BIONI, Bruno. Legítimo interesse: aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional. In RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 171.

Por fim, em sentido semelhante, é a base legal da proteção ao crédito, que pouco diagnóstica qual é o limite lícito de atuação das empresas para mitigação dos seus riscos negociais. Não se ignora, por certo, que a interpretação da Corte Superior sobre o tema, estampada no REsp n. 1.419.967/RS (julgamento do *Credit Scoring*)⁴⁹⁰, pode servir de baliza de atuação para os controladores e operadores no processamento de dados pessoais alicerçados para este fim. Todavia, considerando-se que a LGPD é posterior à interpretação apresentada pelo STJ, não é de todo impensável que órgãos de controle, e o próprio Poder Judiciário, revelem uma tendência mais restritiva de aplicação desta base legal, suscitando que somente dados imediatamente relacionados à inadimplência e ao crédito é que poderão legitimar o uso da base prevista no inciso X.

Noutras palavras, para além da insegurança jurídica decorrente da densa adjetivação que acompanha a base legal do consentimento, tanto o legítimo interesse, quanto a proteção ao crédito, abre margens para uma hermenêutica conflitiva com a inovação pretendida pelo uso de dados pessoais nas estratégias de *marketing analytics* (principalmente no Poder Judiciário). As disposições da LGPD, para que não representem um entrave despropositado aos atores privados (decorrente da disparidade entre as interpretações possíveis da Lei), devem vir, necessariamente, acompanhadas de uma estrutura regulatória transformadora e policontextual, focalizada em assegurar um ambiente seguro, mas dinâmico, para a proteção de dados pessoais e fomento à inovação.

Como adiante minudenciado, é necessário fugir “da perspectiva tradicional, limitada ao modelo binário proibir/permitir atividades”⁴⁹¹, na medida em que a Lei, por si só, é insuficiente, enquanto fonte direta, para regular de forma dinâmica e eficaz os avanços ocorridos no *ciberespaço*.⁴⁹² O próprio MCI e, em alguma medida, o CDC já enumeravam gatilhos para o exercício do direito à proteção de dados pessoais – e tiveram baixíssima repercussão na prática.

A LGPD, neste sentido, apresentou a figura da Autoridade Nacional de Dados, órgão de caráter regulador, “responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei em todo o território nacional”, conforme art. 5º, XIX. Isto porque especialmente em uma temática que envolve a quase totalidade das relações sociais do cotidiano, a regulação deve exigir uma conduta proativa do Estado, mas não figurar como uma

⁴⁹⁰ Sobre o assunto, vide capítulo 2.

⁴⁹¹ SOMBRA, Thiago Luis Santos. **Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 40.

⁴⁹² CORRÊA, Adriana Espíndola. **O corpo digitalizado**. Campinas: Conceito Editorial. 2010. p. 314.

prerrogativa exclusiva e impositiva dos atores estatais – sob pena de, em caso contrário, delegar ao mercado um cenário onde o risco de judicialização excessiva, baixa postura transformadora e interferência estatal desmedida represente um óbice intransponível ao desenvolvimento econômico, e também à própria proteção à privacidade, servindo de desestímulo ao intuito cooperativo, essencial para harmonização dos interesses conflitantes e igualmente valorosos na atualidade.

4 SISTEMA REGULATÓRIO HÍBRIDO: A NECESSIDADE DE UMA ESTRUTURA FLEXÍVEL E DE FOMENTO À PARTICIPAÇÃO COOPERATIVA DO SETOR PRIVADO

4.1 DIREITO E REGULAÇÃO: OS PARADOXOS DO DIREITO REGULATÓRIO CONVENCIONAL

Como visto, no campo da proteção de dados pessoais, a estruturação de um direito regulatório multifacetado, conciliatório e dinâmico, que dialogue com o conteúdo abstrato da norma e seja apto a endossar a dimensão coletiva dos valores protegidos⁴⁹³, é imprescindível.

A disciplina legal é incapaz, por si só, de assegurar uma postura transformadora para a cultura de proteção de dados pessoais, seja porque (i) a LGPD (e demais leis que abordam, de forma reflexa ou não, a temática) é carregada de conceitos jurídicos indeterminados e expressões desconectadas da realidade corrente (capazes de potencializar a insegurança jurídica)⁴⁹⁴; (ii) a autodeterminação informativa, em uma sociedade digitalizada, é inoperável: não há como saber onde e para quais finalidades estão sendo utilizados seus dados pessoais; e (iii) o Poder Judiciário, além de não possuir expertise na matéria, não possui ferramentas diretivas e de estímulo para a adesão dos entes privados ao conteúdo da norma.

Mas se, portanto, a LGPD, isoladamente, é insuficiente⁴⁹⁵ (e por vezes um remédio mais amargo que a enfermidade), como formatar o agir estatal, quando os atores regulados são tão plurais, numerosos e diversos entre si?

Cumprе esclarecer, de antemão, que este é um trabalho de Direito Civil, que apenas se utiliza do direito regulatório para construção de uma reflexão mais aprofundada sobre a operacionalização da proteção de dados pessoais. Não é objetivo do presente capítulo esmiuçar diferentes teorias administrativistas, tampouco flexionar conceitos de direito regulatório. Trata-se, tão somente, de um raciocínio e proposta de complementação e

⁴⁹³ ZANATTA, Rafael A. F.; SOUZA, Michel R. O. A tutela coletiva na proteção de dados pessoais: tendências e desafios. In DE LUCCA, Newton; ROSA, Cintia. **Direito e Internet IV: proteção de dados pessoais**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 16.

⁴⁹⁴ WIMMER, Miriam. Os desafios do enforcement na LGPD: fiscalização, aplicação de sanções administrativas e coordenação intergovernamental. In RODRIGUES JR., Otávio Luiz; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 375.

⁴⁹⁵ SOMBRA, Thiago Luis Santos. **Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 53.

operacionalização da LGPD, alicerçada em materiais bibliográficos e modelos práticos implementados recentemente em setores regulados.

Isto porque sabe-se que há quem defenda que a regulação teria apenas como objetivo preservar as condições de um dado sistema econômico. Nesta perspectiva restritiva, a atuação estatal estaria focalizada somente em corrigir as “falhas de mercado”, assegurando “o equilíbrio interno ao sistema regulado, evitando abusos ou distorções que, em última instância, pudessem comprometer o próprio funcionamento do setor sujeito à regulação”⁴⁹⁶.

No entanto, especialmente no Brasil, é expressivo o entendimento de parcela da doutrina de que a função regulatória deve ser mais ampla, na medida em que “se um dos fundamentos da regulação é manter o equilíbrio de um dado mercado, isso não há de impedir que pela atividade regulatória sejam introduzidos objetivos de ordem geral que não seriam alcançados exclusivamente pela ação de livre iniciativa dos agentes econômicos”⁴⁹⁷.

A Lei, assim, ao definir um escopo de atuação destinado ao alcance do interesse público, outorga ao regulador o manejo de suas competências para atingir esta finalidade. Deverá fazê-lo, para tanto, “arbitrando o ônus de forma viável e equilibrada entre os diferentes agentes atuantes no setor, sopesando obrigações e vantagens competitivas, criando incentivos ou restrições”⁴⁹⁸.

Para alcançar esta densa finalidade, o Direito outorga competências orientadas para (i) a aprovação das normas pertinentes (leis, regulamentos, portarias, normas de comportamento); (ii) implementação concreta das regras estabelecidas (autorizações, licenças, injunções, termos de ajustamento de conduta); e (iii) fiscalização do cumprimento pelos agentes regulados e, eventualmente, punição das infrações.⁴⁹⁹

Sabe-se, neste sentido, que há inúmeras formas de exercer o poder de intervenção estatal e estímulo do setor privado para atuar em observância às normas. No entanto, não se pode ignorar um certo fetichismo doutrinário, uma hipervalorização, em relação à regulação verticalizada (modelo regulatório estatal rígido ou compreensivo), ou seja, ao sistema de

⁴⁹⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 85-93, jun. 2009. p. 90.

⁴⁹⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 85-93, jun. 2009. p. 90.

⁴⁹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 85-93, jun. 2009. p. 91.

⁴⁹⁹ MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 37.

comandos, diretrizes e recomendações unilaterais, ou, de forma negativa, na veste de proibições, limitações ou sanções, impostas pelo ente estatal em relação ao ator privado⁵⁰⁰.

Tal modalidade, apesar de ser acompanhada pela coerção estatal e, conseqüentemente, repercutir em maior temor nos agentes regulados, nem sempre alcança, de forma satisfatória, o fim pretendido⁵⁰¹. Há, cada vez mais, a percepção de que o direito da regulação, em seus moldes tradicionais (em uma direção exclusivamente verticalizada), pode ser pernicioso, *autossabotador*.

Carl Sunstein, professor da Universidade de Chicago e operador do Comitê de Regulação do governo Obama (2009 – 2012), sobre este aspecto, já na década de 90, identificou, sob a ótica da economia comportamental, inúmeros paradoxos, estratégias regulatórias falidas⁵⁰², que perpassam desde o conteúdo e extensão da normatização elaborada pelo órgão regulador, até as problemáticas exigências de transparência por vezes impostas. A grande maioria dos paradoxos assinalados, adiante minudenciados, possuem, sugere-se, pontos de expressivo contato com a temática de proteção de dados – o que pode acender um alerta sobre a estrutura de regulação que derivará da Lei Geral de Proteção de Dados.

O primeiro paradoxo é o de “*overregulation produces underregularion*”, ou seja, a regulação excessiva, rigorosa, por vezes conduz o regulado ao descumprimento dos padrões normativos impostos ou na própria inação da agência reguladora, incapacitada de exercer o controle e fiscalização em um ambiente draconiano⁵⁰³. Para além disso, a regulação excessiva possui uma maior tendência de ser invalidada pelo Poder Judiciário, sob o pretexto de (i) desatualização do comando normativo frente às circunstâncias fáticas; (ii) confusão no cotejo dos regulamentos diante das situações concretas (normas aparentemente

⁵⁰⁰ GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões sobre o Estado regulador e o Estado Contratante**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 95.

⁵⁰¹ Trata-se de um “modelo que segue o formato regulatório convencional, com a atuação estatal capitaneando todo o processo de conformação de condutas, implementação de políticas públicas e criação de incentivos, sem espaço para a influência dos atores privados. Em linhas gerais [...] pouco coaduna com a pluralidade de redes de comunicação e sem expressiva capacidade de reagir às escapadas regulatórias dos agentes de mercado”. (SWIRE, Peter P; AHMAD, Kenesa; MCQUAY, Terry. *Foundations of Information Privacy and Data Protection: a survey of Global Concepts, Laws and Practices*: International Association of Privacy Professionals (IAPP), 2012; Apud SOMBRA, Thiago Luis Santos. **Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 91).

⁵⁰² SUNSTEIN, Cass R. Paradoxes of regulatory state. **The University of Chicago Law Review**. Vol. 57. 1990. 407-441. p. 412. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/234129991.pdf>. Acesso 15 abril 2021.

⁵⁰³ SUNSTEIN, Cass R. Paradoxes of regulatory state. **The University of Chicago Law Review**. Vol. 57. 1990. 407-441. p. 414. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/234129991.pdf>. Acesso 15 abril 2021.

contraditórias entre si); e (iii) violação ao princípio da livre iniciativa e concorrência, ante o engessamento das atividades do setor privado.

Nos Estados Unidos, o autor ilustra o seu apontamento a partir do *Clear Air Act* e *Clean Water Act*, de 1982, que possuíam padrões tão rigorosos para redução da poluição do ar e das águas, que paralisaram as atividades da *Environmental Protection Agency* (incapacitada de concretizar os parâmetros estabelecidos, a agência se limitou a regular poucas substâncias nocivas ao meio ambiente - foram reguladas apenas 7 substâncias tóxicas, 5 delas em decorrência de ordens judiciais)⁵⁰⁴.

Se nos EUA o rigorismo emperrou o adequado desenvolvimento das atividades do órgão regulador, no Brasil, ao revés, são inúmeros os exemplos de intervenção estatal excessiva, que conduzem o mercado para o sentido oposto do esperado. É o caso da política de reajustes por anos adotada pela ANS para os planos de saúde individuais, que criava um índice máximo de reajuste dos planos. De acordo com cálculos da “FenaSaúde, de 2008 a 2018 os reajustes autorizados pela ANS para os planos individuais totalizaram 155%. No entanto, as despesas assistenciais per capita atingiram 192% no mesmo período”⁵⁰⁵. O comando regulatório, assim, inviabilizou economicamente o serviço, reduzindo a oferta e concorrência, fazendo com que, hoje, segundo o IPEA⁵⁰⁶, esta modalidade de plano assistencial individual tenha um espaço de somente 20% do mercado brasileiro.

No campo da proteção de dados, uma estrutura regulatória alicerçada em bases normativas minuciosas estaria, certamente, fadada ao fracasso. Isto porque um dos pilares do direito regulatório tradicional, a fiscalização e controle pelo órgão regulador, não suportaria a pluralidade – quase infinita – de atores regulados e de situações concretas que deveriam, em tese, estar sob o olhar do órgão estatal.

E mais. A condução de uma regulação excessiva, aliada à incapacidade estrutural de fiscalização, levaria parcela do mercado ao extremo oposto da intenção da norma: preferindo aceitar os riscos de uma penalização, em apreço aos benefícios que a gestão de *big data* efetivamente garante ao seu negócio. Este cenário, inclusive, atrairia uma outra deformidade: grandes empresas, submetidas a um olhar mais minucioso dos órgãos de

⁵⁰⁴ SUNSTEIN, Cass R. Paradoxes of regulatory state. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 57. 1990. 407-441. p. 414. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/234129991.pdf>. Acesso 15 abril 2021.

⁵⁰⁵ **ESTADÃO**. Precisamos falar sobre os planos de saúde individuais. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/precisamos-falar-sobre-os-planos-de-saude-individuais/>. Acesso 13 abril 2021.

⁵⁰⁶ **IPEA**. Estudo do Ipea aponta que inflação dos planos de saúde é bem superior ao IPCA. 11.06.2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34799. Acesso 13 abril 2021.

fiscalização e governo, estariam sob a mira da regulamentação, investindo pesadamente no *compliance*, enquanto outra parcela permaneceria alheia às obrigações impostas, agindo na marginalidade (na medida em que menos fiscalizadas pelo agente estatal). É, *mutatis mutandi*, a chamada regulação assimétrica, quando há “competição entre prestadores sujeitos a incidências regulatórias distintas”⁵⁰⁷.

Noutras palavras, se por um lado a Lei Geral de Proteção de Dados exige, para sua adequada implementação, uma estrutura regulatória eficiente e dinâmica, por outro, a regulação excessiva induz uma disformidade, seja no próprio equilíbrio entre os entes regulados, violando o livre mercado, seja na condução dos atores privados a desobedecer aos comandos excessivos, ou, também, na própria impossibilidade estrutural do órgão para implementar e fiscalizar normas draconianas.

O segundo paradoxo sustentado pelo jurista é o de “*to require the best available technology is to retard technological development*” (exigir a melhor tecnologia disponível pode retardar a inovação), que diagnostica os problemas decorrentes da escolha, pelo órgão regulador, da melhor técnica a ser usada pelo agente regulado em seu nicho de atuação. Sublinhe-se que a padronização normativa dos métodos de atuação conduz a um ambiente de conforto para o regulado, desestimulando o setor privado a encontrar formas mais eficientes e modernas de obtenção do mesmo resultado pretendido pelo regulador. E mais, por receio de serem submetidos a uma nova alteração da técnica implementada, gerando elevação de custos, é bastante possível que as organizações até mesmo combatam estas novas tecnologias, buscando uma conservação do *status quo*.⁵⁰⁸

Cabe, aqui, um breve parêntese. A imposição estatal de uso de determinados meios tecnológicos, nos termos dispostos no segundo paradoxo, difere do conceito de tecnoregulação. Lawrence Lessig⁵⁰⁹, um dos expoentes de um direito regulatório plural para contextos digitais (formatado a partir do direito, das normas de conduta, do mercado e da arquitetura), defendeu a expressão “*code is law*”, que sugere o uso dos códigos pré-definidos, soluções tecnológicas, como reguladores das relações no espaço digital, no sentido de “haver

⁵⁰⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**. v. 228. 13-29. Abr./Jun. 2002. p. 22. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46521/57635>. Acesso 13 abril 2021.

⁵⁰⁸ SUNSTEIN, Cass R. Paradoxes of regulatory state. **The University of Chicago Law Review**. Vol. 57. 1990. 407-441. p. 421. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/234129991.pdf>. Acesso 15 abril 2021.

⁵⁰⁹ LESSIG, Lawrence. The Law of the Horse. **Harvard Law Review**. vol. 113. 1999. p. 501-546. p. 505. Disponível em: https://pdfs.semanticscholar.org/e517/6bd3a7783ab4444a0ea3581317aa60ad01a6.pdf?_ga=2.45410020.1348356387.1610308491-799119254.1610308491. Acesso 10 jan. 2020.

definições de regras base nas interações preditivas, que são a transposição das regras do direito para as soluções técnicas trazidas por softwares, por meio de algoritmos, para a eficácia dos imperativos legais”⁵¹⁰.

Dito de outro modo, é uma ideia que parte da premissa que o ciberespaço não pode ser legitimamente “ou efetivamente regulado por Estados Nacionais soberanos e que a inexistência de fronteiras geográficas no mundo virtual faria com que não houvesse nenhuma jurisdição, no sentido tradicional do conceito. Para superar esta percepção de imunidade regulatória estatal da internet, Joel Reidenberg, assim como Lawrence Lessig, sustentam um direito regulatório calcado na *lex informatica*⁵¹¹, como um conjunto de regras voltados sobretudo à própria arquitetura técnica da internet.

Desta forma, “para que se consiga obter resultados previsíveis de regulação na internet, defende-se que os elaboradores de políticas públicas mudem o foco de regulamentações diretas para regulamentações que influenciem a conformação técnica do ciberespaço”⁵¹². Ou seja, uma aliança entre normatividade, persuasão e desempenho tecnológico do mercado.

É o caso, por exemplo, do uso da criptografia nas aplicações de internet (recomendada pelo Decreto 8.771/2016, em seu artigo 13, IV). A técnica de escrita em cifra ou código, que impede que outros sujeitos, para além do destinatário da mensagem, possam compreender seu teor, preserva a privacidade e inviabiliza o monitoramento. Isto porque,

“[...] com a disseminação e popularização da Internet, a proteção da privacidade se tornou extremamente importante para cada cidadão, pois seus dados trafegam e podem ser grampeados. Criptografia é a chave que permite solucionar tecnologicamente este problema.”⁵¹³

Parece elementar que a imposição do uso de determinada tecnologia engessaria a inovação, sobretudo porque são plurais (e rapidamente mutáveis) as soluções dadas pela ciência, bem como difíceis e burocráticas as alterações de regulamento para ajustamento do mercado às mais recentes e sofisticadas tecnologias criadas. Em outro vértice, a

⁵¹⁰ LIMA, Cintia Rosa Pereira de; PEROLI, Kelvin. **Direito digital: compliance, regulação e governança**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 36.

⁵¹¹ A *lex informática* é um modelo “de governança do ciberespaço, mediante o qual os tomadores de decisão atuam pautados pelos processos de regulação desenvolvidos tanto pelos atores estatais, quanto pelos técnicos e as normas sociais” (SOMBRA, Thiago Luis Santos. **Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 51)

⁵¹² FERNANDES, Victor Oliveira. **Regulação de serviços de internet**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018. p. 77.

⁵¹³ TERADA, Routh. **Segurança dos dados: criptografia em redes de computador**. São Paulo: Edgar Blucher, 2000. p. 08.

tecnorregulação é uma aliada importante para a conformação dos ambientes digitais, sobretudo por garantir uma modulação dos comportamentos a partir de códigos pré-definidos e não mutáveis.

O terceiro paradoxo revela que “*redistributive regulation harm those at the bottom of the socioeconomic ladder*”, ou seja, técnicas de regulação distributiva por vezes representam prejuízos expressivos para as bases da pirâmide social e econômica. Uma justificativa comum para a intromissão estatal em determinado mercado é evitar a exploração ou a competição injusta entre as partes⁵¹⁴. Na visão de Sunstein, a despeito dos benefícios distributivos pretensamente assegurados pela regulação, sempre há uma perversidade, um conteúdo autosabotador⁵¹⁵, que merece ser minuciosamente sopesado para uma adequada condução do mercado regulado.

Um exemplo ilustrativo apresentado são as intervenções estatais no mercado imobiliário, que protegiam sobremaneira os locatários e acabavam por estimular os locadores a saírem deste segmento, prejudicando justamente aqueles que dependiam da oferta de imóveis para a moradia (a parte hipossuficiente supostamente protegida pelo ente regulador).

Claro que esta intervenção de caráter distributivo é complexa e não pode ser reduzida a apenas uma visão. Em grande medida, ela é essencial e justifica a própria estrutura e existência do Estado. Diz o autor, no entanto, que os efeitos deletérios gerados, para uma correta conformação, devem ser acompanhados por um suporte (legal ou administrativo) que reduza o alcance das consequências perniciosas. Assim, por exemplo, a instituição de um aumento da base de salário-mínimo somente conduz para uma eficaz harmonização das relações de uma sociedade se acompanhada por um projeto de apoio aos desempregados (na medida em que a elevação do salário-mínimo aumenta os custos marginais das contratações, o que pode agravar o desemprego ou emprego informal).

Na proteção de dados, o caráter distributivo pode ser extraído, sobretudo, na vedação legal às condutas discriminatórias oriundas de decisões automatizadas, tomadas por meio da coleta de processamento de dados pessoais. A intenção do legislador, por certo, é legítima, principalmente considerando-se os altos custos sociais e de trânsito negocial que a má calibração da perfilização dos birôs e das decisões automatizadas pode causar. No

⁵¹⁴ SUNSTEIN, Cass R. Paradoxes of regulatory state. **The University of Chicago Law Review**. Vol. 57. 1990. 407-441. p. 421. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/234129991.pdf>. Acesso 15 abril 2021.

⁵¹⁵ SUNSTEIN, Cass R. Paradoxes of regulatory state. **The University of Chicago Law Review**. Vol. 57. 1990. 407-441. p. 423. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/234129991.pdf>. Acesso 15 abril 2021.

entanto, uma política regulatória calçada em subjetivismos, ou em um modelo binário de proibir/permitir, poderá levar o mercado justamente ao sentido oposto, prejudicando aqueles que a regulação pretendia proteger.

Isto porque é ingenuidade acreditar que os custos negociais serão simplesmente transplantados para o setor privado. A concessão de crédito exige uma avaliação prévia dos riscos envolvidos – medida facilitada por meio da obtenção de informação (leitura de dados pessoais). Se a regulação ignora este fato, empurra para a marginalidade (ainda mais) àqueles que deveriam ser os beneficiados por uma regulação distributiva. Nenhuma empresa assumirá para si, sem qualquer contraprestação, os riscos de inadimplência do consumidor, e muito menos correrá o risco de ser submetida a uma multa milionária (até 2% do seu faturamento, segundo a LGPD) por contrariar uma regulação verticalizada eventualmente desconectada da realidade corrente.

O quarto paradoxo abordado por Sunstein é o de “*disclosure requirements may make people less informed*”, que, em breves linhas, revela que exigências regulatórias pesadas de transparência na informação conduzem por vezes para um agravamento da má recepção da informação, ou uma recepção defeituosa, pelo público daquele mercado regulado.⁵¹⁶

Isto ocorre, segundo o autor, quando há uma elevação no fluxo de transmissão de informações, fazendo com que o receptor tenha dificuldade no seu processamento e recorra a heurísticas – procedimentos simples, atalhos cognitivos, que trazem respostas sem grandes esforços e reflexão.

Na proteção de dados, considerando-se a complexidade dos atores e processos envolvidos (coleta, armazenagem, leitura e catalogação), é nítida a incapacidade de o titular exercer plenamente seu percurso volitivo. Como já anteriormente abordado, a cessão de dados pessoais normalmente está atrelada a um benefício imediato (obtenção de um serviço, informação ou produto), de modo que os possíveis prejuízos à privacidade são temporariamente distantes⁵¹⁷ e dificilmente sopesados pelos sujeitos.

O quinto paradoxo, que complementa o anterior, é o de “*stringest regulation os new risks can increase aggregate risks levels*” – uma regulação firme para novos riscos assegura o aumento dos níveis agregados de riscos pretéritos.

⁵¹⁶ SUNSTEIN, Cass R. Paradoxes of regulatory state. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 57. 1990. 407-441. p. 424. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/234129991.pdf>. Acesso 15 abril 2021.

⁵¹⁷ BIONI, Bruno. *Proteção de dados pessoais*. São Paulo: Forense, 2019. p. 147.

Explica-se. A partir de Sunstein, regulações rígidas tendem a obstar a entrada de novos atores no mercado, perpetuando antigos costumes e práticas, muitas vezes contrárias à intenção do regulador. É o caso, por exemplo, da regulação desproporcional sobre toxinas liberadas por veículos nos EUA: o alto custo, tanto para o consumidor adquirir um novo automóvel (adaptado à norma e menos poluidor), quanto para a fábrica adequar seus produtos aos novos padrões, fez com que carros mais antigos – e poluentes – permanecessem em circulação por muito mais tempo, enquanto que as empresas, influenciadas pela lei da oferta e procura, adaptaram seus serviços à manutenção destes produtos antigos⁵¹⁸ – levando ao fracasso do propósito regulatório.

Aproximando este paradigma da proteção de dados pessoais, tem-se que a regulação dos novos riscos, sobretudo daqueles relacionados aos equipamentos de *internet das coisas*, poderá levar um número expressivo de aparelhos eletrônicos à obsolescência. Formatados, em sua origem, sob determinadas configurações e padrões de coleta de dados, a implementação de eventuais novos regulamentos pode levá-los a perda de inúmeras funcionalidades ou até mesmo a inutilização absoluta.

Se, por outro lado, compreender-se pela inaplicabilidade das novas normas a estes dispositivos, é possível que se reforce uma tendência de prolongamento do seu tempo de vida, negando diretamente o objetivo da regulação: reduzir a excessiva coleta de dados por vezes perseverada pelos agentes privados nas últimas décadas.

O último paradoxo apontado por Sunstein refere-se à independência das agências reguladoras (um dos legados institucionais do período de *New Deal*, nos EUA). A independência é a fase final da delegação. A “*delegação permite que sejam superadas assimetrias na informação e aumenta a eficiência da governança em áreas técnicas, ao permitir o uso do conhecimento e da experiência, levando a redução dos custos políticos*”⁵¹⁹ – assegurando um elevado índice de consistência e credibilidade.

Na realidade prática, no entanto, não são necessárias maiores digressões. Agências reguladoras, nos moldes brasileiros, são suscetíveis à condução política do Poder Executivo, bem como à pressão midiática e de opinião pública. Quando atreladas à determinado governo, estão submetidas às orientações do chefe de estado e dos partidos a ele coligados.

⁵¹⁸ SUNSTEIN, Cass R. Paradoxes of regulatory state. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 57. 1990. 407-441. p. 418. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/234129991.pdf>. Acesso 15 abril 2021.

⁵¹⁹ FORMAN, John. As Agências Reguladoras no Brasil e a sua Involução. 2016. FGV. Disponível em: http://www.fgv.br/fgvenergia/coluna_opinioao_john_forman/files/assets/common/downloads/publication.pdf. Acesso 13 abril 2021.

Quando afastadas do Poder Executivo, acabam fragilizadas diante da pressão exercida por integrantes do Poder Legislativo.

Nesse sentido, a Lei Geral de Telecomunicações é um exemplo de marco legal que define os limites da participação pública nos processos de implementação de políticas de telecomunicações. Igualmente, esse mesmo diploma demarca as vias pelas quais o Poder Executivo pode determinar os rumos da execução das políticas, com decretos presidenciais e indicações dos componentes do conselho diretor – denotando a conexão umbilical da ANATEL com o Poder Executivo, e sua possível baixa independência⁵²⁰.

Relevante para o presente trabalho, a LGDP nos apresenta a figura da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão integrante da Presidência da República (que, segundo a Lei, em até dois anos, poderá ser convertida em entidade da administração pública federal e indireta, submetida ao regime autárquico e especial), a quem compete:

- I - zelar pela proteção dos dados pessoais, nos termos da legislação;
- II - zelar pela observância dos segredos comercial e industrial, observada a proteção de dados pessoais e do sigilo das informações quando protegido por lei ou quando a quebra do sigilo violar os fundamentos do art. 2º desta Lei;
- III - elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade;
- IV - fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso;
- V - apreciar petições de titular contra controlador após comprovada pelo titular a apresentação de reclamação ao controlador não solucionada no prazo estabelecido em regulamentação;
- VI - promover na população o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e das medidas de segurança;
- VII - promover e elaborar estudos sobre as práticas nacionais e internacionais de proteção de dados pessoais e privacidade;
- VIII - estimular a adoção de padrões para serviços e produtos que facilitem o exercício de controle dos titulares sobre seus dados pessoais, os quais deverão levar em consideração as especificidades das atividades e o porte dos responsáveis;
- IX - promover ações de cooperação com autoridades de proteção de dados pessoais de outros países, de natureza internacional ou transnacional;
- X - dispor sobre as formas de publicidade das operações de tratamento de dados pessoais, respeitados os segredos comercial e industrial;
- XI - solicitar, a qualquer momento, às entidades do poder público que realizem operações de tratamento de dados pessoais informe específico sobre o âmbito, a natureza dos dados e os demais detalhes do tratamento realizado, com a possibilidade de emitir parecer técnico complementar para garantir o cumprimento desta Lei;
- XII - elaborar relatórios de gestão anuais acerca de suas atividades;
- XIII - editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, bem como sobre relatórios de impacto à proteção de dados pessoais

⁵²⁰ TEIXEIRA, Victor Epitácio Cravo. Agências Reguladoras e o Mito da Independência: uma visão interdisciplinar dos mecanismos institucionais de interação no âmbito da ANATEL. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. 2010. P. 2331-2340. p. 2338.

para os casos em que o tratamento representar alto risco à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos nesta Lei;

XIV - ouvir os agentes de tratamento e a sociedade em matérias de interesse relevante e prestar contas sobre suas atividades e planejamento;

XV - arrecadar e aplicar suas receitas e publicar, no relatório de gestão a que se refere o inciso XII do caput deste artigo, o detalhamento de suas receitas e despesas;

XVI - realizar auditorias, ou determinar sua realização, no âmbito da atividade de fiscalização de que trata o inciso IV e com a devida observância do disposto no inciso II do caput deste artigo, sobre o tratamento de dados pessoais efetuado pelos agentes de tratamento, incluído o poder público;

XVII - celebrar, a qualquer momento, compromisso com agentes de tratamento para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa no âmbito de processos administrativos, de acordo com o previsto no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942;

XVIII - editar normas, orientações e procedimentos simplificados e diferenciados, inclusive quanto aos prazos, para que microempresas e empresas de pequeno porte, bem como iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem startups ou empresas de inovação, possam adequar-se a esta Lei;

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);

XX - deliberar, na esfera administrativa, em caráter terminativo, sobre a interpretação desta Lei, as suas competências e os casos omissos;

XXI - comunicar às autoridades competentes as infrações penais das quais tiver conhecimento;

XXII - comunicar aos órgãos de controle interno o descumprimento do disposto nesta Lei por órgãos e entidades da administração pública federal;

XXIII - articular-se com as autoridades reguladoras públicas para exercer suas competências em setores específicos de atividades econômicas e governamentais sujeitas à regulação;

XXIV - implementar mecanismos simplificados, inclusive por meio eletrônico, para o registro de reclamações sobre o tratamento de dados pessoais em desconformidade com esta Lei.

Com funções normativas, consultivas e judicantes, a ANPD, em uma estrutura regulatória verticalizada, torna-se crucial para a concretização material da proteção de dados. No entanto, sua estrutura confirma o conteúdo do sexto paradoxo, pecando pela dependência com relação ao Poder Executivo Federal.

Fabrizio Gilardi, professor da Universidade de Zurique, neste tocante, há muito sistematizou uma proposta de cálculo para obtenção do nível de independência das entidades reguladoras contemporâneas, agregando inúmeros fatores e elementos que, somados, podem chegar ao coeficiente 1,0 – que diagnostica o maior nível de independência⁵²¹. Ainda que elaborado em um específico contexto, bastante diferente da realidade brasileira, é certo que

⁵²¹ GILARDI, Fabrizio. The Formal Independence of Regulators: A Comparison of 17 Countries and 7 Sectors. *Swiss Political Science Review*. v. 11(4). 2005. p. 139-167. Disponível em: <http://lexenconstitucion2022.cl/uploads/repositorio/b6db182532350c6037bc3f230158bd51d28db20a.pdf>. Acesso em 11 jan. 2021.

a aplicação do cálculo e sua respectiva dosimetria à estrutura da ANPD pode sugerir alguns entraves à independência esperada do órgão regulador. Veja-se:

Tabela 5 | Metodologia de Gilardi de independência das entidades reguladoras (adaptado)

AUTONOMIA DO DIRETOR (peso: 0,20)	AUTONOMIA DA DIRETORIA GERAL (peso: 0,20)
1) Tempo no cargo a) 6 a 8 anos (1,0) b) 5 anos (0,8) c) <u>4 anos (0,6)</u> d) Termo fixo, inferior a 4 anos (0,2) e) Sem termo fixo (0)	1) Tempo no cargo a) 6 a 8 anos (1,0) b) 5 anos (0,8) c) <u>4 anos (0,6)</u> ⁵²² d) Termo fixo, inferior a 4 anos (0,2) e) Sem termo fixo (0)
2) Indicação do diretor-geral a) Diretoria geral da entidade (1) b) Legislativo e governo (0,75) c) Legislativo (0,5) d) <u>O governo (0,25)</u> e) Ministros (0)	2) Indicação do diretor-geral a) Diretoria geral da entidade (1) b) Legislativo e governo (0,75) c) Legislativo (0,5) d) <u>O governo (0,25)</u> e) Ministros (0)
3) Demissão a) Impossível (1) b) <u>Possível, por razões não políticas (0,67)</u> c) Inexistem orientações e comandos sobre os assuntos; (0,33) d) Demissão por decisão do governo (0)	3) Demissão a) Impossível (1) b) <u>Possível, por razões não políticas (0,67)</u> c) Inexistem orientações e comandos sobre os assuntos (0,33) d) Demissão por decisão do governo (0)
4) O diretor pode ocupar outros cargos no governo? a) <u>Não (1)</u> b) Sim, com permissão do governo (0,5) c) Sim, sem orientações específicas (0)	4) A diretoria geral pode ocupar outros cargos no governo? a) <u>Não (1)</u> b) Sim, com permissão do governo (0,5) c) Sim, sem orientações específicas (0)
5) O mandato é renovável? a) Não (1) b) <u>Sim, somente uma vez (0,5);</u> c) Sim, mais de uma vez (0)	5) O mandato é renovável? a) Não (1) b) <u>Sim, somente uma vez (0,5);</u> c) Sim, mais de uma vez (0)

⁵²² Conforme artigo 55-D, § 4º, da LGPD: Os mandatos dos primeiros membros do Conselho Diretor nomeados serão de 2, de 3, de 4, de 5 e de 6 anos, conforme estabelecido no ato de nomeação.

6) A independência é um requisito para nomeação? a) Sim (1) b) <u>Não (0)</u> ⁵²³	6) A independência é um requisito para nomeação? a) Sim (1) b) <u>Não (0)</u>
RELAÇÃO COM O GOVERNO E PODER LEGISLATIVO (peso: 0,20)	AUTONOMIA FINANCEIRA E ORGANIZACIONAL (peso: 0,20)
7) A independência é formalmente assinalada? a) Sim (1,0) b) <u>Não (0)</u>	7) Qual a origem dos recursos da entidade? a) Taxas da indústria regulada (1) b) O governo e as taxas da indústria regulada (0,5) c) <u>O governo (0)</u> ⁵²⁴
8) Obrigações da agência para com o governo a) <u>Não existem obrigações formais; (1)</u> ⁵²⁵ b) Apresentação de relatório anual informativo; (0,67) c) Apresentação de relatório anual, para aprovação; (0,33) d) A entidade é subserviente ao governo (0)	8) Formas de controle do orçamento a) Pela própria entidade (1) b) <u>Por uma controladoria ou outro órgão conexo (0,67)</u> c) Pela entidade e pelo governo (0,33) d) Pelo governo apenas (0)
9) Obrigações da agência para com o legislativo a) <u>Não existem obrigações formais; (1)</u> b) Apresentação de relatório anual informativo; (0,67) c) Apresentação de relatório anual, para aprovação; (0,33) d) A entidade é subserviente ao governo (0)	9) Quem organiza o formato da organização interna da entidade a) A entidade (1) b) A entidade e o governo (0,50) c) <u>O governo (0)</u> ⁵²⁶

⁵²³ Segundo o artigo 55-D, §2º, da LGPD: Os membros do Conselho Diretor serão escolhidos dentre brasileiros que tenham reputação ilibada, nível superior de educação e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados.

⁵²⁴ Por ora, não há definição da forma de custeio da ANPD. Ela foi criada sem aumento de despesa pelo governo.

⁵²⁵ Há obrigação de elaboração de relatórios, conforme art. 55-J, XII, mas sem indicação de uma subordinação, seja ao governo, seja ao Poder Legislativo.

⁵²⁶ Por ora, a estrutura da ANPD foi formulada a partir das orientações do Governo Federal. Como há intenção de transformação da entidade em uma autarquia de regime especial, é provável que haja alteração deste quesito.

10) Quem pode reverter as decisões da entidade, além do Poder Judiciário? a) <u>Ninguém (1)</u> b) Órgão especializado (0,67) c) O governo, com restrições (0,33) d) O governo, sem restrições (0)	10) Quem decide sobre recursos humanos da entidade? a) <u>A entidade (1)</u> b) A entidade e o governo (0,50) c) O governo (0)
COMPETÊNCIA REGULATÓRIA (peso: 0,20)	
11) Qual instância compete a regulação? a) Somente a entidade (1) b) A entidade e outra autoridade independente (0,75) c) <u>A entidade e o Poder Legislativo (0,5)</u> d) A entidade e o governo (0,25) e) A entidade possui apenas competência consultiva (0)	

A partir da metodologia exposta, obtém-se um índice de independência, da ANPD, de 0,58⁵²⁷ – o que pode reforçar os receios de constituição de uma entidade reguladora dependente de interesses do governo⁵²⁸, e sob forte influência política.

Para além destes seis paradoxos, há outros argumentos que evidenciam a impropriedade do uso da regulação exclusivamente verticalizada para a proteção de dados pessoais. São eles:

- Pluralidade indisciplinável por via única: diferentemente da regulação tradicional, onde há uma similaridade entre os atores regulados, a proteção de dados alcança todos os setores do mercado, de modo que a regulação precisa dialogar com as peculiaridades de cada nicho. Por exemplo, a regulamentação pela ANPD, prevista no artigo 11 da Lei, referente à possibilidade de uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores com objetivo econômico, não pode ser a mesma para operadoras de planos de saúde, cujo impacto do mal-uso dos dados é muito mais severo (danos negociais, inclusive), e empresas publicidade, que apenas

⁵²⁷ O cálculo é feito a partir da soma das respostas negritadas, devidamente conformadas em seu peso de relevância para a dosimetria final.

⁵²⁸ A ANPD atuará em conjunto com o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, entidade de natureza consultiva, que conta com a participação de diversos segmentos sociais relevantes para a regulação da proteção de dados pessoais. No entanto, o poder decisório repousa sobre a diretoria.

desejam confortar suas estratégias de marketing comportamental de forma mais assertiva. Regular atores tão plurais e diversos entre si é uma tarefa bastante complexa, dificilmente alcançada a partir de estruturas estatais burocratizadas.

- Ausência da melhor técnica: considerando-se a pluralidade de atores regulados, é certo que o órgão regulador não possuirá conhecimento técnico suficiente para regular setores tão diversos entre si. O baixo conhecimento do nicho regulado macula a própria credibilidade da regulação, falindo a estratégia regulatória.
- Risco de engessamento, com prejuízos econômicos ao país: normatizar o mercado leva tempo e exige diálogo. Em uma matéria dinâmica e tecnológica, qualquer regulação já nasce aquém da realidade prática, e pode colocar o Brasil em desvantagem competitiva com outras nações. O uso de *big data* é imprescindível para a análise de riscos pelo setor privado, tem função de promover a sustentabilidade e favorece uma melhor assertividade para o setor comercial. A proteção à privacidade deve dialogar com estes benefícios propiciados, e a regulação estabelecida precisa ser flexível e facilmente mutável, sob pena de engessar a inovação.
- Confusão regulatória: como visto, a disciplina da proteção de dados pessoais no Brasil se constituiu como uma colcha de retalhos, disposta em diferentes diplomas. Isto, por si só, atrai elevados riscos de sanções oriundas de diferentes órgãos, mas decorrentes de fatos semelhantes ou conexos – o que aumenta a insegurança jurídica e a dificuldade de conformação do mercado às orientações governamentais. Não se fala, aqui, do pluralismo natural existente no interior da regulação estatal. É certo que há uma pluralidade de subsistemas jurídicos, direcionados para setores especializados. Porém, essas políticas setoriais devem ser inseridas nos propósitos genéricos perseguidos pelo Estado, sobretudo porque medidas e orientações inseridas em dado setor repercutem em outros (ex: conflitos entre agências reguladoras e o CADE). Ruídos intersistêmicos podem causar conflitos na regulação e comprometer a própria essência e qualidade do ato de regular⁵²⁹.

É ilustrativo, neste contexto, o inquérito instaurado pelo PROCON/MG, em face das drogarias Araújo, em razão da solicitação indevida de CPFs dos consumidores. A

⁵²⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e análise de impacto regulatório. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014, 389-414. p. 400

investigação, fundada em dispositivos do CDC, levou a investigada a uma penalidade, em 2018, de R\$ 7.930.801,72⁵³⁰ e denota a provável pluralidade de entidades, no Brasil, que assumirão uma conduta regulatória repressiva para a proteção de dados. Um mesmo episódio, de contrariedade à LGPD, poderá culminar na instauração de procedimentos sancionatórios pela ANPD, por órgãos de proteção ao consumidor, pelo Ministério Público, CADE, etc.

Para além de todos estes fatores que obstaculizam a eficácia de uma regulação exclusivamente estatal para a proteção de dados pessoais, tem-se que a dinamicidade do fluxo de dados entre diferentes nações, aspectos da globalização e a ausência de barreiras geográficas na internet, reafirmam a necessidade de repensar a posição e a relação do Direito com a contemporaneidade.

Pode-se afirmar, neste sentido, que “o Direito, vivido ao longo dos séculos dentro dos limites dos Estados, encontra-se admirado e perdido”⁵³¹, tensionado por uma realidade que por vezes já não se comunica com as ferramentas jurídicas tradicionais. O espaço digital, em verdade, inflama a ordem jurídica, e consequentemente a organização regulatória, principalmente considerando-se a ausência de limites físicos e territoriais, peças-chave das jurisdições⁵³².

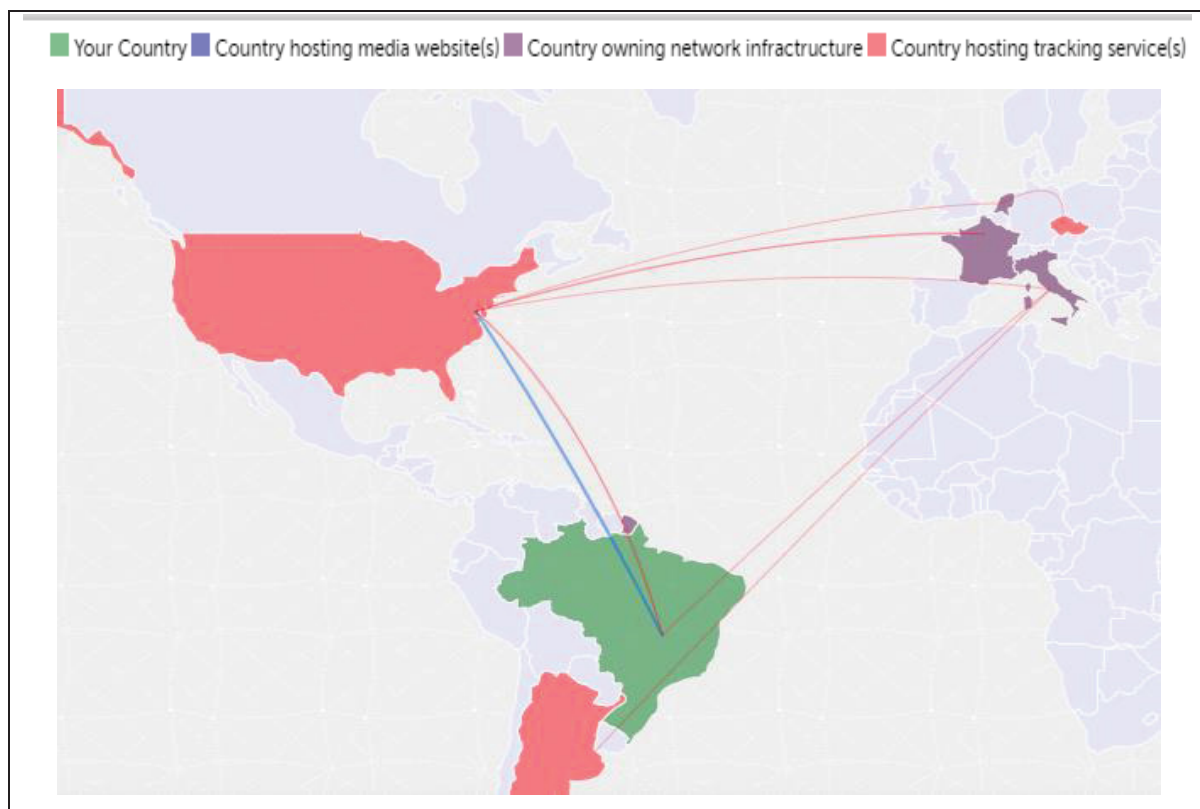
Neste sentido, sublinhe-se o projeto *trackography.org*, que a partir do rastreamento dos dados compartilhados por provedores de serviço (principalmente veículos de comunicação), atesta o alto tráfego de dados pessoais pelo mundo. No Brasil, uma consulta à plataforma nos apresenta inúmeros países que comunicam dados a partir de uma simples visita ao site do portal de notícias oglobo.globo.com. Veja-se:

Figura 6 | Dados e percurso internacional

⁵³⁰ Posteriormente, foi celebrado um termo de ajustamento de conduta, com a cessação da conduta alegadamente *contra legem* praticada pela rede de farmácias.

⁵³¹ IRTI, Natalino. Biodireito, Tecnodireito e Geodireito. (Trad. de Alfredo Copetti Neto e Karam trindade). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. V. 2. 1171-1191. Jan/dez 2007. p. 1183.

⁵³² JOHNSON, David; POST, David. Law and borders: the rise of law in cyberspace. **Stanford Law Review**, v. 48, 1995. 1368-1402. p. 1367. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/220167130_Law_and_Borders_-_The_rise_of_law_in_Cyberspace. Acesso em 11 jan. 2021.



Fonte: Trackography.org.

Ainda, na sequência, a plataforma nos mostra as inúmeras empresas que podem ter acesso aos dados pessoais dos usuários para formatação de suas estratégias empresariais, a partir do acesso ao portal de notícias do jornal O Globo:

Figura 7 | Dados Jornal O Globo e percurso internacional

	National Laws	Profiling	Data Retention	Third Parties	Supports DNT
Microsoft					
Navegg					
Facebook	US	✓	?	✓	✗
Adobe	US	✓	?	✓	✗
Twitter	US	✓	37d	✓	✓
cXense	Norway	✗	?	✓	✗
comScore	US	✓	?	✗	✗
Google	US	✓	?	✓	✗
Admotion					
Visual Revenue	US	✓	?	✓	✗

Fonte: Trackography.org.

Note-se a maioria das empresas que acessam os dados executam estratégias de perfilização – centrais para o desenvolvimento das práticas de *marketing analytics*.

E mais. No contexto da América Latina, quase a totalidade do trânsito de dados passa pelos Estados Unidos. Somente em 2013 foi inaugurado um caminho digital binacional entre Uruguai e Brasil, considerado o primeiro passo para implantação de um anel óptico sul-americano, conectando os países do continente entre si e com Europa e África⁵³³.

Vê-se, assim, uma dissolução considerável dos limites territoriais. As “tecnologias estão globalmente disponíveis e as infraestruturas comunicacionais, assim, como os canais de distribuição operadas com tecnologia digital, estão organizadas em nível transnacional e muitas vezes em escala global”⁵³⁴.

Isto, por si só, dificulta a aplicação eficaz do Direito, vez que:

As infraestruturas e os fluxos comunicacionais, bem como os serviços, atingem, na maioria dos casos, áreas ou territórios com organizações econômicas e políticas diferentes, com culturas jurídicas diferentes, e também com atitudes diferentes para com a pertinência e a possibilidade de interferências regulatórias. Essa heterogeneidade faz com que mesmo onde exista direito aplicável para lidar com possíveis problemas no ordenamento jurídico de cada nação, não se verifica uma efetividade do direito posto pelo Estado. O direito resulta sem efetividade porque as empresas têm possibilidades consideráveis de evitar interferências regulatórias das quais também fazem uso⁵³⁵.

Todos estes elementos sugerem uma urgente necessidade de revisão dos institutos e instrumentos utilizados pelo direito da regulação, bem como dos seus pressupostos centrais, como, por exemplo, seu caráter unilateral, autoritário, de imposição e condução de um determinado mercado.⁵³⁶

4.1.1 Análise de impacto regulatório

A despeito das naturais falhas existentes no direito da regulação, não se defende, por certo o seu abandono. A privacidade, como visto, é um bem jurídico, e o uso e manipulação irresponsável de dados pessoais pode repercutir – e têm repercutido – em danos sistêmicos à personalidade do indivíduo e à própria manutenção das democracias. As lacunas existentes na legislação brasileira, bem como seu caráter de destaque individualista (assegura

⁵³³ ASSANGE, Julian. **Cypherpunks: liberdade e o futuro da internet**. Tradução Cristina Yamagami. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 20.

⁵³⁴ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital [tradução Luis Marcos Sander]. **Revista AJURIS**. Porto Alegre. v. 46. n. 146. Jun/2019. p. 536.

⁵³⁵ NEMITZ, Paul. Constitutional Democracy and Technology in the Age of Artificial Intelligence. Royal Society Philosophical Transactions. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3234336>. Apud HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital (tradução Luis Marcos Sander). **Revista AJURIS**. Porto Alegre. v. 46, n. 146. p. 529-553. p. 537.

⁵³⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 16.

direitos individuais, mas pouco se preocupa com a sua efetividade prática, sob a ótica coletiva), exigem a construção de uma estrutura administrativa regulatória, flexível e dinâmica, que dialogue com o setor privado de forma cooperativa.

Neste cenário, uma das ferramentas recentemente importadas pelo legislador brasileiro (o modelo foi originalmente desenvolvido no Reino Unido e, depois, na Holanda⁵³⁷), é a chamada análise de impacto regulatório (AIR), uma tendência da OCDE⁵³⁸, que, no Brasil, encontra-se disposta na Lei 13.879/2019 – popularmente conhecida como Lei da Liberdade Econômica, por reavivar um espírito *pro libertatem*, de estímulo à autonomia privada e redução da interferência estatal nas relações privadas. Frise-se, aqui, da exposição de motivos da Lei no tocante à necessidade de uma calibragem cuidadosa ao ato estatal de regular:

Tendo o 108º pior desempenho na carga regulatória do mundo, conforme o Índice de Competividade Global, o Brasil não consegue atualizar, no mesmo passo com que a tecnologia avança, as normas que visavam, originalmente, proteger a sociedade contra riscos que já foram superados, mesmo quando isso está claro na prática internacional.

Para esses casos, cria-se um instrumento para que se afastem os efeitos desse tipo de regulação, dentro de condições muito específicas, garantindo que os brasileiros não fiquem para trás quanto ao avanço econômico e tecnológico no mundo. A presente proposta versa também sobre o ambiente regulatório sob dois prismas. Primeiramente, no art. 4º, se estabelecem requisitos objetivos, agora previstos em lei, que visam garantir que o exercício regulador pelo Estado, conforme determina o art. 174 da Constituição Federal, não atuará em sentido contrário ao da liberdade econômica.

No aperfeiçoamento de normas, estabelece-se a obrigatoriedade de, quando alcançados determinados critérios, a edição de uma regulação que limitar a liberdade do cidadão será precedida por Análise de Impacto Regulatório, que consiste em um processo sistemático baseado em evidências, que busca avaliar, a partir da definição de um problema, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos.

O AIR, como mecanismo disposto no capítulo IV da Lei, impõe, em breves linhas, uma exigência à administração pública de estudo prévio quando da edição e alteração de atos normativos. Seu espírito circunda uma obrigação de adoção de atos preparatórios para a tomada da decisão pelo órgão regulador, baseando-se na coleta de informações, consultas técnicas e cotejo sistemático de possíveis ou reais efeitos das medidas regulatórias pretendidas, com minucioso sopesamento entre riscos, oportunidades, custos (diretos ou

⁵³⁷ PONTO, Antonio José Maristrello; GAROUPA, Nuno; GUERRA, Sérgio. Análise de Impacto Regulatório: dimensões econômicas de sua aplicação. *EALR*, V. 10, n° 2, p. 173-190, Mai-Ago, 2019. p. 175.

⁵³⁸ Em 1980 eram três países utilizando o AIR. Em 2000, ao revés, 50% dos países membros da OCDE assumiram o uso da ferramenta de controle, transparência e efetividade do ato de regular.

reflexos) e benefícios efetivos decorrentes do ato de regular.⁵³⁹ É, assim, “uma análise prévia da proporcionalidade da regulação, com a necessária participação dos administrados, em linha com o consequencialista artigo 20, recentemente instituído na LINDB”⁵⁴⁰, cuja redação dispõe: “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

O AIR, além de assegurar uma melhor ponderação pelas autoridades regulatórias dos interesses e riscos envolvidos, propicia uma maior probabilidade de aceitação dos destinatários das decisões administrativas tomadas, conferindo, também, maior assertividade na relação entre regulador, regulados e beneficiários da regulação⁵⁴¹.

Veja-se: se a regulação se ampara na existência de falhas de mercado, o AIR se fundamenta nas falhas de regulação (sumarizadas no item antecedente), entendidas como atos e regulamentos administrativos inaptos para promoção do fim perseguido pelo ordenamento, que, ao fim, produzem efeitos sistêmicos inesperados ou custos sociais superiores aos benefícios da medida.⁵⁴²

Tem-se, assim, nesta ferramenta um método decisório que objetiva corrigir (ou ao menos aparar) a regulação estatal verticalizada (i) reduzindo e/ou superando a assimetria de informações existente entre reguladores e agentes econômicos; (ii) trazendo maior transparência, responsividade e controlabilidade social (*accountability*) nos processos de regulação; (iii) maximizando os benefícios da interferência estatal, de modo a alcançar maior eficiência⁵⁴³ e (iv) impedindo que o regulador se esconda por meio de valores jurídicos abstratos, crenças e preconceitos ou vieses populistas.⁵⁴⁴

⁵³⁹ BINENBOJM, Gustavo. Análise de impacto regulatório. In NETO, Floriano Peixoto Marques; RODRIGUES JR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. São Paulo: RT, 2019. p. 224.

⁵⁴⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de impacto regulatório na Lei da Liberdade Econômica. In SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. **Lei da Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2019. p. 372.

⁵⁴¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e análise de impacto regulatório. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014, 389-414. p. 402.

⁵⁴² BINENBOJM, Gustavo. Análise de impacto regulatório. In NETO, Floriano Peixoto Marques; RODRIGUES JR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. São Paulo: RT, 2019. p. 224.

⁵⁴³ BINENBOJM, Gustavo. Análise de impacto regulatório. In NETO, Floriano Peixoto Marques; RODRIGUES JR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. São Paulo: RT, 2019. p. 224.

⁵⁴⁴ BINENBOJM, Gustavo. Análise de impacto regulatório. In NETO, Floriano Peixoto Marques; RODRIGUES JR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. São Paulo: RT, 2019. p. 229.

Em verdade, para além destes benefícios possíveis, seu fundamento existencial está alicerçado no princípio da eficiência, no pluralismo jurídico e visão sistêmica do direito⁵⁴⁵, bem como na harmonização do mercado e fomento e preservação da iniciativa privada.

Mas como poderá a Administração Pública formatar o AIR, de maneira adequada, no exercício da sua atividade regulatória?

A resposta é usualmente reduzida em duas metodologias distintas. A primeira, chamada Análise de Custo-benefício (ACB), foi sistematizada, inicialmente, pelo Decreto 12.291 do Governo Reagan⁵⁴⁶ e determina o levantamento de todos os possíveis custos decorrentes da medida (para todos os atores envolvidos), para, na sequência, confrontar tais dados com os benefícios decorrentes. É fundado em uma métrica econômica. Os elementos (custos e benefícios), para a correta comparação, precisam ser monetizados, de modo a viabilizar a reflexão matemática acerca do quanto a sociedade está disposta a pagar para ter acesso a determinados benefícios, permitindo, deste modo, escolhas mais bem informadas.⁵⁴⁷

A quantificação destes custos e benefícios é o cerne da ACB e envolve o uso de conceitos econômicos em uma equação complexa, como custo de oportunidade, disposição a pagar, eficiência alocativa, avaliação de poder de mercado, externalidades, taxas e subsídios, tratamento dos efeitos inflacionários, efeitos de custos em benefícios e vice-versa. Todos esses fatores, de alguma forma, distorcem a relação entre custo marginal, preços praticados e a disposição a pagar da sociedade, que é uma métrica importante na mensuração dos benefícios avaliados⁵⁴⁸.

Não se ignora, aqui, as críticas doutrinárias acerca da incomensurabilidade de bens da vida. No entanto, o reconhecimento da impossibilidade de dimensionar, em números e coeficientes econômicos, alguns bens jurídicos não impede que eles possuam numerários e precificação para fins de planejamento econômico de políticas públicas estatais. Até mesmo

⁵⁴⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e Análise de Impacto Regulatório. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, 173-203. Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de impacto regulatório na Lei da Liberdade Econômica. In SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. **Lei da Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2019. p. 373.

⁵⁴⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e análise de impacto regulatório. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014, 389-414. p. 404.

⁵⁴⁷ BINENBOJM, Gustavo. Análise de impacto regulatório. In NETO, Floriano Peixoto Marques; RODRIGUES JR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. São Paulo: RT, 2019. p. 227.

⁵⁴⁸ SOUSA, Renan Martins. A Análise de Impacto Regulatório (AIR) e o papel do Tribunal de Contas da União na avaliação da regulação setorial. **Revista do TCU**. Jan/Abr 2012. 102-113. p. 107.

em questões de mercado há o uso de componentes econômicos traduzindo bens vitais (como é o caso dos prêmios dos seguros-de-vida). Em verdade, em breves linhas,

“O fato de a vida e a saúde humana serem bens sagrados não nos permite ignorar que (i) a sua preservação importa custos; (ii) que os recursos são escassos; (iii) que há, ainda, outras despesas muito importantes e que, por conseguinte, (iv) algumas escolhas trágicas serão necessariamente feitas. Não se trata de reduzir o valor de bens sagrados, mas de reconhecer que os recursos disponíveis para preservá-los não são infinitos, nem excluem outros interesses humanos”.⁵⁴⁹

Outro método conhecido é a Análise de Custo-efetividade (ACE), que foge da perspectiva aritmética custos *versus* benefícios para se amparar em um cálculo realizado entre custos das medidas alternativas e seus potenciais resultados, sem monetização destes últimos. Ainda que não consiga fugir de uma certa subjetividade, o ACE abre um leque mais bem conformado nas situações em que bens da vida estão diretamente envolvidos (como é o caso da privacidade, por exemplo)⁵⁵⁰.

Esta metodologia, noutras palavras, é marcada pela definição “prévia de metas regulatórias que devem ser implementadas pela forma menos custosa. Ao contrário da ACB, onde se discute os custos e benefícios da regulação, a ACE pressupõe a decisão prévia, legislativa ou administrativa, quanto aos resultados da regulação”⁵⁵¹. É, portanto, uma acepção que resolve o “como fazer” pelo ente regulador e está fundada em uma análise de custos, com a adoção da medida que alcança o benefício perseguido com menor gasto possível⁵⁵².

Seja por qualquer uma das duas vertentes propostas (e tantas outras mais existentes), é certo que a operacionalização do AIR deverá ser feita por meio de um estudo prévio e detalhado, que se debruça em algumas etapas: (i) identificação de um problema; (ii) verificação da existência ou não de instrumento regulatório hábil para a solução do impasse; (iii) se afirmativo, levantam-se alternativas regulatórias para o alcance do objetivo; (iv) das

⁵⁴⁹ BINENBOJM, Gustavo. Análise de impacto regulatório. In NETO, Floriano Peixoto Marques; RODRIGUES JR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. São Paulo: RT, 2019. p. 228.

⁵⁵⁰ BINENBOJM, Gustavo. Análise de impacto regulatório. In NETO, Floriano Peixoto Marques; RODRIGUES JR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. São Paulo: RT, 2019. p. 227.

⁵⁵¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e análise de impacto regulatório. **Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica**, 2014, 389-414. p. 405.

⁵⁵² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e análise de impacto regulatório. **Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica**, 2014, 389-414. p. 405.

alternativas enumeradas, observa-se qual delas irá trazer menor ônus aos administrados; e (v) ao fim, pondera-se os interesses para decidir pela implementação ou não do instrumento regulatório especificado.⁵⁵³

É claro que nem toda consequência é previsível. O exercício de prognose, proposto pelo AIR, tem falhas. Todavia, a sua ausência assegura maiores distorções na regulação estatal verticalizada⁵⁵⁴, abrindo maior espaço para atos normativos calçados no subjetivismo e descolados dos fins perseguidos pelo administrador e, por vezes, pelos beneficiários da regulação.

E isto é bastante emblemático na proteção de dados pessoais. A Lei, como visto, apresenta diversas garantias e direitos ao titular, no entanto, a densa subjetividade de inúmeros dos seus conceitos e as lacunas propositalmente deixadas pelo legislador exigem um exercício legiferante do Poder Público, sobretudo para garantir que a consagração de um direito não morra na frieza da Lei. Ou seja, a ANPD, como instância regulatória (mas não só) no tocante à proteção de dados, deve ancorar-se, para garantir a efetividade de uma regulação estatal tradicional, em estudos prévios minuciosos e aptos a dialogar com os administrados, sob pena de tornar o fim proposto pela norma, a proteção da privacidade digital, uma mera abstração ou, pior, representar um custo superior ao benefício instituído.

No entanto, sobre este aspecto, não se pode deixar de citar, por ora, uma certa descrença no AIR no contexto brasileiro.

Isto porque a engrenagem trazida pela Lei, apesar de invocar um importante avanço para o uso inteligente da regulação, representa ainda uma incógnita, ou, ao menos, uma incompletude.

A Lei da Liberdade Econômica, em severo estado de anticlímax à adequação do estado regulador, dispôs que a vigência da obrigatoriedade de elaboração do AIR será objeto de regulamento posterior. Ainda que a intenção do legislador fosse de imprimir uma maior maleabilidade ao instituto, retirando um tratamento pormenorizado em Lei, acabou-se, por fim, por retirar parte da sua eficácia, ou ao menos postergá-la para um futuro incerto.⁵⁵⁵

⁵⁵³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de impacto regulatório na Lei da Liberdade Econômica. In SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. **Lei da Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2019. p. 377.

⁵⁵⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de impacto regulatório na Lei da Liberdade Econômica. In SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. **Lei da Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2019. p. 372.

⁵⁵⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de impacto regulatório na Lei da Liberdade Econômica. In SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. **Lei da Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2019. p. 380.

Em outros termos, não se discute a necessidade de preenchimento das lacunas da LGPD pela ANPD, com um correto direcionamento do mercado. Contudo, há inegáveis riscos de criação de normas descoladas da realidade corrente, perniciosas e aptas a traduzir um mero custo financeiro novo para as empresas e, por vezes, até mesmo uma obrigação afastada da própria perspectiva e pretensão do titular dos dados. O AIR, como inovação legal, se conforta como uma interessante medida de eficiência para o exercício regulatório da ANPD, estando prevista no artigo 55-J, §2º da LGPD, e busca mitigar a influência dos inúmeros paradoxos da regulação expostos no tópico antecedente.

Porém, sabe-se que (i) sua formulação atual registra uma abstração, vez que a Lei não denotou a vigência da obrigatoriedade de elaboração do documento; e (ii) mesmo com estudos prévios detalhados, o restrito espaço de participação dos regulados nesta ferramenta podem obstaculizar um correto e adequado preenchimento das lacunas dispostas na Lei. Como visto, todos os segmentos de mercado ancoram-se, hoje, no uso de dados pessoais. Sem um eficaz espaço de diálogo com os diferentes atores, a atuação da ANPD (e de qualquer órgão regulador na temática) estará fadada, potencialmente, ao fracasso.

4.2 AUTORREGULAÇÃO: CONTRASTANDO O DIREITO REGULATÓRIO VERTICALIZADO

O tradicional contraste à regulação estatal é a chamada autorregulação, concebida como um mecanismo do setor privado de conformação que se estabelece “pela adesão e observância consensual de normas e padrões de atuação por agentes econômicos, com vistas a preservar as condições ideais de exploração de uma atividade econômica, sujeitando-se a mecanismos de incentivo, sanções premiais, censuras comportamentais ou exclusão associativa”⁵⁵⁶. Seu fundamento é sintetizado a partir de um poder dado ao regulado para se autoajustar, mediante esquemas organizatórios adequados, formatados “através de acordos estabelecidos por e entre as suas organizações associativas ou representativas”⁵⁵⁷.

Dito com outras palavras, é a concepção de que processos econômicos e sociais, apartados do estrito controle e origem estatal⁵⁵⁸, podem gerar normas concretas e aptas a

⁵⁵⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, v. 9, n. 33, p. 79-94, jan/mar 2011. p. 90.

⁵⁵⁷ MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 52.

⁵⁵⁸ “[...] el Estado está inmerso, en la actualidad, en un proceso de reformulación de sus presupuestos. Aparentemente, se trata de un proceso de crisis y debilitamiento del Estado, propiciado por la reducción de su soberanía, por el estancamiento de su volumen organizativo y, por ende, ámbitos en los que es posible su intervención directa, así como por la reducción de su capacidad de actuación, que se manifiesta, en numerosas

equilibrar determinados mercados⁵⁵⁹, por meio da “sujeição a normas impostas por uma entidade organizada e administrada pelos próprios agentes regulados, a qual é dotada de instrumentos regulatórios específicos”⁵⁶⁰.

No Brasil, dois exemplos práticos usualmente ilustram o modelo de autorregulação.

O primeiro deles é o CONAR, Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. O ajustamento da publicidade no Brasil foi inaugurado por um movimento do próprio setor privado, que, a despeito de reconhecer a necessidade de uma disciplina adequada para os anúncios comerciais, compreendia que a interferência estatal direta era potencialmente hábil a engessar a comunicação, as técnicas de marketing de persuasão e incorrer em práticas censórias.

Assim, já nos idos de 1978, o mercado publicitário brasileiro, alinhado a uma tendência regulatória mundial⁵⁶¹ – derivada sobretudo do modelo inglês –, aprovava o Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária, elaborado por meio das considerações e conclusões obtidas no III Congresso Brasileiro de Autorregulação. O documento, que contava com o respaldo teórico de juristas de destaque, como Pontes de Miranda⁵⁶²,

ocasiones, en el persistente déficit de ejecución de sus decisiones. Paralelamente, se observa un notable reforzamiento de la capacidad organizativa de la sociedad, un aumento de su capacidad de influencia sobre el Estado, así como una notable proliferación de manifestaciones autorregulativas que tienden a cubrir aquellos espacios dominados anteriormente por una intervención estatal o, simplemente, aquellas parcelas de interés público tradicionalmente libres de cualquier intervención. Ante esta tendencia, sin embargo, el Estado no permanece indiferente. Bajo un aparente retroceso en la intervención pública, la Administración se sitúa en una posición de atalaya de la autorregulación, al tiempo que el legislador se preocupa por regular los objetivos, los contenidos y los procedimientos necesarios para garantizar que aquélla sirva con efectividad a concretos fines públicos” (DARNACULLETA i GARDELLA, Maria Mercè. **Autorregulación y Derecho Público: La Autorregulación Regulada**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2005. p. 22. Disponível em: <https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/4787/tmdg.pdf?sequence=12&isAllowed=y>. Acesso 13 abril 2021).

⁵⁵⁹ FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. Autorregulação e Direito Global: os novos fenômenos jurídicos não-estatais. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. v. 35.2, jul./dez. 2015. 295-312. p. 305. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1518/1960>. Acesso 13 abril 2021.

⁵⁶⁰ SANTANNA, Luciano Portal. Autorregulação supervisionada pelo Estado: desenvolvimento de um sistema de correção para o mercado de corretagem de seguros, resseguros, capitalização e previdência complementar aberta. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 257, p. 183-211, maio/ago. 2011, p. 187.

⁵⁶¹ A autorregulamentação publicitária está presente nos seguintes países: Colômbia, Peru, Chile, Uruguai, Canadá, Estados Unidos, El Salvador, México, Áustria, Bélgica, República Tcheca, Bulgária, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Luxemburgo, Lituânia, Itália, Irlanda, Hungria, Holanda, Polônia, Portugal, Romênia, Eslovênia, Espanha, Suécia, Reino Unido, Turquia, Suíça, Austrália, Nova Zelândia, África do Sul, Índia, Singapura, Filipinas, Japão.

⁵⁶² Na feitura das leis, atente-se a que Senadores e Deputados foram escolhidos pelo Povo e, quando o presidente é eleito, se dá o mesmo. Se algum grupo do Povo quer lançar normas que resultaram da sua própria investigação dentro de si, tem-se de agradecer à auto-análise e ao auto-regulamento, que evita erros e ingerências suscetíveis de levar ofensas e sanções. Se o grupo é dos publicitários, mas ressalta a necessidade de se agradecer e tender à auto-regulamentação. Este é o meu parecer, Rio de Janeiro, 19.12.1979. (CORRÊA, Petrônio. Da Autoregulamentação Publicitária: lineamentos da sua introdução no Brasil. P. 45. *Apud*

pavimentou o caminho para a constituição e regularização do CONAR, um tribunal ético privado focalizado na análise e julgamento de anúncios comerciais, que, em agosto de 2019, atingiu a marca de 10 mil representações apreciadas. Apesar de celebrado sob a roupagem de uma entidade privada, não detendo, portanto, da típica coerção estatal, a modelagem autorregulatória deste mercado prosperou⁵⁶³, conquistando expressivo respeito e autoridade na matéria – o que garantiu, inclusive, aproximadamente 12 anos como a única fonte regulatória no tema de publicidade comercial no país.

O segundo modelo de autorregulação comumente citado na doutrina, que conta com maior sinergia e dependência do Poder Público, é aquele operado na Bolsa de Valores, através da atuação da BM&FBOVESPA – entidade de “natureza privada, tipicamente corporativa, que exerce funções de interesse público, com autêntico poder de polícia, na condição de órgão auxiliar da CVM e operando sob supervisão desta”.⁵⁶⁴

Em breves linhas, a CVM (Comissão de Valores Mobiliários, autarquia federal), pela dicção legal, propõe ao CMN (Conselho Monetário Nacional) normas gerais sobre o exercício do poder disciplinar das bolsas em “relação aos seus membros e aos valores mobiliários nelas negociados”, outorgando, por conseguinte, à BM&FBOVESPA um poder de fiscalizar “permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado”, às pessoas e valores que dele participam.⁵⁶⁵ A estrutura têm expressiva aceitação, sobretudo por garantir maior flexibilidade para alteração e edição de normas e fomentar, com maior assertividade, o *compliance* no mercado de capitais⁵⁶⁶.

No entanto, para o ciberespaço (relações estabelecidas em ambiente virtual), diferentemente dos moldes de conformação operadas na BOVESPA e no setor de publicidade, a autorregulação sempre esteve mais atrelada a um mero poder de disciplinar-

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense. 1996. p. 27)

⁵⁶³ Modelos de regulamentação: reflexões para um eficiente controle jurídico da publicidade no Brasil. Raquel Heck Mariano da Rocha. **Direito & Justiça**. v. 38, n. 2, p. 200-212, jul./dez. 2012. P. 203

⁵⁶⁴ ROCHA, Glauco da. Autorregulação e poder disciplinar das bolsas de valores, mercadorias e futuros. **Direito e Justiça**. Porto Alegre, v. 41. n. 2. 182-194. p. 186.

⁵⁶⁵ ROCHA, Glauco da. Autorregulação e poder disciplinar das bolsas de valores, mercadorias e futuros. **Direito e Justiça**. Porto Alegre, v. 41. n. 2. 182-194. p. 189.

⁵⁶⁶ ZANOTTA, Alexandre. **Regulação e auto-regulação no mercado de capitais brasileiro** [tese]. PUC/SP. p. 128. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/9113/1/Regulacao%20e%20Auto%20Regulacao%20no%20Mercado%20de%20Capitais%20Brasileiro.PDF>. Acesso em: 23 jun. 2021.

se⁵⁶⁷, concedido ao particular, do que com a exigência de uma estruturação associativa contratual entre os atores. Na declaração de independência do Cyberspace de 1996, de John Perry Barlow⁵⁶⁸, é possível depreender-se o embrião desta posição libertária para os ambientes virtuais, de desvinculação das normas de Direito e dos controles territoriais de soberania⁵⁶⁹ - um reduto semelhante ao ocorrido com a *Lex Mercatoria*⁵⁷⁰.

Isto porque entendeu-se, por muito tempo, que o espaço de liberdade promovido na internet somente poderia ser eficazmente construído se os próprios agentes (usuários e provedores de conteúdo e acesso) pudessem identificar e corrigir eventuais falhas e conflitos existentes no meio, seja a partir da “criação de um contrato social único para o ciberespaço, ou ainda pela simples aplicação de ferramentas tecnológicas, sem a necessidade de interferência governamental, quer legislativa, quer judicial”⁵⁷¹.

É uma aceção que também parte da noção de incapacidade absoluta de regulação⁵⁷² por meio de sentenças ou textos de Lei, mas, quando muito, pela própria

⁵⁶⁷ DARNACULLETA i GARDELLA, Maria Mercè. *Autorregulación y Derecho Público: La Autorregulación Regulada*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2005. p. 356. Disponível em: <https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/4787/tmdg.pdf?sequence=12&isAllowed=y>. Acesso 13 abril.

⁵⁶⁸ Também pela defesa do ciberlibertarianismo: JOHNSON, David; POST, David. Law and borders: the rise of law in cyberspace. *Stanford Law Review*, v. 48, 1995, p. 1368 -1402.

⁵⁶⁹ Governments derive their just powers from the consent of the governed. You have neither solicited nor received ours. We did not invite you. You do not know us, nor do you know our world. Cyberspace does not lie within your borders. Do not think that you can build it, as though it were a public construction project. You cannot. It is an act of nature and it grows itself through our collective actions. (BARLOW, John Perry. A Declaration of The Independence os Cyberspace. *DUKE LAW & TECHNOLOGY REVIEW*. Vol. 18. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1337&context=dltr>. Acesso 13 abril 2021)

⁵⁷⁰ “La lex mercatoria no sólo había sido esto porque regulaba las relaciones mercantiles, sino también y sobre todo porque era un derecho creado por los mercantes. Sus fuentes habían sido los estatutos de las corporaciones mercantiles, la jurisprudencia de las curie mercatorum, porque en ellas tenían sus sesiones los mercantes. Hoy se entiende de la misma forma, por lex mercatoria, un derecho creado por la clase empresarial, sin la mediación del poder legislativo de los Estados”. (GALGANO, Francesco. *La Globalización en el Espejo del Derecho*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2005. p. 65).

⁵⁷¹ LEONARDI, Marcel. *Fundamentos do Direito Digital*. São Paulo: RT, 2019. p. 24.

⁵⁷² No sólo las fronteras territoriales, sino también las fronteras técnicas, se alzan como un límite insalvable para la actuación estatal. En este caso, como mínimo, en un triple sentido. En primer lugar, los Estados no poseen el dominio directo de los conocimientos necesarios para establecer reglamentaciones y controles adecuados a las características técnicas de la red. En segundo lugar, el desfase de las normas de derecho positivo respecto las transformaciones sociales es, indudablemente, mucho más acusado en este terreno, cuya evolución tecnológica es especialmente dinámica. En tercer lugar, las características técnicas específicas de Internet, su estructura caótica, su carácter abierto y descentralizado, así como su configuración como un espacio de libertad, dificultan enormemente cualquier tipo de regulación y de control basados en estructuras jerárquicas y centralizadas¹⁹⁷. Por si estas dificultades no fueran pocas, cabe mencionar también, entre las limitaciones de los poderes públicos para regular el universo de Internet, la resistencia de los propios cibernautas a cualquier injerencia pública con vocación reguladora. Destacadamente en sus comienzos, Internet apareció como un espacio de libertad que parecía ilimitado. En este espacio se generó una ideología propia, basada en una cierta anarquía y en una confianza utópica en la posibilidad de crear, en el ciberespacio, una sociedad ideal completamente libre. (DARNACULLETA i GARDELLA, Maria Mercè. *Autorregulación y Derecho Público: La Autorregulación Regulada*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2005. p.

tecnologia empregada (como, por exemplo, as ferramentas de criptografia ou de bloqueio de cookies), principalmente em razão da independência destas ferramentas diante dos aspectos relacionados à territorialidade, bem como sua aptidão de alcançar eficácia para além dos desejos dos atores envolvidos⁵⁷³ (ou seja, não depende de comando humano para que haja atuação em *compliance*, a própria arquitetura do sistema, construída pelo agente privado, gera uma atuação em observância à conformação dos direitos envolvidos).

Para além disso, códigos de conduta, selos, certificados, políticas, padrões tecnológicos e arranjos contratuais, dotados de maleabilidade e capazes de facilmente se adaptarem à evolução tecnológica⁵⁷⁴ também compõe o arranjo usual de abrigo da defesa à autorregulação da Internet.

Uma das expressões ilustrativas deste cenário é a chamada “*uberización de la economía*”⁵⁷⁵, diagnosticada como uma nova modalidade de prática mercadológica, em que empresas atuam como intermediadores de determinadas relações negociais, podendo ditar as regras do jogo, criando suas próprias políticas de conformação, arbitrando conflitos entre as partes, gerindo os pagamentos e impondo sanções (castigos e recompensas baseadas em esquemas de reputação) – tudo isto sem interferência, em geral, das formas tradicionais de regulação estatal. São os casos, por exemplo, das empresas *Uber* (que nomeia o fenômeno), *Airbnb*, *Blablacar*⁵⁷⁶, dentre outras nascidas a partir do fortalecimento dos modelos de negócios do Vale do Silício.

Outro modelo que exemplifica o uso das ferramentas de regulação privada na internet é a ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) – organização privada que atua na coordenação do DNS (*Domain Name System*), ou seja, no gerenciamento dos nomes e números que servirão para identificar endereços virtuais⁵⁷⁷. Seu funcionamento,

354. Disponível em: <https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/4787/tmdg.pdf?sequence=12&isAllowed=y>. Acesso 13 abril).

⁵⁷³ ROSSETO, Guilherme; LISBOA, Roberto Senise. A tutela da privacidade no âmbito da internet: reflexões sobre a importância da criptografia. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 18. Ano 6.. 91-113. São Paulo: RT, jan-mar. 2019. p. 54.

⁵⁷⁴ BLACK, Júlia. Constitutuinalising sel-regulation. *The Modern Law Review*. V. 58. N. 1. Apud SOMBRA, Thiago Luis Santos. **Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 94.

⁵⁷⁵ TORTOLERO, Francisco; LUQUET, Etienne. La difícil regulación de internet. **Revista del Instituto de la Judicatura Federal**. 233-254. N. 48. Jul-dez/2019. p. 236.

⁵⁷⁶ TORTOLERO, Francisco; LUQUET, Etienne. La difícil regulación de internet. **Revista del Instituto de la Judicatura Federal**. 233-254. N. 48. Jul-dez/2019. p. 236.

⁵⁷⁷ DARNACULLETA i GARDELLA, Maria Mercè. **Autorregulación y Derecho Público: La Autorregulación Regulada**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2005. p. 357. Disponível em: <https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/4787/tmdg.pdf?sequence=12&isAllowed=y>. Acesso 13 abril 2021.

que viabiliza a própria e existência hoje da internet (todo site finalizado por “.com” está relacionado à gestão do referido ente privado), está baseado em uma rede contratual: a ICANN celebra contratos “com a *Verisign*, uma organização privada que atua como administradora de nomes de domínio e esta, por sua vez, celebra contratos com os administradores de domínio de cada país, numa clara demonstração de que o ordenamento estatal fica relativamente à margem de todo o processo”.⁵⁷⁸

No campo da proteção de dados, como expressão de um fenômeno quase que integralmente alicerçado hoje nas transações digitais e relações estabelecidas em rede, o cenário não diferiu. A autorregulação se firmou por décadas como o baluarte da expressão da liberdade promovida no câmbio e uso de dados pessoais, sendo compreendida como uma possibilidade de os próprios atores estabelecerem suas próprias regras do jogo (sobretudo as *Big Five* - *Google, Facebook, Microsoft, Amazon* e *Ebay*⁵⁷⁹). Era, em síntese, uma interpretação de que os dados pessoais não pertenceriam aos seus titulares, mas, sim, expressavam um poder econômico passível de apreensão pelas empresas de tecnologia para extração de inteligência empresarial.

Nos Estados Unidos, desde sempre se constatou uma inclinação de defesa mais acentuada da autorregulação da proteção de dados⁵⁸⁰, muito mais que em outras partes do globo. Sem uma Autoridade Nacional nos moldes europeus (e, mais recentemente, brasileiro), ou uma Lei Geral disciplinando a matéria, o sistema norte-americano possui algumas leis setoriais – como por exemplo o *Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA)*, o *Family Educational Rights and Privacy Act (FERPA)*, o *Child Online Protection Act (COPA)*, e outros.

Este é um modelo regulatório que apresenta uma abordagem bastante heterodoxa no que toca às limitações à proteção da privacidade digital. A despeito da compreensão de que os dados pessoais possuem, de fato, ligação com a privacidade, constata-se que a tutela, porém, dificilmente é autoaplicável ou diretamente exigível pelo titular em face daquele que coleta e trata os dados⁵⁸¹.

⁵⁷⁸ SOMBRA, Thiago Luis Santos. **Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 70.

⁵⁷⁹ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital [tradução Luis Marcos Sander]. **Revista AJURIS**. Porto Alegre. v. 46. n. 146. Jun/2019. p. 537.

⁵⁸⁰ LIMA, Cintia Rosa Pereira de. Autoridade Nacional de proteção de dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados. São Paulo: Almedina, 2020. p. 158.

⁵⁸¹ GUIDI, Guilherme Berti de Campos. Modelos regulatórios para proteção de dados. In BRANCO, Sérgio; TEFFÉ, Chira de. **Privacidade em perspectivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 98.

Assim, a norma de direito mais próxima do indivíduo é o contrato que rege a relação do usuário com a empresa que coleta e gerencia os seus dados. Talvez “por conta da alta estima em que tem a liberdade, o legislador pareceu deixar à liberdade das partes de contratar a definição do que é razoável e possível. O instituto central do modelo norte-americano pode ser apontado, pois, como o consentimento”, com o fundo contratual. Aqui,

*As condições e características desse consentimento variam de acordo com o setor de mercado e com a corte competente, mas é bastante claro que o consentimento possui, no contexto norte-americano, valor muito maior que aquele a ele atribuído nos demais modelos regulatórios, pois não se trata aqui de um consentimento informado, livre ou expresso, resultado da consideração do indivíduo sobre o que se pretende com seus dados e o sopesamento entre benefícios e malefícios. O consentimento, na tradição norte-americana, parece ter maior ligação com a venda de informações que com o estabelecimento de uma relação entre o usuário e o responsável pelo tratamento, dando-se ao contrato o tom de uma transação comercial, ao invés de uma cessão temporária de direitos sobre os dados em questão.*⁵⁸²

Neste sentido, um reforço que denota a inclinação americana para a proteção de dados sob uma ótica contratual, autorregulatória, mais ligada à autonomia das partes, pode ser extraído da *California Consumer Privacy Act*, de 2018⁵⁸³, que prevê expressamente a possibilidade de comercialização de dados pessoais entre empresas, inclusive com compensações financeiras (ou não) para os consumidores, titulares dos dados.

Toda esta estrutura autorregulatória, que muito dialoga com a cultura americana, no entanto, tende, gradativamente, a ruir – ou ao menos exigirá uma profunda adaptação, sob pena de fragilizar relações comerciais.

Explica-se.

A União Europeia desde anos 90 possui diretivas abrangentes de proteção para os dados pessoais (95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho), inclusive com a vedação de transferência de dados de cidadãos europeus para nações que não demonstram nível semelhante de proteção que aqueles instituídos em território europeu.

Para contornar este óbice, mantendo híidas as relações comerciais entre Europa e EUA, em meados dos anos 2000 foi celebrado um acordo internacional, nomeado *Safe Harbor*, que impôs, sob uma estrutura autorregulatória, a adoção de alguns princípios pelas empresas estadunidenses, quais sejam: (i) da informação; (ii) do consentimento/escolha; (iii)

⁵⁸² GUIDI, Guilherme Berti de Campos. Modelos regulatórios para proteção de dados. In BRANCO, Sérgio; TEFFÉ, Chira de. **Privacidade em perspectivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 99.

⁵⁸³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Califórnia Legislative Information. Disponível em: https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?division=3.&part=4.&lawCode=CIV&title=1.81.5. Acesso 13 abril 2021.

da transferência de dados a terceiros (que deve ser norteado pelos dois princípios antecedentes; (iv) da segurança; (v) da integridade (que denota que o dano pessoal deve ser adequado à finalidade do tratamento; (vi) do acesso; (vii) da vigilância obrigatória (traduzido como uma obrigação das empresas criarem mecanismos adequados para cumprir eficazmente o modelo regulatório de proteção de dados)⁵⁸⁴.

Vigente por 15 anos, no entanto, o tratado foi invalidado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, após a análise de uma reclamação apresentada pelo ativista austríaco Maximillian Schrems, que, após as revelações feitas por Snowden – de “*que os serviços de inteligência dos Estados Unidos (em particular a National Security Agency-NSA) utilizam programas para vigilância eletrônica massificada*”⁵⁸⁵ – entendia que o acordo celebrado entre americanos e europeus não oferecia proteção adequada aos dados pessoais de cidadãos. A queixa, quando submetida à Corte Europeia de Justiça, foi acatada, com a declaração de invalidade do “*Safe Harbor Agreement*”, em 2015.

O vazio normativo colocava as gigantes de tecnologia americanas, e empresas europeias que operavam com transmissão intercontinental de dados pessoais, em uma situação crítica, o que fez com que rapidamente Estados Unidos e Europa celebrassem um novo pacto, de estrutura semelhante ao anterior, chamado *EU-US Privacy Shield* e *Swiss-U.S. Privacy Shield*.

Ambos foram planeados pelo Departamento de Comércio dos EUA e pela Comissão Europeia e Administração Suíça, com vistas a disponibilizar às empresas ferramentas autorregulatórias para atender os requisitos de proteção de dados instituídos em solo europeu, superando os óbices reconhecidos no *Safe Harbor*, e viabilizando novamente, a transferência internacional de dados.

Embora ainda fosse voluntária a participação dos atores privados no novo programa, o compromisso assumido trazia, com maior rigidez, a obrigação de *compliance*. As organizações deveriam obter um certificado *US Department of Commerce*, bem como declarar publicamente o compromisso de adesão às balizas relacionadas pelo *Privacy Shield Framework Principles*. Com o ingresso no programa, se submeteriam à fiscalização da *Federal Trade Commission*, do *Department of Transportation* ou de qualquer outro organismo

⁵⁸⁴ LIMA, Cintia Rosa Pereira de. Autoridade Nacional de proteção de dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados. São Paulo: Almedina, 2020. p. 162.

⁵⁸⁵ REINALDO FILHO, Demócrito. A decisão da Corte Europeia que invalidou o acordo de transferência de dados pessoais. **Informática Jurídica**. Disponível em: <http://www.informatica-juridica.com/etiqueta/tribunal-de-justica-da-uniao-europeia/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

destinado a apurar a observância dos princípios e regras auto assumidos. O novo acordo, dotado de maior especificidade e rigorismo⁵⁸⁶, ainda trazia a possibilidade de imposição das sanções dispostas na *section 5* da *Federal Trade Commission*⁵⁸⁷ – reconhecidas como medidas de *private enforcement* a partir do *consent decree*, que podem ser traduzidas como a imposição de sanções decorrentes do descumprimento de códigos de conduta, códigos de ética e políticas de privacidade formulado pelas empresas.⁵⁸⁸

Recentemente, contudo, em julho de 2020, após nova reclamação apresentada pelo ativista Maximillian Schrems, o *Privacy Shield* também foi invalidado pela Corte de Justiça Europeia, por priorizar os interesses de segurança nacional dos Estados Unidos em detrimento de garantias fundamentais de proteção à privacidade.

Deste percurso recente, relacionado à nação de maior destaque à autonomia privada, depreende-se que o modelo autorregulatório, a despeito de funcionar com excelência em determinadas áreas, encontra forte oposição em matéria de regulação de dados pessoais.

Isto porque entende-se que o contrato, usual forma de disciplina do trânsito de dados entre usuário e empresas, não serve como substituto eficaz para a garantia de certos direitos abrangentes. Principalmente “em situações em que uma das partes é uma grande empresa e a outra um indivíduo que deseja usufruir de um serviço – ao qual não terá acesso caso não aceite o contrato – o usuário vê-se forçado a aceitar termos impostos pelo provedor”.⁵⁸⁹

Pesquisa realizada em 2017 por professores das Universidades de Michigan e de Connecticut, revelou que 74% dos usuários não leem as políticas de privacidade e os que o fazem gastam, em média, apenas 74 segundos nessa tarefa. Por este raciocínio, é certo que as empresas utilizam os dados da forma que lhes aprouver, como se fossem legítimas proprietárias, cedendo, gerindo, cruzando, vendendo dados... sem qualquer apreço à privacidade e outros danos decorrentes da prática⁵⁹⁰.

⁵⁸⁶ Verificar o quadro comparativo: IAPP. Disponível em: https://iapp.org/media/pdf/resource_center/Comparison-of-Privacy-Shield-and-the-Safe-Harbor.pdf. Acesso 13 abril 2021.

⁵⁸⁷ LIMA, Cintia Rosa Pereira de; PEROLI, Kelvin. **Direito digital: compliance**, regulação e governança. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 81-82.

⁵⁸⁸ SOMBRA, Thiago Luis Santos. **Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 100.

⁵⁸⁹ GUIDI, Guilherme Berti de Campos. Modelos regulatórios para proteção de dados. In BRANCO, Sérgio; TEFFÉ, Chira de. **Privacidade em perspectivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 99.

⁵⁹⁰ Belli, L., Schwartz, M., & Louzada, L. (2017). Selling your soul while negotiating the conditions: from notice and consent to data control by design. *Health Technology*. Apud MAGRANI, Eduardo; OLIVEIRA, Renan Medeiros de. *Big Data* somos nosotros: nuevas tecnologías y gerenciamento personal de datos. In CAVALLI, Olga; BELLI, Luca [coord]. **Gobernanza y regulaciones de Internet en América Latina**:

Ademais, considerando-se o oligopólio instituído no mercado de tecnologia e tráfego de dados, é compreensível a desconfiança de que a autorregulação seja inclinada para manutenção do status quo, qual seja, de uso irrestrito de dados pessoais para fins mercadológicos abusivos. O titular de dados, em um cenário de autorregulação, acaba sendo afastado dos processos decisórios, tendo pouco – senão nenhum – controle informacional.

O próprio escândalo da “*Cambridge Analytica*”, apontado como a virada de chave para o olhar estatal mais apurado sobre a proteção de dados, advogou pelo reconhecimento da insuficiência da autoconformação. Os códigos de conduta, políticas de privacidade e relações contratuais não foram eficazes para impedir o uso malicioso de informações pessoais para a manipulação eleitoral e interferência em processos democráticos. A dificuldade de constituição de uma entidade associativa regulatória⁵⁹¹ eficaz (apta a realizar uma fiscalização e nortear o uso dos dados pessoais nas empresas), também, obstaculiza a construção de um cenário harmônico neste mercado sem a interferência estatal.

Ou seja, a absoluta recusa à intromissão do Estado, supostamente destinada a conservar a internet como um espaço de exercício pleno das liberdades, além de deixar o ambiente virtual substancialmente livre para a estrita lógica de mercado, pode revelar uma faceta tão traiçoeira quanto à regulação verticalizada perniciosa⁵⁹², assimilando o uso de dados pessoais tão somente à uma visão econômica.

Para além disso, no cenário atual, a estrutura exclusivamente autorregulatória é obstaculizada por previsão legal. Após a aprovação da LGPD, a fiscalização do mercado (e também do próprio setor público), no que tange ao uso e manipulação de dados pessoais, é atribuída à Autoridade Nacional, conforme prevê o capítulo VIII, de modo que a estruturas de autoajuste, ainda que incentivadas pela Lei, não detém exclusividade em regulação no contexto brasileiro.

análisis sobre infraestructura, privacidad, ciberseguridad y evoluciones tecnológicas en honor de los diez años de la South School on Internet Governance. Rio de Janeiro, FGV, maio/2018. p. 327-350. p. 360. Disponível em: <http://eduardomagrani.com/wp-content/uploads/2018/09/Gobernanza-y-Regulaciones-de-Internet-en-Ame%CC%81rica-Latina-1.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

⁵⁹¹ Diferentemente do mercado da publicidade, onde o objeto da análise é singular – o conteúdo do comercial – a regulação de dados se assenta em projetos muito mais complexos, que são, por muitas vezes ocultados pelas empresas, seja por razões de segredo industrial, seja por malícia no uso e gerenciamento das informações.

⁵⁹² RODOTA, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 131.

4.3 DIREITO REGULATÓRIO RESPONSIVO: SUPORTE PARA OPERACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS

A percepção da incapacidade do direito regulatório convencional para algumas áreas e setores disruptivos da economia, anteriormente minudenciada, tem assegurado uma nova compreensão sobre o papel do Estado na condução e conformação dos mercados. Em verdade, é certo que hoje não se faz mais “suficiente pensar apenas na concepção já estabelecida de um “Estado Regulador” como uma organização jurídico-institucional marcada pela atuação independente de órgãos setoriais”⁵⁹³, mas, sim, como uma engrenagem multifocal, dinâmica e participativa sobre os processos de ajuste, dando menor destaque às relações e ferramentas de natureza puramente verticalizada, autoritárias e inflexíveis.

Isto porque a influência do Estado pode ocorrer de formas muito diversificadas, por exemplo, “na forma de normas ou estímulos comportamentais, por meio do estabelecimento de estruturas – como as de natureza corporativa –, pela viabilização e apoio de sistemas funcionais da sociedade, como o mercado”⁵⁹⁴, ou pela integração responsiva entre regulador e regulado. Esta multiplicidade de ferramentas se alicerça em uma necessidade proeminente de adaptar o direito administrativo “às novas exigências de um mundo globalizado e complexo, cujos interesses protegidos são, muitas das vezes, conflitantes entre si. Assim, o ato de regular, de efetivar o comando legal, perpassa uma alteração contextual, assentada na preocupação com planejamento, prestação de contas, transparência, participação dos atores regulados e instrumentos eficazes de controle pautados em resultado”⁵⁹⁵.

Em matéria de proteção de dados pessoais, como citado, uma intervenção estatal em moldes tradicionais, de simples comando e controle, por vezes se mostra perniciosa, trabalhando em sentido oposto ao perseguido pelo legislador, originando um legalismo sem sentido que ignora problemas sistêmicos⁵⁹⁶ e obstaculizando o desenvolvimento econômico.

⁵⁹³ FEIGELSON, Bruno; SILVA, Luiza Caldeira Leite. Regulação 4.0: o Sandbox Regulatório e o futuro da regulação. BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela. **Regulação 4.0**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 78.

⁵⁹⁴ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital [tradução Luis Marcos Sander]. **Revista AJURIS**. Porto Alegre. v. 46. n. 146. Jun/2019. p. 532.

⁵⁹⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e análise de impacto regulatório. **Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica**, 2014, 389-414. p. 393.

⁵⁹⁶ SILVA, João Marcelo Azevedo Marques Mello da. A regulação responsiva das telecomunicações: novos horizontes para o controle de obrigações pela ANATEL. **Revista Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 183-208, maio 2017. p. 202.

Ademais, a privacidade, como valor social, já não é a mesma da antiguidade e não pode ser conformada em uma mera lógica binária, alheia ao olhar contextual.

Noutras palavras, a despeito da importância da disciplina jurídica dos ambientes online, nem sempre a heterorregulação é necessária ou desejada: pelo contrário, é preciso cautela para evitar excessos regulatórios. Para desenvolver uma cultura empreendedora e favorecer o ciclo de vida dos negócios, é preciso, dentre outras medidas, estruturar um ambiente de regulação que proporcione segurança jurídica e fomenta o surgimento de novos atores, ao mesmo tempo que não dificulte a inovação⁵⁹⁷. Numa lógica estritamente punitivista, de rigorismo no preenchimento das lacunas da Lei e de aplicação dos capítulos sancionatórios, a LGPD (e por derradeiro a própria proteção de dados pessoais) estaria fadada ao insucesso.

Em outro vértice, a autorregulação, além de expressamente rechaçada no contexto brasileiro (há disciplina legal para proteção de dados, bem como a constituição de uma entidade pública de caráter regulador), também revela significativa insuficiência, sobretudo por assentar-se em uma percepção muito mais filiada à desregulação que ao fortalecimento de mecanismos de conformação associativa e de certificação privada.

Assim, diante destes polos antagônicos, indaga-se: como operacionalizar a proteção de dados pessoais, fugindo da acepção de mero exercício do direito de ação pelos titulares dos direitos (como ocorre com a defesa da privacidade em sua acepção originária, de interferências físicas em espaços de resguardo), mas também da rigidez e ingenuidade de uma disciplina regulatória descolada do contexto social? Como superar, ou ao menos mitigar, o congelamento do direito administrativo⁵⁹⁸?

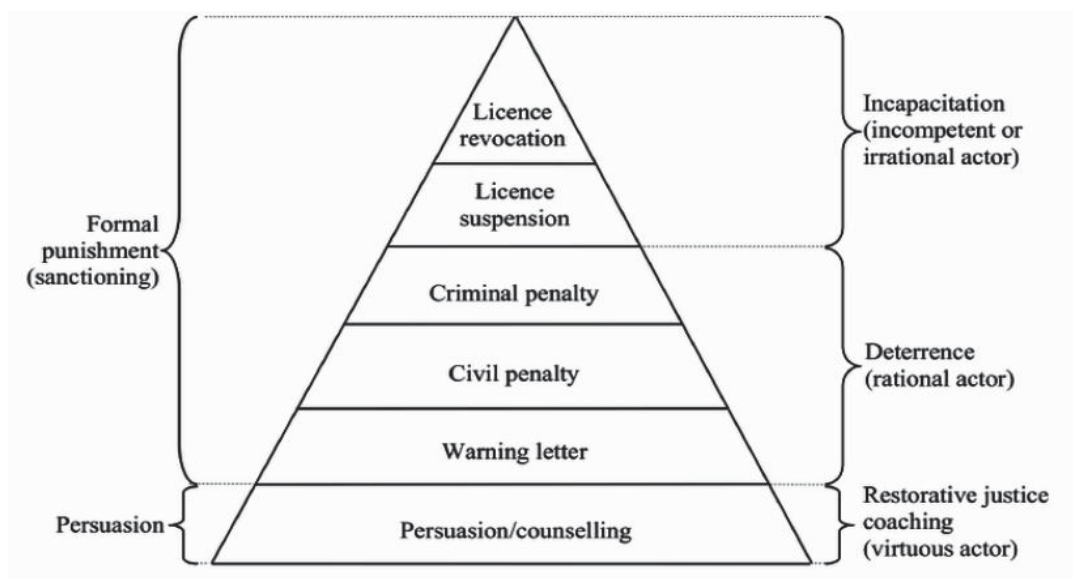
A resposta, sugere-se, é complexa e perpassa pela assimilação e implementação de uma teoria, que se afasta do debate entre regular ou desregular, denominada regulação responsiva.

⁵⁹⁷ LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70.

⁵⁹⁸ Fenômeno que descreve “a ausência de responsividade dos métodos jurídicos em face de resultados indesejáveis ou a novos problemas; o recurso dogmático a categorias, por vezes, atávicas, ou a princípios de alto nível de abstração, sem a perspectiva de respostas inovadoras: uma marginalização da capacidade do Direito de absorver inovações onde elas são necessárias; a ausência de terreno fértil para o florescimento de novas soluções nas estruturas jurídicas existentes” (TOSTA, André Ribeiro. O congelamento do Direito Administrativo: o judicialismo e a ausência de responsividade da Administração Pública. BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela. **Regulação 4.0**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 56).

Oriunda de estudos nascidos na década de 70⁵⁹⁹, mas comumente vinculada às pesquisas de Ayres e Braithwaite, de 1992, esta modalidade regulatória se desdobra a partir de um percurso em degraus de intervenção estatal, em um processo de sinergia entre punição e persuasão⁶⁰⁰, com base de fundo colaborativo⁶⁰¹ e diálogo constante entre regulado e regulador⁶⁰² – conforme ilustrado pela figura abaixo:

Figura 8 | Pirâmide regulatória responsiva



Fonte: IDEC.ORG.

Na base piramidal, segundo a teoria, encontram-se as técnicas de persuasão e, progressivamente, à medida da resistência dos regulados, ocorre a escalada em níveis da pirâmide, em direção ao topo – onde há o degrau mais alto de intervenção estatal.⁶⁰³

A base de autorregulação, mais ampla e que dá suporte ao restante da estrutura, se justifica ante a maior probabilidade de atingimento dos escopos da política de regulação quando estabelecida uma dinâmica persuasiva apta a atribuir aos regulados maior

⁵⁹⁹ MELO FILHO, Marconi Araní. Da regulação responsiva à regulação inteligente: uma análise crítica do desenho regulatório do setor ferroviário de cargas no Brasil. **Revista do Direito Setorial e Regulatório**, v. 6, n. 1, p. 144-163, maio 2020. p. 150.

⁶⁰⁰ LACERDA, Natalio de Melo; THOMAS, Patrick Thadeu. Teoria responsiva da regulação em situações de crises hídricas: uma análise a partir da atuação da Agência Nacional de Águas na crise do Rio Pardo. **Revista do Direito Setorial e Regulatório**, v. 5, n. 2, 1-26, outubro 2019. p. 9.

⁶⁰¹ BRAITHWAITE, John. The essence of responsive regulation. **UBC Law Review**, v. 44:3, p. 475-520, 2011. p. 475.

⁶⁰² BRAITHWAITE, John. The essence of responsive regulation. **UBC Law Review**, v. 44:3, p. 475-520, 2011. p. 483.

⁶⁰³ LACERDA, Natalio de Melo; THOMAS, Patrick Thadeu. Teoria responsiva da regulação em situações de crises hídricas: uma análise a partir da atuação da Agência Nacional de Águas na crise do Rio Pardo. **Revista do Direito Setorial e Regulatório**, v. 5, n. 2, 1-26, outubro 2019. p. 10.

discrecionalidade e responsabilidade no desenvolvimento e aplicação das suas estratégias próprias.⁶⁰⁴

Isto se justifica porque muitas das vezes a punição e a intervenção rigorosa não asseguram o alcance dos resultados, mas a conciliação e o diálogo sim, e com menor dispêndio de recursos. Em outros termos, a base da pirâmide não é só para perseverar um ambiente de não-dominação (de fortalecimento da livre iniciativa), mas também para economizar recursos públicos e garantir que o eventual controle coercitivo posterior seja mais bem compreendido e incorporado, vez que precedido de uma etapa dialógica, cooperativa.⁶⁰⁵

O alicerce da punição vem, assim, como segundo plano – é a mudança de um paradigma: a percepção do ator privado como virtuoso, digno de confiança. Este mecanismo acaba por mitigar o pensamento econômico do regulado sobre a pena, a ideia da punição compensando a infração à Lei ou, ainda, de fuga da intervenção estatal⁶⁰⁶ (traduzida na expressão “jogo de gato e rato” regulatório).⁶⁰⁷

No ponto intermediário de intervenção, por sua vez, observa-se a autorregulação imposta, ou correção, na qual os “agentes são compelidos a normatizarem um plano de atuação de acordo com as peculiaridades da firma, mediante ratificação pelo regulador”. É o caso, por exemplo, da Lei de Segurança da TI alemã, que estabelece obrigações de adoção de providências pelos entes privados para coibir crimes e sabotagem cibernética, a partir de padrões pré-aprovados pelo órgão federal.⁶⁰⁸

Por fim, no topo da pirâmide, com maior restrição, “situam-se as estratégias de comando e controle,”⁶⁰⁹ tradicionais no ato de regular e que expressam mero exercício do poder de coerção estatal. Frise-se, aqui, que a teoria não trata de uma simples regulação

⁶⁰⁴ LACERDA, Natalio de Melo; THOMAS, Patrick Thadeu. Teoria responsiva da regulação em situações de crises hídricas: uma análise a partir da atuação da Agência Nacional de Águas na crise do Rio Pardo. **Revista do Direito Setorial e Regulatório**, v. 5, n. 2, 1-26, outubro 2019. p. 11.

⁶⁰⁵ BRAITHWAITE, John. The essence of responsive regulation. **UBC Law Review**, v. 44:3, p. 475-520, 2011. p. 486.

⁶⁰⁶ BRAITHWAITE, John. The essence of responsive regulation. **UBC Law Review**, v. 44:3, p. 475-520, 2011. p. 489.

⁶⁰⁷ SILVA, João Marcelo Azevedo Marques Mello da. A regulação responsiva das telecomunicações: novos horizontes para o controle de obrigações pela ANATEL. **Revista Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 183-208, maio 2017. p. 202.

⁶⁰⁸ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital [tradução Luis Marcos Sander]. **Revista AJURIS**. Porto Alegre. v. 46. n. 146. Jun/2019. p. 545.

⁶⁰⁹ LACERDA, Natalio de Melo; THOMAS, Patrick Thadeu. Teoria responsiva da regulação em situações de crises hídricas: uma análise a partir da atuação da Agência Nacional de Águas na crise do Rio Pardo. **Revista do Direito Setorial e Regulatório**, v. 5, n. 2, 1-26, outubro 2019. p. 11.

como um processo progressivo de punições, mas de efetiva construção de regimes jurídicos progressivamente intervencionistas (autorregulação, com persuasão – correção – regulação verticalizada).⁶¹⁰

Para além desta escalada piramidal que alia persuasão e punição, a teoria se desdobra a partir do enlace com nove heurísticas, abaixo sintetizadas:⁶¹¹

- Pensar em contexto: não há forma estática de regulação ou teorias preconcebidas. O ato de regular é um processo e deve se comunicar com o momento, o mercado e a cultura daquele dado segmento;
- Fortalecer a comunicação: é necessário dar voz aos regulados e interessados, estimulando o compromisso de motivação para o autoajuste e orientando, de forma assertiva, o mercado. O diálogo constante é, em verdade, o ponto central para uma oportuna regulação responsiva;
- Persuasão: motivar os regulados por meio de benefícios e suportes, bem como apoiar a inovação do setor. O “elogio”, e outros mecanismos de incentivo, servem como uma modalidade de regulação;
- Fomentar o conteúdo pedagógico para alcance dos resultados perseguidos;
- Reforço à pirâmide regulatória: sinalizar com firmeza, mas afastado do tom ameaçador, a possibilidade de escalada da pirâmide regulatória de intervenção estatal, com penas graduais, que avançam e retrocedem conforme a resposta dada pelos envolvidos;
- Dinamismo: avaliar constantemente os resultados e custos envolvidos na atividade regulatória, apurando o conteúdo social envolvido;
- Estimular a responsabilidade ativa (responsabilidade pelo atingimento dos resultados perseguidos), e não o mero receio do uso da coerção;
- Envolver os atores que oferecem resistência; mostrando-lhes respeito, interpretando sua resistência como uma oportunidade de aprender como melhorar o desenho regulatório;
- Governança piramidal da rede: desenvolver redes mais amplas de parceiros na movimentação da pirâmide. Nesta ótica, a relação de ajuste não se dá apenas entre

⁶¹⁰ GOETTENAUER, Carlos. Regulação responsiva e a Política de Segurança Cibernética do Sistema Financeiro Nacional. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 131-146, maio 2019. p. 141.

⁶¹¹ BRAITHWAITE, John. The essence of responsive regulation. *UBC Law Review*, v. 44:3, p. 475-520, 2011. p. 476.

regulado e regulador, vez que terceiros estranhos à atividade tem espaço para intervir. É a camada do tripartismo, que convoca todos os interessados a participarem, dialogarem e pressionarem os agentes para a conformidade, facilitando também a ocorrência de mudanças culturais, em uma simbiose entre sociedade, regulado e regulador.⁶¹² No caso dos países em desenvolvimento, inclusive, a governança piramidal em rede deve ser pensada e adaptada como alternativa. A ausência de recursos suficientes para a atuação do Estado exige um maior destaque à autorregulação e correção, incentivando-se, até mesmo, atores privados para atuar no controle e incentivo ao autoajuste.

O grande benefício desta perspectiva de intervenção estatal, vê-se, é a redução de motivação externa como mote regulatório, normalmente associada à ameaça de sanções jurídicas como único fundamento para a atuação conforme a Lei.⁶¹³ Em verdade, a principal visão é reconhecer que os problemas são resolvidos, em geral, expandindo as capacidades gerenciais dos regulados, permitindo seu autoajuste.⁶¹⁴ Para isso, a “proximidade, o conhecimento do setor, a interação e a influência entre regulador e o ambiente regulado é o cenário desejado à construção do desenho” de intervenção⁶¹⁵. O *enforcement* punitivo, portanto, não é abandonado, mas utilizado como último mecanismo⁶¹⁶ – exatamente como recomenda a OCDE⁶¹⁷ desde 2012, baseada em princípios da regulação responsiva.⁶¹⁸

No Canadá, onde não há uma estrutura regulatória de proteção de dados nos moldes europeus (e brasileiros), o incentivo conciliatório e pedagógico é característica marcante –

⁶¹² LACERDA, Natalio de Melo; THOMAS, Patrick Thadeu. Teoria responsiva da regulação em situações de crises hídricas: uma análise a partir da atuação da Agência Nacional de Águas na crise do Rio Pardo. **Revista do Direito Setorial e Regulatório**, v. 5, n. 2, 1-26, outubro 2019. p. 12-13.

⁶¹³ GOETTENAUER, Carlos. Regulação responsiva e a Política de Segurança Cibernética do Sistema Financeiro Nacional. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 131-146, maio 2019. p. 135.

⁶¹⁴ BRAITHWAITE, John. The essence of responsive regulation. **UBC Law Review**, v. 44:3, p. 475-520, 2011. p. 480.

⁶¹⁵ MELO FILHO, Marconi Araní. Da regulação responsiva à regulação inteligente: uma análise crítica do desenho regulatório do setor ferroviário de cargas no Brasil. **Revista do Direito Setorial e Regulatório**, v. 6, n. 1, p. 144-163, maio 2020. p. 150.

⁶¹⁶ MELO FILHO, Marconi Araní. Da regulação responsiva à regulação inteligente: uma análise crítica do desenho regulatório do setor ferroviário de cargas no Brasil. **Revista do Direito Setorial e Regulatório**, v. 6, n. 1, p. 144-163, maio 2020. p. 151.

⁶¹⁷ Item 9/OCDE/2012: “Aplicar conforme apropriado, a avaliação de riscos, gestão de riscos e estratégias de comunicação de risco para a concepção e implementação das regulações para garantir que a regulação seja direcionada e efetiva. Os reguladores devem avaliar os efeitos da regulação e devem elaborar estratégias para implementação responsiva e enforcement”. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

⁶¹⁸ SILVA, João Marcelo Azevedo Marques Mello da. A regulação responsiva das telecomunicações: novos horizontes para o controle de obrigações pela ANATEL. **Revista Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 183-208, maio 2017. p. 204.

há um gatilho institucional que proporciona um ambiente que repudia a lógica punitivista. O PIPEDA (lei federal canadense que regula a coleta, o uso e a divulgação de informações pessoais no exercício de atividades comerciais) é operacionalizado por um ente estatal denominado OPC (*Office of Privacy Commissioner of Canada*).⁶¹⁹ O recurso às ouvidorias, ao contato constante e à realização de auditorias - em vez de um tribunal administrativo - possibilitou avanços significativos na formação cultural em privacidade naquele país, no avanço dos níveis de conformidade, no estímulo dos entes privados sujeitos à Lei, e, sobretudo, na construção de uma relação de confiança com o setor empresarial.

O Comissário canadense, a despeito de não possuir competência para aplicação de multas (tão comuns no direito regulatório brasileiro), tem uma série de ferramentas de fiscalização úteis para implementar e avançar a absorção do PIPEDA, tais quais⁶²⁰:

- Investigar reclamações e emitir relatórios com recomendações para as instituições do governo federal e organizações do setor privado, conforme o caso;
- Ajuizar ações judiciais perante os Tribunais Federais quando as questões permanecem sem solução extrajudicial;
- Avaliar o cumprimento das obrigações contidas em leis e no PIPEDA, por meio da realização de atividades de auditoria e revisão independente, relatando publicamente as descobertas, com apoio da imprensa;
- Fornecer análises jurídicas e políticas, bem como conhecimentos especializados para orientar a revisão do Parlamento sobre a legislação;
- Responder a indagações de parlamentares, cidadãos e organizações, tomando medidas proativas para informá-los sobre questões emergentes em matéria de privacidade;
- Promover a conscientização e conformidade pública e fomentar a compreensão dos direitos e obrigações por meio do envolvimento com instituições governamentais, associações, comunidade jurídica e acadêmica, e outras partes interessadas;
- Preparar e disseminar materiais de educação pública, contemplando a evolução de legislação, regulamentos e políticas, documentos de orientação e resultados de pesquisas;

⁶¹⁹ LIMA, Cintia Rosa Pereira de. Autoridade Nacional de proteção de dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados. São Paulo: Almedina, 2020. p.287.

⁶²⁰ HOULE, Francis; SOSSIN, Lorne. **Powers and Functions of the Ombudsman in the Personal Information Protection and Electronic Documents Act: An Effectiveness Study**. Ago/2010. Disponível em: https://www.priv.gc.ca/en/opc-actions-and-decisions/research/explore-privacy-research/2010/pipeda_h_s/#archived. Acesso em: 20 mar. 2021.

- Fornecer pareceres jurídicos e litigar em processos judiciais para promover a interpretação e aplicação das leis federais de proteção de dados;
- Monitorar tendências nas práticas de privacidade, identificar questões sistêmicas que precisam ser tratadas e promover a integração das melhores práticas; e
- Trabalhar com partes interessadas em privacidade de outras jurisdições no Canadá e no cenário internacional para tratar sobre assuntos globais que resultam em fluxos transfronteiriços de dados.

A natureza deste modelo é sintetizada por Jennifer Stoddart, que atuou como comissária canadense da proteção de dados entre os anos 2003 e 2013:

Deve-se ressaltar que a função do Ombuds não é simplesmente corretiva, mas transformadora por natureza. O objetivo é a resolução de reclamações individuais, mas é também o desenvolvimento de uma cultura duradoura de sensibilidade à privacidade entre as partes, por meio de seu envolvimento ativo e voluntário no processo. Para atingir esses objetivos, a atuação deve ser necessariamente flexível, participativa e individualizada em sua abordagem⁶²¹.

Ainda que não fundado em soluções propriamente responsivas, na medida em que ausente a perspectiva piramidal, a solução canadense encontrou alicerce em figuras de autoajuste diversas daquelas comumente encontradas no contexto brasileiro, onde o *enforcement* de confronto e a imposição unilateral de normas foram largamente utilizados⁶²², mas estão, gradativamente sendo revistos.

Um exemplo desta tendência, ainda embrionária no país, de alteração da forma de intervenção estatal, é o *sandbox* regulatório, uma ferramenta de *open regulation*, criada em 2015 no Reino Unido para o mercado financeiro, que denota novos instrumentos para o agir público, exponencializando o Direito a partir de uma acepção mais aberta e célere de solução às demandas sociais e econômicas.

⁶²¹HOULE, Francis; SOSSIN, Lorne. **Powers and Functions of the Ombudsman in the Personal Information Protection and Electronic Documents Act: An Effectiveness Study**. Ago/2010. Disponível em: https://www.priv.gc.ca/en/opc-actions-and-decisions/research/explore-privacy-research/2010/pipeda_h_s/#archived. Acesso em: 20 mar. 2021. p. 124.

⁶²² SILVA, João Marcelo Azevedo Marques Mello da. A regulação responsiva das telecomunicações: novos horizontes para o controle de obrigações pela ANATEL. **Revista Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 183-208, maio 2017. p. 186.

Sandbox (ou caixa-de-areia, numa tradução literal⁶²³) é uma expressão apropriada da computação e designa a criação de um espaço virtual, paralelo, que protege o restante do sistema enquanto programas testes são executados no ambiente instituído.⁶²⁴

Para o ambiente legal, esta concepção apenas institui um modo de endereçar novos modelos regulatórios, permitindo que empresas operem temporariamente com “descontos de intervenção” e menor fiscalização, de modo a estimular a adoção de novos produtos e serviços e facilitar a compreensão destes novos negócios sob a perspectiva estatal (a ideia é “estimular a experimentação para que o regulador possa acompanhar de perto as inovações e avaliar o impacto que terão na experiência do usuário, o quanto isso facilita a vida das pessoas e, em contrapartida, os riscos reais decorrentes da sua implementação”).⁶²⁵

Tais descontos regulatórios se materializam a partir de dispensas de observância de determinadas normas temporariamente pelo regulado, pela concessão de um regime de registro especial ou pelo afastamento das sanções no exercício das atividades empresariais. Neste contexto, haveria benefícios tanto para o regulado (que poderá gozar de um regime especial para desenvolver suas atividades sem incorrer em infrações regulatórias), quanto para o regulador (que passa a ter um contato mais próximo e assertivo com as empresas, melhorando sua curva de aprendizado a respeito dos negócios e transpondo-o, eventualmente, para uma futura normatização).⁶²⁶

Este sistema, que ilustra novas formas de conceber o ato de regular, em um processo mais dialógico, já foi adotado em inúmeras jurisdições, como Canadá, Reino Unido, Holanda, Abu Dhabi, Hong Kong, Malásia, Singapura e Austrália⁶²⁷. Em Londres, inclusive, há um projeto de implementação de *sandbox* para a regulação de proteção de dados

⁶²³ COUTINHO FILHO, Augusto. Regulação sandbox como instrumento regulatório no mercado de capitais: principais características e prática internacional. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 5, n. 2, p. 264-282, 2018. p. 266.

⁶²⁴ FEIGELSON, Bruno; SILVA, Luiza Caldeira Leite. Regulação 4.0: o Sandbox Regulatório e o futuro da regulação. BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela. **Regulação 4.0**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 79.

⁶²⁵ FEIGELSON, Bruno; SILVA, Luiza Caldeira Leite. Regulação 4.0: o Sandbox Regulatório e o futuro da regulação. BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela. **Regulação 4.0**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 80.

⁶²⁶ COUTINHO FILHO, Augusto. Regulação sandbox como instrumento regulatório no mercado de capitais: principais características e prática internacional. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 5, n. 2, p. 264-282, 2018. p. 269.

⁶²⁷ COUTINHO FILHO, Augusto. Regulação sandbox como instrumento regulatório no mercado de capitais: principais características e prática internacional. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 5, n. 2, p. 264-282, 2018. p. 267.

pessoais⁶²⁸. No Brasil, ganhou contornos a partir das resoluções CMN⁶²⁹ n. 4.865 e BCB⁶³⁰ n. 29, que entraram em vigor em 1º de dezembro de 2020, além das tendências de implementação já comunicadas pela presidência da ANEEL⁶³¹.

Mas não é só. A ANATEL, nos últimos anos, por meio da sua área técnica, elaborou um trabalho de reforma das normas de telecomunicações⁶³², dispondo expressamente de ferramentas de regulação responsiva, com uso da pirâmide gradual de intervenção, modelagens de sanções premiais (selos às operadoras) e maior participação dos regulados na adequação setorial, sobretudo a respeito dos índices de universalização e controle de qualidade dos serviços ofertados.⁶³³ A título exemplificativo, em 2020 foi celebrado o primeiro termo de ajustamento de condutas da ANATEL, com a empresa TIM, prevendo compromissos de obrigação de fazer focalizados no fortalecimento da infraestrutura de telecomunicações e aprimoramento dos serviços ao consumidor⁶³⁴ – ou seja, pautando-se em atos de menor destaque punitivista, de mera redução da atividade regulatória à aplicação de multas.

No mesmo sentido, a ANEEL, em 2019, após oito anos de discussão, concluiu a revisão nos procedimentos e critérios de aplicação de penalidades aos agentes do setor elétrico. As novas práticas de fiscalização, baseadas nos conceitos de regulação responsiva, estão reunidas na Resolução Normativa nº 846, publicada em 11 de junho daquele ano⁶³⁵. A ANAC, também, alinhada ao seu plano estratégico 2020-2026 “lançou o Projeto Prioritário Regulação Responsiva.” com “objetivo de buscar alternativas para o modelo de regulação adotado hoje pela ANAC, de modo a torná-lo mais responsivo e menos prescritivo”⁶³⁶.

⁶²⁸ ICO. ICO selects first participants for data protection Sandbox. 2019. Disponível em: <https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/news-and-blogs/2019/07/ico-selects-first-participants-for-data-protection-sandbox/>. Acesso 17 jun. 2021.

⁶²⁹ Conselho Monetário Nacional.

⁶³⁰ Banco Central do Brasil.

⁶³¹ Conforme revelado pelo diretor da ANEEL, Sandoval de Araújo Feitosa Neto, no Webinar promovido pela FGV/RJ em 17.05.2021.

⁶³² Conforme disposto no informe n. 62/2016/SEI/PRRE/SPR, nos autos do expediente administrativo n. 53500.006207/2015-16.

⁶³³ SILVA, João Marcelo Azevedo Marques Mello da. A regulação responsiva das telecomunicações: novos horizontes para o controle de obrigações pela ANATEL. **Revista Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 183-208, maio 2017. p. 202.

⁶³⁴ ANATEL. Termo de ajustamento de condutas 01/2020. Disponível em: https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?cEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO7CJ1Sc5Nt2NuNVLkFnaPKprilXK6aDawUYS2BTNdh4r4hMJfFBho1J978dHtSqeswWIHgB5f87ote9eCG0XYpf. Acesso em: 20 mar. 2021.

⁶³⁵ SINAGÊNCIAS. Disponível em: <https://www.sinagencias.org.br/aneel/regulacao-fiscalizacao-responsiva-e-um-avanco-na-regulacao-do-setor-eletrico-dizem-agentes/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

⁶³⁶ ANAC. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/hotsites/regulacao-responsiva>. Acesso em: 20 mar. 2021.

Vê-se, assim, uma paulatina alteração dos alicerces que fundaram o direito da regulação no país, com o reconhecimento da incapacidade e ineficácia de modelos de intervenção rígidos, rigorosos e meramente impostos unilateralmente pelo Estado, muitas das vezes descolados do foco de resolução de problemas sistêmicos. O uso de ferramentas responsivas, com participação de agentes privados de função certificadora, aliadas com a estruturação da análise de impacto regulatório (AIR) – recentemente instituída no ordenamento brasileiro –, desenharam uma arquitetura que melhor se comunica com diversos setores, principalmente com a regulação da proteção de dados pessoais, cujas dificuldades, assinaladas anteriormente, revelam a impossibilidade de recurso à mera reprodução de técnicas de comando e controle, ou do simplista debate “*regular versus desregular*”.

Neste tocante, como já citado, riscos de engessamentos da inovação, com severo impacto econômico ao país, incapacidade de fiscalização eficaz diante da multiplicidade quase infinita de atores submetidos à regulação de proteção de dados, bem como a ausência de uma cultura de proteção à privacidade digital reforçam as sugestões de uso de um direito regulatório responsivo e contextual, orientado para o caráter transformador, e não somente corretivo, punitivo e legalista.

Repisa-se: caixas de ferramentas dispondo somente de técnicas binárias de comando e controle, com elevado recurso às sanções administrativas, estão potencialmente fadadas ao insucesso. É aquilo que se chama de “moderna regulação”, onde a ação estatal não se dá “exclusivamente pela prática de atos de força ou pela interdição da exploração de uma atividade à iniciativa privada”⁶³⁷, mas, sim, pela utilização de mecanismos diversos de incentivo ao agir virtuoso, desde que voltada para “alterar o comportamento dos agentes econômicos (produtores, distribuidores, consumidores) em relação ao que eles teriam se não houvesse a regulação, isto é, se houvesse apenas as regras de mercado”.⁶³⁸

A ANATEL, desde a sua criação, aplicou cerca de 66 mil multas às operadoras, somando bilhões de reais, mas arrecadou tão somente 10% dos valores⁶³⁹. A sacralização da sanção pecuniária dificilmente alcança a finalidade perseguida pelo Estado: é preciso fomentar e perseverar um cenário de diálogo, cooperação e flexibilidade, elevando a relação entre regulado e regulador para além do seu caráter conflitivo.

⁶³⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 85-93, jun. 2009. p. 89.

⁶³⁸ MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 36.

⁶³⁹ Conforme revelado pelo presidente da ANATEL, Leonardo Euler de Moraes, no Webinar promovido pela FGV/RJ em 17.05.2021.

Para alcançar estas finalidades, além da abertura legal, é necessária uma atitude proativa do ente estatal, de estímulo para a convergência em direção à melhoria do serviço e observância dos direitos dos consumidores/cidadãos, com maior uso, pelo regulador, das ferramentas de persuasão, de obrigação de fazer e dos termos de ajustamento de condutas.

Inclusive, para a temática de proteção de dados pessoais há um certo bônus, um facilitador para o autoajuste. Isto porque, diferentemente de algumas outras áreas da regulação, o desrespeito e uso abusivo das informações pessoais é potencialmente apto a causar estragos reputacionais nas companhias. O incidente de 2013 da Target, rede varejista americana, gerou uma queda de 54% na avaliação da imagem da empresa pelos consumidores – ocorrência que se manteve relativamente estável mesmo passados cinco anos. Algo similar aconteceu com a Uber, que em 2018 experimentou uma queda no nível de avaliação dos consumidores – época em que episódios significativos de vazamento de dados ocorreram⁶⁴⁰.

Por esta razão, é que as empresas podem ser – e possivelmente serão – estimuladas pela ANPD para compreender a proteção de dados pessoais como algo relevante para além da ótica regulatória⁶⁴¹, mas como matéria-prima para obtenção de vantagens competitivas. A título ilustrativo, o banco Itaú, recentemente, diante da necessidade de adequação das suas atividades às disposições da LGPD, elaborou uma expressiva campanha publicitária de conscientização sobre a importância dos dados dos seus clientes, bem como destacou as ferramentas de segurança implementadas no cotidiano da companhia:

Figura 9 | Publicidade Itaú

⁶⁴⁰ HOSPELHORN, Sarah. Analyzing Company Reputation After a Data Breach. **VARONIS**. 2020. Disponível em: www.varonis.com/blog/company-reputation-after-a-data-breach. Acesso em: 20 mar. 2021.

⁶⁴¹ GUIDI, Guilherme Berti de Campos. Modelos regulatórios para proteção de dados. In BRANCO, Sérgio; TEFFÉ, Chira de. **Privacidade em perspectivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.



Fonte: Facebook Itaú (2021).

O encorajamento à compreensão do tema como um bônus, e não somente como ônus, permite não só uma maior aderência dos regulados à regulação, mas, gradativamente, aprimora a própria consciência e pressão coletiva sobre o assunto. O uso da persuasão, defendida pela teoria responsiva, revela uma arquitetura adequada para a cultura de proteção de dados e garantia à segurança jurídica. A necessidade de complementação das lacunas da LGPD, bem como a imprescindibilidade de estruturação de um órgão estatal para fomento à proteção da privacidade digital no Brasil, não pode servir de muleta para o uso indiscriminado e autoritário da coerção.

Mais que reforçar uma ingênua defesa à autodeterminação informativa, em tempos de digitalização das relações humanas e multiplicidade quase infinita de bancos de dados, ou apenas inserir direitos e obrigações na Lei, é necessário fortalecer a cultura de proteção da privacidade digital sob uma ótica sistêmica, com controle e fiscalização sobre as situações e práticas empresariais que efetivamente geram danos ao cidadão – como no uso indiscriminado de informações sensíveis, no vazamento expressivo de dados, na manipulação eleitoral e na discriminação e fomento à marginalização de grupos.

Noutras palavras, mais que encaixar a coleta dos dados pessoais em uma das 10 hipóteses dispostas na LGPD, é preciso que o regulador compreenda e atue para promover um ambiente funcional de desburocratização e de estímulo ao agir virtuoso, focalizado no exato sentido do interesse público e nas particularidades setoriais. Se o consentimento do titular é uma ficção e o monitoramento estatal eficaz uma utopia, torna-se necessário

robustecer as ferramentas de autorregulação e corregulação, mas sem cair em um discurso simplista liberal.

A teoria do direito regulatório responsivo, assim, aliando ferramentas persuasivas, punitivas, de estímulo de atores privados aptos a auxiliar na conformação, pode ser apresentada como uma notável proposta para operacionalização cirúrgica da LGPD, sobretudo considerando-se as mazelas, as deficiências estruturais, o baixo risco de detecção de infrações e a insuficiência de recursos dos órgãos de controle do país – que exigem uma nova forma de pensar a instrumentalizar a regulação.

4.3.1 A natureza da Lei Geral de Proteção de Dados: gatilhos para estruturação do direito regulatório responsivo?

Como visto, a teoria responsiva somente pode ser avaliada na prática, no cotidiano, nas relações estabelecidas e nas normativas e orientações expedidas pela entidade competente. No entanto, é a partir da base legal que serve de sustentáculo à regulação que os alicerces para a cultura responsiva devem ser extraídos. Ou seja, é na Lei Geral de Proteção de Dados que os fundamentos e gatilhos para operacionalização desta nova proposta regulatória devem estar arquitetados.

Em primeiro, com relação às bases da pirâmide, de apreço à autorregulação e corregulação, é nítido o tímido destaque dado pela LGPD. Ainda que diante de uma feição principiológica, com maior campo e liberdade para atuação e interpretação das normas pelo ente privado, há poucas ferramentas de persuasão para o incentivo à conformidade e cultura de proteção da privacidade digital, sobretudo a partir de governança piramidal da rede.

Enquanto a legislação europeia dispõe, em inúmeros artigos, de especificações e garantias que fomentam a certificação privada e a adoção de selos de boas-práticas, a LGPD somente menciona o uso destes meios para os casos de transferência internacional de dados – e, ainda, de forma lacônica⁶⁴².

⁶⁴²Note-se, inclusive, que até mesmo nestas hipóteses há a atribuição de uma intervenção desmedida da ANPD no ambiente privado. O capítulo V da Lei, que disciplina a transferência transfronteiriça de dados, e prevê em seu artigo 35 que “a definição do conteúdo de cláusulas-padrão contratuais, bem como a verificação de cláusulas contratuais específicas para uma determinada transferência, normas corporativas globais ou selos, certificados e códigos de conduta, [...] será realizada pela autoridade nacional”. Ou seja, mesmo quando incentivada a adoção de ferramentas privadas de autoajuste, há uma concomitante despropositada interferência do agente estatal, que obstaculiza a expansão da base piramidal proposta.

O quadro comparativo abaixo evidencia que a despeito da usual afirmação de inspiração da LGPD no modelo europeu, há divergências severas de incentivos à autorregulação e correção entre as duas legislações. Sublinhe-se:

Tabela 6 | Comparativo de incentivos à correção e autorregulação entre GDPR e LGPD

GDPR	Considerando n. 100: A fim de reforçar a transparência e o cumprimento do presente regulamento, deverá ser encorajada a criação de procedimentos de certificação e selos e marcas de proteção de dados, que permitam aos titulares avaliar rapidamente o nível de proteção de dados proporcionado pelos produtos e serviços em causa.
	Com bastante similaridade, os artigos 24º, §3º, 25º, §3º e 32º, §3º dispõem: O cumprimento de códigos de conduta aprovados conforme referido no artigo 40.o ou de procedimentos de certificação aprovados conforme referido no artigo 42.o pode ser utilizada como elemento para demonstrar o cumprimento das obrigações do responsável pelo tratamento.
	Art. 42, §1º: Os Estados-Membros, as autoridades de controle, o Comitê e a Comissão promovem, em especial ao nível da União, a criação de procedimentos de certificação em matéria de proteção de dados, bem como selos e marcas de proteção de dados, para efeitos de comprovação da conformidade das operações de tratamento de responsáveis pelo tratamento e subcontratantes com o presente regulamento. Serão tidas em conta as necessidades específicas das micro, pequenas e médias empresas.
	Art. 43, §1º: Sem prejuízo das atribuições e poderes da autoridade de controle competente nos termos dos artigos 57.o e 58.o, um organismo de certificação que tenha um nível adequado de competência em matéria de proteção de dados emite e renova a certificação, após informar a autoridade de controle para que esta possa exercer as suas competências nos termos do artigo 58.o, n.o 2, alínea h), sempre que necessário.
	Art. 43, §5º: Os organismos de certificação a que se refere o n.o 1 fornecem às autoridades de controle competentes os motivos que levaram à concessão ou revogação da certificação solicitada. 6. Os requisitos referidos no n.o 3 do presente artigo, e os critérios referidos no artigo 42.o, n.o 5, são publicados pela autoridade de controle sob uma forma facilmente acessível. As autoridades de controle também comunicam estes requisitos e estas informações ao Comitê. O Comitê recolhe todos os procedimentos de certificação e selos de proteção de dados aprovados num registo e disponibiliza-os ao público por todos os meios adequados.

LGPD	Art. 34, § 3º: A autoridade nacional poderá designar organismos de certificação para a realização do previsto no caput deste artigo, que permanecerão sob sua fiscalização nos termos definidos em regulamento. § 4º Os atos realizados por organismo de certificação poderão ser revistos pela autoridade nacional e, caso em desconformidade com esta Lei, submetidos a revisão ou anulados.
	Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais. § 3º As regras de boas práticas e de governança deverão ser publicadas e atualizadas periodicamente e poderão ser reconhecidas e divulgadas pela autoridade nacional.

A diferença é expressiva: a legislação europeia dispõe de um capítulo exclusivo para disciplinar e assegurar o uso dos meios de certificação privada, enquanto a LGPD somente cita lateralmente o tema, sem apresentar garantias de reconhecimento da modalidade de autoajuste.

Apesar deste cenário, de acanhamento no papel de protagonismo sugerido aos instrumentos privados de persuasão, não se pode ignorar uma recente movimentação de órgãos tradicionais de certificação autorregulatória para instituir mecanismos de ajuste confiáveis em matéria de proteção de dados no país. A ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) lançou, no fim de 2019, a NBR ISO/IEC 27701, que dispõe sobre gestão da privacidade da informação, com foco nos requisitos específicos de um Sistema de Gestão da Privacidade da Informação e observância das diretrizes dispostas na GDPR e LGPD⁶⁴³.

O impasse, no entanto, é como o setor empresarial brasileiro irá recepcionar estes instrumentos de certificação, e também os órgãos reguladores, na medida em que, como visto, ao contrário do previsto na Lei europeia, a LGPD é silente, de modo que se faz necessário um trabalho hermenêutico da ANPD para o reconhecimento, estímulo e legitimação da engenharia de boas práticas.

⁶⁴³ FARIAS JUNIOR, Ariosto. ABNT NBR ISO/IEC 27701. **Boletim ABNT**, set/out. 2019. Disponível em: http://www.abnt.org.br/images/Docspdf/Artigos/Artigo_27701.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

Além disso, outra disposição que também revela um tom ainda incipiente de responsividade regulatória da LGPD está previsto no artigo 52, §1º, VIII. Os programas de *compliance*⁶⁴⁴, que integraram o sistema jurídico brasileiro na última década, sobretudo para coibir práticas de corrupção empresarial, foram tratados na LGPD apenas como critério minorante para a dosimetria de aplicação de sanções (art. 52, VIII, IV).

Deste modo, mesmo quando revelado algum encorajamento ao autoajuste, este se baseia em feições largamente punitivistas. Levando-se em consideração o alto custo envolvido⁶⁴⁵ na estruturação dos comitês de conformidade empresarial, tem-se que o uso deste mecanismo apenas como minorante de penas é insuficiente, pouco persuasivo. Ainda que a Lei ressalte, em seu artigo 50, §3º, que “as regras de boas práticas e de governança [...] poderão ser reconhecidas e divulgadas pela autoridade nacional” é certa a necessidade de um detalhamento mais aprofundado para a operacionalização deste estímulo.

O adequado, sugere-se, seria ocupar-se, em maiores minúcias e com maiores garantias, dos códigos de boa prática para além do âmbito da punição, mas viabilizando a sua utilização como fator de vantagem competitiva pelos regulados, por meio da concessão de selos de boas práticas periódicos, estímulos premiais, publicidade elogiosa, campanhas de incentivo, e até mesmo através de benefícios fiscais⁶⁴⁶.

Com este cenário, de impulso e envolvimento, há uma maior aderência social com a regulação, o que faz com que outros mecanismos não governamentais de auxílio à conformidade surjam, como, por exemplo, o *MyData*, uma associação finlandesa, de alcance global, que opera um recurso tecnológico interoperável que:

⁶⁴⁴ Refere-se “ao conjunto de ações a serem adotadas no ambiente corporativo para que se reforce a anuência da empresa à legislação vigente, de modo a prevenir o imediato retorno ao contexto de normalidade e legalidade” (FRAZÃO, Ana. Programas de compliance e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por ilícitos administrativos. In ROSSETTI, Maristela Abla; PITTA, André Grunspun. **Governança corporativa: avanços e retrocessos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 42).

⁶⁴⁵ Para os programas de conformidade da LGPD os “custos, no Brasil, podem alcançar uma média de 700 (setecentos) mil reais ao ano, considerando-se o salário de DPO, a assinatura de softwares como o Varonis ou Tripwire, e outros funcionários, como advogados. Em empresas de médio porte, consonante com a natureza do negócio, será necessário estabelecer uma equipe ou ao menos um funcionário especializado, deste modo o investimento anual pode atingir cerca de 300 (trezentos) mil reais, considerando o salário de um DPO ou a contratação de uma empresa terceirizada que cumprirá com as obrigações estabelecidas na lei”. (SILVA, Marcela Paola Moreno Borges da; BUZZO JUNIOR, Osny; REUSING, Luciana. O custo da proteção de dados. **GEDAI**. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/o-custo-da-protecao-de-dados-conhecendo-a-gdpr-e-a-lgpd-na-pratica/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

⁶⁴⁶ Abordando a temática acerca da possível aplicação de créditos PIS e COFINS em razão da implementação dos programas de conformidade, veja-se: **JOTA**, Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/lgpd-como-insumo-do-compliance-ao-aproveitamento-de-creditos-de-pis-e-cofins-23032021>. Acesso em: 28 mar. 2021.

refere-se 1) a uma nova abordagem, uma mudança de paradigma no gerenciamento e processamento de dados pessoais que busca transformar a organização atual centrada nos sistemas num sistema centrado no ser humano, 2) aos dados pessoais como um recurso que o indivíduo pode acessar e controlar. Os dados pessoais que não estejam sob o controle do indivíduo não podem ser chamados de MyData. O objetivo é proporcionar aos indivíduos meios práticos para acessar, obter e utilizar datasets contendo suas informações pessoais, tais como dados de compra, de tráfego, de telecomunicações, registros médicos, informações financeiras, e dados derivados de diversos serviços online, além de encorajar as organizações que detêm os dados a dar aos indivíduos o controle sobre esses, para além dos padrões legais mínimos. [...] A abordagem MyData fornece às organizações os meios práticos para implementar a proteção de dados e da privacidade no decorrer de análises de big data e traz aos indivíduos transparência sobre como seus dados estão sendo coletados e processados. Sem abordar a perspectiva humana, muitos dos potenciais usos inovadores do big data podem se tornar impossíveis se os indivíduos os considerarem invasivos, duvidosos e inaceitáveis. A abordagem MyData adota o movimento filosófico ‘Dados Abertos’ no sentido de que proporcionar acesso a informações em um formato livre e transparente aumenta sua utilidade e valor. Por definição, dados abertos são tecnicamente e legalmente livres para que qualquer um use, reuse e distribua. Similarmente, dados coletados sobre uma pessoa atenderão ao critério MyData se estiverem técnica e legalmente disponíveis para uso, reuso e distribuição pelo indivíduo do modo que ele desejar.⁶⁴⁷

Dito de outro modo, o *MyData* (dentre outras soluções tecnológicas semelhantes) apresenta uma alternativa para gestão informatizada do consentimento, trazendo o titular dos dados para o centro de controle e comando das operações e viabilizando o diálogo e transação ordenada das informações entre indivíduos e setor privado. Este mecanismo, que demonstra uma articulação inteligente e apta a complementar a instrumentalização da LGPD, necessita, para efetividade, de estímulo e reconhecimento de legitimidade pelos órgãos reguladores, sob pena de ser inócuo, exatamente como ocorre com certificação ABNT/ISO, anteriormente citada.

Por outro lado, mais atinente à correção, há um realce mais acentuado conferido pela Lei. São inúmeros artigos que frisam uma obrigação do controlador de dados de instituir meios de conformidade, auditáveis pela Autoridade Nacional, tais como, exemplificativamente:

- Art. 12, § 3º prevê que a “autoridade nacional poderá dispor sobre padrões e técnicas utilizados em processos de anonimização e realizar verificações acerca de sua segurança, ouvido o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais”.

⁶⁴⁷ POIKOLA, Antti; KUIKKANIEMI, Kai; HONKO, Harri. MyData – Um modelo nórdico para gestão e processamento de dados pessoais centrado no ser humano. FGV, Rio de Janeiro. Disponível em: https://internet-governance.fgv.br/sites/internet-governance.fgv.br/files/publicacoes/selection_novo.pdf. Acesso em: 17 jun. 2021.

- Art. 20, § 2º, com relação ao uso de decisões automatizadas, dispõe a Lei que em caso de não oferecimento das informações ao titular com justificativa na observância de segredo comercial e industrial, “a autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais”.
- Art. 38 apresenta o Relatório de Impacto (RIPD), documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco. Nele, é dada à autoridade uma melhor assimilação e fiscalização dos mecanismos implementados pelas empresas que coletam e gerenciam dados pessoais.
- Art. 46 determina que “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”. Assegurando à autoridade nacional dispor sobre padrões técnicos mínimos, “*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*”.
- Art. 50, § 3º, já citado, diz que “as regras de boas práticas e de governança deverão ser publicadas e atualizadas periodicamente e poderão ser reconhecidas e divulgadas pela autoridade nacional”.

Todos estes dispositivos revelam, em maior ou menor escala, formas de intervenção moderada do ente regulador no ator privado, denotando uma preocupação em não obstaculizar a flexibilidade na adoção e formulação das estratégias próprias para a proteção de dados pessoais. Estas ferramentas são essenciais sobretudo por conta da presença de atores multissetoriais submetidos à mesma autoridade regulatória – a ANPD. Outorgar ao particular um espaço de autoajuste, sem nulificar a presença e dever fiscalizatório do ente estatal, dilata a responsividade da regulação, principalmente se, ao corregular, técnicas menos punitivas forem implementadas, tais como os termos de ajustamento de condutas, previstos no art. 55-J, XVII da LGDP.

Em segundo, com relação ao topo da pirâmide, não são necessárias maiores digressões. A maioria das disposições da Lei conduz para técnicas de comando e controle e

ameaças de intervenção incisiva do Estado no agente infrator. Há, certamente, diversas matrizes para limitar ações punitivas do Estado – como os critérios de gradação da pena, a previsão de minorantes, a inevitabilidade de aplicação das penas mais leves antes da imposição da suspensão do funcionamento do banco de dados ou da proibição do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.

Contudo, diferentemente do previsto na GDPR, onde há expressamente inúmeras menções à necessidade de observância dos adjetivos “*efetiva, proporcionada e dissuasiva*” para aplicação de penalidades, na LGPD a preocupação está mais centrada na fundamentação dada para a sanção e na tentativa de estabelecer uma “mínima intervenção” (art. 55-J, §1º), e não na busca de um real alcance de efetividade na consagração do direito perseguido pela norma.

Por fim, acerca do envolvimento dos interessados no ato de regular, a LGPD dispõe (i) no artigo 53, a obrigação de formular consulta pública para a definição das metodologias de cálculo de aplicação de sanções pecuniárias; e (ii) no artigo 55-J, o dever da ANPD de estruturar campanhas de conscientização e políticas sociais, bem como a indispensabilidade de editar regulamentos e normas somente após precedidos de consulta e audiência públicas, bem como elaborar análises de impacto regulatório, e, ainda, o dever de ouvir os agentes de tratamento e a sociedade em matérias de interesse relevante, prestando contas sobre as atividades e planejamento realizados.

Também neste tocante, com relação ao Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, disposto no art. 58-A da Lei, nota-se uma preocupação em inserir diferentes atores, relacionados a distintos segmentos e interesses, no auxílio à atuação para as competências da ANPD – o que anuncia um intuito participativo e menos discricionário fomentado pela norma.

A participação dos diversos agentes é, em verdade, central para a construção de uma cultura responsiva. A título exemplificativo, o Código de Proteção de Dados das companhias alemãs de seguros, que conta com expressiva aderência, foi elaborado em conjunto pela Confederação da Indústria de Seguros Alemã, autoridades nacionais e Central dos Consumidores – reforçando a simbiose entre todos os agentes envolvidos e interessados no ajuste.⁶⁴⁸

⁶⁴⁸ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital [tradução Luis Marcos Sander]. **Revista AJURIS**. Porto Alegre. v. 46. n. 146. Jun/2019. p. 545.

Inferese, assim, que a LGPD dispõe de bons gatilhos para operacionalizar⁶⁴⁹ uma cultura regulatória responsiva. A despeito da existência de falhas e lacunas expressivas no diploma legal, é notável que a ANPD, no exercício das suas competências, poderá conformar sua atuação sob uma ótica menos prescritiva, alicerçando-se em redes mais amplas de auxílio ao ajuste do mercado e assimilação da cultura de proteção à privacidade digital – desde que, certamente, estabeleça previamente regras claras de implementação da teoria, afastando o agir estatal de subjetivismo⁶⁵⁰.

Além do dever de defender os titulares de dados, é obrigação do órgão regulador proteger também o setor empresarial e equilibrar os interesses envolvidos, aliando-se a outras entidades governamentais afetas ao tema, inclusive com o Poder Judiciário, de modo a criar ferramentas para solução dos impasses associados à Lei com menor dispêndio de recursos privados ou públicos⁶⁵¹.

Só assim é que o agir estatal contará com menor resistência dos entes regulados e da própria sociedade, assegurando uma gradativa mudança cultural que reconheça a essencialidade da proteção de dados pessoais, sem cair em discursos simplistas proibitivos e/ou descolados da realidade contemporânea, onde já não se pode ignorar que “*data is the new oil of the digital economy*”.⁶⁵²

⁶⁴⁹ CARVALHO, Vinicius Marques; MATTIUZZO, Marcela; PONCE, Paulo Pedigoni. Boas práticas e governança na LGPD. In RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 386.

⁶⁵⁰ Destacam-se “alguns pontos que merecem estabelecimento de regras claras quando da implementação da teoria: as soluções consensuais que possam ser adotadas na base da pirâmide; a forma de negociação dessas soluções consensuais; o monitoramento dos compromissos assumidos; a frequência sobre adoção de soluções consensuais em relação a um mesmo tema ou a um mesmo agente regulado (admite infrações reiteradas?); as razões que justificam a escalada na pirâmide em busca de intervenções regulatórias mais onerosas; a gradação dos sancionamentos ao longo da pirâmide regulatória; a possibilidade de impugnar a decisão da agência reguladora de escalar a pirâmide; o grau de publicidade que será conferida às informações do processo; o nível de controle de terceiros; os prazos e competências; e a aplicação de precedentes” (CARNAES, Mariana. Breve reflexão sobre a regulação responsiva. **CONJUR**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-20/artx-publico-pragmatico-breve-reflexao-regulacao-responsiva>. Acesso: 23 jun. 2021).

⁶⁵¹ O uso de todas estas ferramentas responsivas, crê-se, têm o potencial de reduzir os riscos de judicialização em massa em temáticas de proteção de dados, principalmente considerando-se a controversa decisão da 3ª Turma do STJ no REsp 1758799/MG, de 2019, que considerou que a inobservância dos direitos e garantias associados à autodeterminação informativa geraria danos *in re ipsa* – aquele que prescinde de provas, é presumido. Assim, é certo que técnicas de resolução de reclamações individuais devem ser adotadas pela entidade, como, exemplificativamente, o portal consumidor.gov.

⁶⁵² Expressão de Clive Humby, um matemático de Sheffield que com sua esposa, Edwina Dunn, ganhou, em 2006, 90 milhões de libras esterlinas ajudando a Tesco com seu sistema Clubcard.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A personalidade humana foi digitalizada. Nossos anseios, medos, particularidades, hábitos e dados diversos passaram a integrar gigantescos arquivos *online*, que agilmente se cruzam e dialogam, na busca de conclusões preditivas e na perfilização dos indivíduos, assegurando, como visto, a construção de estratégias empresariais mais assertivas, com mitigação de riscos negociais.

Essa popularização da tecnologia e, por derradeiro, a virtualização das relações humanas nos imbricou com o mundo *online*. Tornou-se difícil separar o real e o digital. Danos e riscos decorrentes de uma vigilância irrestrita, que figuravam como meras conjecturas de obras de ficção científica, tornaram-se tangíveis.

Para o Direito, se por um lado não se pode ignorar os prejuízos potencialmente causados por este cenário, que superam a mera ruína da privacidade, por outro, tem-se como inócua a construção de barreiras legais rígidas e/ou meramente proibitivas, que, além de serem indesejadas pelo contexto social, terão pouco, senão nenhuma, aplicação prática.

Desde a dinamização do conteúdo agasalhado pelo direito à privacidade, que tentou neutralizar os prejuízos decorrentes do uso abusivo dos dados pessoais pelas organizações e entes públicos, até a elaboração de normativas mais específicas para o assunto, tornou-se elementar a necessidade de complementação da Lei a partir de uma atuação estatal diretiva e fiscalizatória, que se desvinculasse da mera entrega de um direito subjetivo aos cidadãos. Isto porque ainda que derivados de um radical comum (privacidade e proteção de dados pessoais), os danos decorrentes da gestão abusiva de *big data* possuem caráter sistêmico, coletivo, e exorbitam a simples violação ao espaço de solitude. São prejuízos que envolvem até mesmo questões patrimoniais e políticas – exigindo, portanto, soluções jurídicas diversas daquelas empregadas para obstar práticas de intromissão física nos espaços íntimos, comumente cometidas por órgãos de imprensa.

Estabeleceu-se, assim, a primeira premissa da pesquisa: a Lei, por si só, não é suficiente para alcançar, hoje, a proteção de dados pessoais. Outorgar ao cidadão o caminho do Poder Judiciário, como fizeram, essencialmente, o MCI e o CDC, não pareceu ser forma mais adequada para desestimular o mau uso dos dados pessoais pelas organizações.

Primeiramente, porque a autodeterminação informativa, doutrinariamente festejada como um mecanismo de retorno da “propriedade” do dado ao seu titular, não é apta e operativa para coibir excessos em um contexto de alimentação incessante e incontrolável de

big data. Considerando-se a extensa complexidade dos atores e processos envolvidos, é inegável a incapacidade de o titular exercer plenamente seu percurso volitivo e monitorar onde e de qual forma estão sendo utilizadas suas informações pessoais. Ainda, conforme revelaram pesquisas empíricas, a cessão de dados normalmente está atrelada a um benefício imediato (obtenção de um serviço, informação ou produto), e os eventuais prejuízos experimentados pelo titular são temporariamente distantes, incompreensíveis e dificilmente sopesados ao tempo do consentimento para coleta e tratamento.

Esta contradição é ainda acentuada a partir de dados estatísticos que revelaram que cerca de 70%⁶⁵³ das pessoas estão dispostas a receber descontos de um dólar em troca da permissão para provedores de internet coletar seus dados pessoais – o que indica a baixa consciência social ainda existente sobre essencialidade da matéria.

Em segundo, porque a morosidade e a burocracia inerentes à judicialização desincentivam o indivíduo a buscar seus direitos, sobretudo nestes casos, em que o dano é bastante abstrato, pouco palpável, e a situação geradora raramente conhecida ao tempo da violação – são situações que *carecem de cadáveres*⁶⁵⁴, dificilmente constatadas.

Em terceiro, porque é contraproducente destacar o Poder Judiciário como palco de discussões dessa natureza. Os riscos de uma enxurrada de ações individuais, sobretudo diante das possibilidades de reconhecimento de dano *moral in re ipsa* apenas em razão do uso de dados pessoais sem enquadramento legal específico acendem um alerta sobre novas formas de pensar o agir estatal. Como visto, defende-se que é a estrutura regulatória do Estado, quando efetiva e técnica, que assegurará uma gradativa consolidação da cultura de proteção aos dados pessoais no país – exatamente como antevê a LGPD, que, seguindo uma tendência global, criou a figura da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, órgão federal especializado, dotado de funções normativas, consultivas e judicantes.

Deste recorte, fixou-se, assim, a segunda premissa da pesquisa: é a função regulatória exercida pela ANPD que, direcionando o mercado, conciliando interesses conflitantes, complementando as lacunas e atualizando a hermenêutica da Lei, poderá alcançar uma melhor operacionalização e adesão da LGPD.

⁶⁵³ CRANOR, Lorrie Faith; MCDONALD, Aleecia M. Beliefs and Behaviours: internet users' understanding of behavioral advertising. Apud BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. São Paulo: Forense, 2019. p. 151.

⁶⁵⁴ SOLOVE, Daniel. **I've got nothing to hide and other misunderstandings**. San Diego Law Review, v. 44, 2007, p. 768.

Esta regulação, no entanto, especialmente por se comunicar com uma temática que envolve a quase totalidade das relações sociais do cotidiano, espalhadas em todos os segmentos do mercado, deve exigir uma conduta proativa do Estado, mas não figurar como uma prerrogativa exclusiva e impositiva – sob pena de, em caso contrário, delegar aos entes privados um cenário onde o risco de judicialização excessiva, baixa postura transformadora, elevada resistência às normativas e interferência estatal desmedida represente um óbice intransponível ao desenvolvimento econômico, e também à própria proteção à privacidade.

Por fim, conciliando sob uma estrutura piramidal de incentivos à autorregulação e correção, e aliando ferramentas de persuasão e punição, foi apresentada a teoria da regulação responsiva, que, implementada recentemente em setores regulados no Brasil, tem sido festejada como uma possível forma (i) de fomentar uma cultura cooperativa e dialógica no mercado, de atendimento ao interesse público sob uma ótica sistêmica, e não de mera punição às infrações; (ii) de redução da resistência dos regulados (e sociedade) às normas e interferências governamentais, atraindo terceiros, inclusive privados, para o ato de regular; e, ainda, (iii) de garantia de uma atuação mais incisiva apenas sobre as práticas empresariais que efetivamente geram danos ao cidadão – como, exemplificativamente, no uso indiscriminado de informações sensíveis, no vazamento expressivo de dados, na manipulação de massas e na discriminação e marginalização de grupos.

A proposta é complexa e exige um amadurecimento regulatório, mas não é uma utopia. Ainda que tenha pouquíssimo tempo de atuação, e uma estrutura bastante enxuta, o cenário regulatório de proteção de dados pessoais no Brasil tem demonstrado uma simpatia ao uso de instrumentos conciliatórios e flexíveis de cultura responsiva.

MPF, CADE, ANPD e Ministério da Justiça, em maio de 2021, apresentaram, em conjunto, uma carta de recomendações ao WhatsApp Inc. para que adie a implementação das novas regras de intercâmbio de dados dos seus usuários com outras empresas do grupo, como o Facebook⁶⁵⁵. Esta iniciativa⁶⁵⁶ dá o tom ao uso do aprendizado mútuo entre reguladores e regulado, arquitetando um horizonte possível para a absorção de um novo modo de regular e compreender as nuances envolvidas na proteção de dados pessoais –

⁶⁵⁵ Enquanto estudos mais aprofundados não forem feitos, com análise de possíveis riscos e oportunidades, recomendou-se a suspensão das alterações. Íntegra do documento disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/5/43DE2079943FE2_recomendacao-whatsapp.pdf. Acesso em: 20 maio 2021.

⁶⁵⁶ Outra iniciativa relevante foi a abertura de consulta pública sobre as normas de fiscalização da ANPD. No documento recentemente divulgado, que serve de base para o debate, há inúmeros elementos que denotam a pretensão de aplicação de um direito regulatório responsivo, com escalonamento nos níveis de intervenção.

exatamente como implementado nos mecanismos de *sandbox* regulatório, recentemente inaugurados no Reino Unido para a proteção da privacidade digital.

Aquilo “que é sussurrado no quarto será proclamado dos telhados”⁶⁵⁷, e não há nada que o Direito possa fazer para impedir. O que se espera, ao revés, são novos meios para assegurar uma cultura conciliatória e de assimilação dos riscos envolvidos no uso arbitrário e abusivo dos dados pessoais, sem se descuidar dos interesses econômicos envolvidos na gestão de *big data*. Não se pode perseverar na quimera de defesa de uma autodeterminação informativa irrestrita, no uso do Poder Judiciário para reprimir problemas sistêmicos, ou na utilização arbitrária da coerção estatal, sob uma lógica regulatória binária, sob pena de esvaziar a complexidade do tema (que tem conteúdo e relevância política) e reduzir a proteção de dados pessoais a um gravame legal, descolado dos reais anseios e preocupações da sociedade moderna.

⁶⁵⁷ WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. **Harvard Law Review**. vol. IV. n. 05. Dec/1890. Disponível em: <https://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A PÚBLICA. Como o Facebook está patenteando as suas emoções. Disponível em: <https://apublica.org/2019/07/como-o-facebook-esta-patenteando-as-suas-emocoes/#.XSY0UtZxdpc.linkedin>. Acesso 13 abril 2021.

ABEMD – Associação Brasileira de Marketing Direto. Disponível em: https://www.abemd.org.br/interno/DadosPessoais_ContribuicoesdasEntidades.pdf. Acesso 20 dez. 2020.

ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. Marco Civil da Internet – antecedentes, formulação colaborativa e resultados alcançados. In **ARTESE, Gustavo** [coord]. **Marco Civil da Internet: análise jurídica de uma perspectiva empresarial.** São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ALSHURA, Mohammad Saleem; ZABADI, Abdelrahim; ABUGHAZALEH, Mohammad. Big Data in Marketing Arena. Big Opportunity, Big Challenge, and Research Trends: An Integrated View. **Management and Economics Review.** v. 3, Issue 1, 2018.

ANAC. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/hotsites/regulacao-responsiva>. Acesso 13 abril 2021.

ANATEL. Termo de ajustamento de condutas 01/2020. Disponível em: https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO7CJ1Sc5Nt2NuNVLkFnaPKprilXK6aDawUYS2BTNdh4r4hMJfFBho1J978dHtSqeswWIHgB5f87ote9eCG0XYpf. Acesso 13 abril 2021.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de impacto regulatório na Lei da Liberdade Econômica. In **SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana.** **Lei da Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro.** São Paulo: RT, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada.** V. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ARTESE, Gustavo [coord]. **Marco Civil da Internet: análise jurídica de uma perspectiva empresarial.** São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Teoria Geral do Direito Civil.** Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1995.

ASSANGE, Julian. **Cypherpunks: liberdade e o futuro da internet.** Tradução Cristina Yamagami. São Paulo: Boitempo, 2013.

AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios.** São Paulo: Malheiros, 2003.

BAAKLINI, Abdo; REGO, Antonio Carlos Pojo do. O congresso e a política nacional de informática. **Revista Administração Pública.** Rio de Janeiro. v. 22. p. 87-105. abr/jun 1988. p. 91. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/9438/8492>. Acesso 13 abril 2021.

BALKIN, Jack M. Fixing Social Media's Grand Bargain. Hoover Working Group on National Security Technology, and Law. **Aegis Paper Series**. n. 1814, 2018.

BARBOSA, Fernanda Nunes. Informação e consumo. In MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti [coord]. **Direito Digital, Direito Privado e Internet**. Indaiatuba: Ed. Foco, 2019.

BARLOW, John Perry. A Declaration of The Independence os Cyberspace. DUKE LAW & TECHNOLOGY REVIEW. Vol. 18. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1337&context=dltr>. Acesso 13 abril 2021.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. CÉSAR. Marco Civil da Internet e Neutralidade da Rede: Aspectos Jurídicos e Tecnológicos. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. v. 12, n. 1 / 2007 p. 65-88.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BATHAEE, Yavar. The artificial intelligence black box and the failure of intent and causation. **Harvard Journal of Law & Technology**. V. 31, n. 2, Spring 2018.

BEDANTE, Gabriel. **Orientação para o marketink analytics**: antecedentes e impacto no desempenho do negócio. 2019. (Tese) Doutorado em Ciências. Programa de Pós-graduação em Administração. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-07052019-114234/publico/CorrigidoGabriel.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BELLMAN, Steven; JOHNSON, Eric; Lohse, Gerald. To Opt-In Or To Opt-Out? It Depends On The Question. **Communications of the ACM**. 2001. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/220425981_To_Opt-in_or_Opt-out_It_Depends_on_the_Question/link/00b49517edbe811b87000000/download.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In GRINOVER, Ada Pellegrini [et.al.]. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Código de Defesa do Consumidor Anotado**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BESSA, Leonardo Roscoe. Limites jurídicos dos bancos de dados de proteção ao crédito: tópicos específicos. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 44, p. 172-185, 2002.

BEZERRA, Juliana Guedes da Costa. **Bancos de dados de proteção ao crédito e o sistema de scoring**. 2014. 70 f. [Monografia] Bacharelado em Direito. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS. 2014.

BINENBOJM, Gustavo. Análise de impacto regulatório. In NETO, Floriano Peixoto Marques; RODRIGUES JR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. São Paulo: RT, 2019.

BIONI, Bruno. Legítimo interesse: aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional. In RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BLUM, Rita. O direito à privacidade e à proteção dos dados do consumidor. São Paulo: Almedina, 2018.

BOLDYREVA, Elena L; GRISHINA, Natalia; DUISEMBINA, Yekaterina. Cambridge Analytica: ethics and online manipulation with decision-making process. In **The European Proceedings of Social & Behavioral Sciences**. Dez. 2018. p. 97. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/330032180_Cambridge_Analytica_Ethics_And_Online_Manipulation_With_Decision-Making_Process. Acesso 13 abril 2021.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRAITHWAITE, John. The essence of responsive regulation. **UBC Law Review**, v. 44:3, p. 475-520, 2011.

BRASIL. [CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988]. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Capítulo I. Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso 13 abril 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n. 1585843/RS**. Relator: ministra Nancy Andrighi. DJ 02/12/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo Interno n. 713.629/ES**. Relator: ministro Paulo Furtado. DJ 04/08/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.168.547/RJ**. Relator: ministro Luis Felipe Salomão. J. 17/05/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.192.208/MG**. Relator: ministra Nancy Andrighi. DJe 02/08/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.195.668/RS**. Relator: ministra. Maria Isabel Gallotti. J. 11/11/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.323.754/RJ**. Relator: ministra Nancy Andrighi. J. 19/06/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.419.697/RS**. Relator: ministro Paulo de Tarso Sanseverino. J. 12/11/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.630.889/DF**. Relator: ministra Nancy Andrighi. J. 11/09/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1195642/RJ**. Relator: ministra Nancy Andrighi. J. 13/11/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 22.337-9/RS**. Relator: ministro Ruy Rosado de Aguiar. DJ 20/03/1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 30.666-1/RS**. Relator: ministro Dias Trindade. J. 08/02/93.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 844.736/DF**. Relator: ministro Luis Felipe Salomão. J. 27/10/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1790-5**. Relator: ministro Sepúlveda Pertence. J. 23/04/1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 18.638/CE**. Relator: ministro Luís Roberto Barroso. J. 17/09/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHD 22/DF**. Voto Celso de Mello. DJ 01/09/95. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=362613>. Acesso em: 17 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação civil pública n. 1090663-42.2018.8.26.0100**. 37ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo. Juíza Livia Martins Trindade.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível n. 1085064-25.2018.8.26.0100**. Rel. Des. Mauricio Pessoa. J. 10/09/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Ação Civil Pública 0018051-27.2018.8.19.0001**. 7ª Vara Empresarial da Capital.

BROWN, Ian; MARSDEN, Christopher. *Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age*, MIT Press, Cambridge, MA, 2013.

BRUTAU, José Puig. **Fundamentos de derecho civil**. Tomo II, Barcelona: Bosch, 1993.

BURKERT, Herbert. Privacy-data protection – a German/European perspective. In: ENGEL, Christoph; KELLER, Kenneth (org.). **Governance of global networks in the light of differing local values**. Baden-Baden: Nomos, 2000. Disponível em: <http://www.coll.mpg.de/sites/www/files/text/burkert.pdf>. Acesso 13 abril 2021.

CANALTECH. Aquisição do WhatsApp pelo Facebook é aprovada pelo FTC. Disponível em: <https://canaltech.com.br/redes-sociais/Aquisicao-do-WhatsApp-pelo-Facebook-e-aprovada-pela-FTC/>. Acesso em: 19 dez. 2020.

CARNAES, Mariana. Breve reflexão sobre a regulação responsiva. **CONJUR**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-20/artx-publico-pragmatico-breve-reflexao-regulacao-responsiva>. Acesso: 23 jun. 2021

CARNIELLO, Monica Franchi. CARNIELLO, Monica Franchi; ASSIS, Francisco de. Formatos da Publicidade Digital: evolução histórica e aprimoramento tecnológico. **Anais...** 7º Encontro Nacional de História da Mídia, Universidade de Fortaleza (Unifor), em Fortaleza (CE), agosto de 2009. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/encontros-nacionais/7o-encontro-2009-1/Formatos%20da%20publicidade%20digital.pdf>. Acesso 13 abril 2021.

CARVALHO, Joatan Marcos. É possível a proteção de dados pessoais? **Revista Luso-brasileira de Direito do Consumo**. Mar 2017. p. 259-269. Disponível em: https://issuu.com/editorabonijuris9/docs/revista_luso-brasileira_de_direito__4356187889e1fe. Acesso em: 23 dez 2020.

CARVALHO, Victor Miguel Barros; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; OLIVEIRA, Adriana Carla Silva de. Monetização de dados pessoais na internet: competência regulatória a partir do Decreto n. 8.771/2016. **Revista de Estudos Institucionais**. v. 4, 2018.

CARVALHO, Vinicius Marques; MATTIUZZO, Marcela; PONCE, Paulo Pedigoni. Boas práticas e governança na LGPD. In RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

CENEVIVA, Walter. **Publicidade e o direito do consumidor**. São Paulo: RT, 1991.

CHAVES, Rui Moreira. **Regime jurídico da publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005.

CLEMENTE DIEGO, Felipe de. El método en la aplicación del Derecho Civil. In **Revista de Derecho Privado**. Ano IV. n. 37. 1916.

CNN. 130 years of coca-cola ads. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2016/05/06/living/gallery/coca-cola-ads/index.html>. Acesso em: 20 dez. 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. In: OLIVEIRA, Juarez de (org.). **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

COLOMÉ, Jordi Perez. Como você é espionado por seu celular Android sem saber. **EL PAÍS**. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/17/tecnologia/1552777491_649804.html. Acesso em: 19 dez. 2020.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

CORRÊA, Adriana Espíndola. **O corpo digitalizado**. Campinas: Conceito Editorial. 2010.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COTS, Marcio; OLIVEIRA, Ricardo [coord.]. **O legítimo interesse e a LGPD**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

COUTINHO FILHO, Augusto. Regulação sandbox como instrumento regulatório no mercado de capitais: principais características e prática internacional. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 5, n. 2, p. 264-282, 2018.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Regras e Princípios: por uma distinção normoteórica. **Revista da Faculdade de Direito**. p. 37-73. p. 47. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/regras-e-princ%C3%ADpios-por-uma-distin%C3%A7%C3%A3o-normoteor%C3%A9tica>. Acesso 20 dez. 2020.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A insuficiente proteção de dados pessoais no Brasil. In **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol 12. Ano 4. 59-67. São Paulo: RT, out-dez. 2017.

CULTURA DIGITAL. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20090628085448/http://www.culturadigital.br/>.

D'ÁVILA, Manuela. O AI-5 digital e as razões para o #megano. **UOL**. 2011. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/opinia/colunas/o-ai-5-digital-e-as-razoes-para-o-megano/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

DARNACULLETA i GARDELLA, Maria Mercè. **Autorregulación y Derecho Público: La Autorregulación Regulada**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2005. Disponível em: <https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/4787/tmdg.pdf?sequence=12&isAllowed=y>. Acesso 13 abril 2021.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romada, 2004.

DESPEGAR.COM, Corporate Presentation 2nd Quarter, 2019. Disponível em: <https://investor.despegar.com/home/default.aspx>. Acesso em: 13 nov. 2019.

DEWANDRE, Nicole. **The Human Condition and the Black Box Society**: a review of Frank Pasquale, The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information. Harvard University Press, 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/309230421_The_Human_Condition_and_The_Black_Box_Society. Acesso em: 20 dez. 2020).

DN. Cuidado com as conversas em frente a Televisão. Disponível em: <https://www.dn.pt/ciencia/cuidado-com-as-conversas-em-frente-a-televisao-a-sua-smart-tv-esta-a-ouvi-lo-4390324.html>. Acesso em: 19 dez. 2020.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONEDA, Danilo. MONTEIRO, Marília. O sistema da privacidade e proteção de dados no marco civil da internet. IN ARTESE, Gustavo [coord.]. **Marco Civil da Internet**: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. **Rev. Inf. Legislativa**. Brasília. v. 17. n. 66. p. 125-152, abril/junho. 1980.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

EFING, Antonio Carlos. **Banco de dados e cadastro de consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ELPAIS. Pesquisa que rastreia redes sociais aponta que próxima onda da pandemia será mais grave no Brasil. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-05-28/pesquisa-que-rastreia-redes-sociais-ja-aponta-que-a-proxima-onda-da-pandemia-sera-ainda-mais-grave-que-as-anteriores-no-brasil.html>, Acesso em: 19 jun. 2021).

ESPAÑA. Agencia española de protección de datos. Guide to privacy by design. 2019. Disponível em: https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/guia-privacidad-desde-diseno_en.pdf. Acesso 13 abril 2021.

ESTADÃO. Precisamos falar sobre os planos de saúde individuais. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/precisamos-falar-sobre-os-planos-de-saude-individuais/>. Acesso 13 abril 2021.

ESTADOS UNIDOS. Califórnia Legislative Information. Disponível em: https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?division=3.&part=4.&lawCode=CIV&title=1.81.5. Acesso 13 abril 2021.

ESTADOS UNIDOS. Nova Iorque. Marks v. Jaffa. Dec. 1, 1893. Disponível em: <https://casetext.com/case/marks-v-jaffa>. Acesso em: 10 jul. 2020.

EUROPA. Opinion 06/2014 WP29. p. 61. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso 20 dez. 2020.

EUROPA. REGULAMENTO (UE) 2018/302 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R0302&from=PT>. Acesso em: 20 dez. 2020.

EVERSON, Eric. Privacy by Design: Taking Ctrl of Big Data. **Cleveland State Law Review**. 27 (2017). p. 28-42. Disponível em: <https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol65/iss1/6>. Acesso 20 dez. 2020.

EXCHANGE WIRE. Disponível em: https://www.exchangewire.com.br/files/2018/05/infografico_vertical_web_v7-portugues-761x1024.jpg. Acesso em: 20 dez. 2020.

FARIAS JUNIOR, Ariosto. ABNT NBR ISO/IEC 27701. Boletim ABNT, set/out. 2019. Disponível em: http://www.abnt.org.br/images/Docspdf/Artigos/Artigo_27701.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

FEIGELSON, Bruno; SILVA, Luiza Caldeira Leite. **Regulação 4.0: o Sandbox Regulatório e o futuro da regulação. Regulação 4.0**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FERNANDES, Victor Oliveira. **Regulação de serviços de internet**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado del derecho. **RIFP**. v. 17, 2001.

FERREIRA, Rafael Freira. Autodeterminação informativa e privacidade na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018.

FINOCCHIARO, Giusela. **Privacy e protezione dei dati personali**: disciplina e strumenti operativi. Bologna: Zanichelli, 2012.

FLUMINGNAN, Silvano; FLUMINGNAN, Weverton Gabriel Gomes. Princípios que regem o tratamento de dados no Brasil. In LIMA, Cintia Rosa Pereira. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Almedina, 2020.

FOLHA. Pesquisa indica que 90% dos aficionados em tecnologia usam redes colaborativas. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2009/01/494732-pesquisa-indica-que-90-dos-aficionados-em-tecnologia-usam-redes-colaborativas.shtml>. Acesso em: 20 dez. 2020.

FORMAN, John. As Agências Reguladoras no Brasil e a sua Involução. 2016. **FGV**. Disponível em: http://www.fgv.br/fgvenergia/coluna_opinioao_john_forman/files/assets/common/downloads/publication.pdf. Acesso 13 abril 2021.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. Autorregulação e Direito Global: os novos fenômenos jurídicos não-estatais. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. v. 35.2, jul./dez. 2015. 295-312. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1518/1960>. Acesso 13 abril 2021.

FORTES, Vinicius Borges. **O direito fundamental à privacidade**: uma proposta conceitual para a regulamentação da proteção de dados pessoais na internet no Brasil. 2016. 225 f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2015.

FRAJHOF, Isabella. MANGETH, Ana Lara. As bases legais para o tratamento de dados pessoais. In: MULHOLLAN, Caitlin [coord.]. **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil**. Porto Alegre: Arquipélago, 2020.

FRAZÃO, Ana. Programas de compliance e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por ilícitos administrativos. In ROSSETTI, Maristela Abla; PITTA, André Grunspun. **Governança corporativa: avanços e retrocessos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

GALGANO, Francesco. La Globalización en el Espejo del Derecho. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2005.

GANDY Jr., Oscar H. Consumer Protection in Cyberspace. in: **CC: Creative Commons License**, v. 9, n. 2, 2011. Disponível em: <http://triplec.at/index.php/tripleC/article/viewFile/267/241>. Acesso em: 20 dez. 2020.

GANDY, Oscar. **The panoptic Sort: a political economy of personal information**. Boulder: Westview Press, 1993.

GARCIA, Rafael. **Marco Civil da Internet no Brasil: repercussões e perspectivas**. Revista dos Tribunais. 2016. v. 964. (fevereiro 2016). Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.964.06.PDF. Acesso em: 20 dez. 2020.

GASIOLO, Gustavo Gil. Criação e desenvolvimento da proteção de dados na Alemanha: a tensão entre a demanda estatal por informações e os limites jurídicos impostos. **JOTA Online**. 29.05.2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/criacao-e-desenvolvimento-da-protecao-de-dados-na-alemanha-29052019>. Acesso em: 17 dez. 2020.

GEDIEL, José Antonio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Proteção jurídica de dados pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o mercado. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 7, p. 141-152, 2008.

GIAMPICCOLO, Giorgio. La tutela giuridica della persona umana e il diritto alla riservatezza. **Revista trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Padova: Cedam, 1958.

GILARDI, Fabrizio. The Formal Independence of Regulators: A Comparison of 17 Countries and 7 Sectors. **Swiss Political Science Review**. v. 11(4). 2005. p. 139-167. Disponível em: <http://lexenconstitucion2022.cl/uploads/repositorio/b6db182532350c6037bc3f230158bd51d28db20a.pdf>. Acesso em 11 jan. 2021.

GOETTENAUER, Carlos. Regulação responsiva e a Política de Segurança Cibernética do Sistema Financeiro Nacional. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 131-146, maio 2019.

GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões sobre o Estado regulador e o Estado Contratante**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 95.

GOOGLE ADS. Disponível em: <https://support.google.com/google-ads/answer/2615875?hl=pt-BR>. Acesso em: 20 dez. 2020.

GUEDES, Néviton de Oliveira Batista. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. In SILVA, Fernando Quadros da; FREITAS, Vladimir Passos de [coord.]. **Agências reguladoras no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GUIDI, Guilherme Berti de Campos. Modelos regulatórios para proteção de dados. In BRANCO, Sérgio; TEFFÉ, Chira de. **Privacidade em perspectivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GUIMARÃES, M. C. Geoblocking e geoprícing: uma análise à luz da teoria do interesse público de Mike Feintuck. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 11, n. 2, p. 87-106, outubro 2019.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital (tradução Luís Marcos Sander). **Revista AJURIS**. Porto Alegre. v. 46, n. 146. p. 529-553.

HOSPELHORN, Sarah. Analyzing Company Reputation After a Data Breach. **VARONIS**. 2020. Disponível em: www.varonis.com/blog/company-reputation-after-a-data-breach. Acesso em: 20 mar. 2021.

HOULE, Francis; SOSSIN, Lorne. Powers and Functions of the Ombudsman in the Personal Information Protection and Electronic Documents Act: An Effectiveness Study. Ago/2010. Disponível em: https://www.priv.gc.ca/en/opc-actions-and-decisions/research/explore-privacy-research/2010/pipeda_h_s/#archived. Acesso em: 20 mar. 2021.

HURLEY, Mikaella; ADEBAYO, Julius. Credit Scoring in the era of big data. **The Yale Journal of Law & Technology**. vol. 18. Disponível em: https://yjolt.org/sites/default/files/hurley_18yjolt136_jz_proofedits_final_7aug16_clean_0.pdf. Acesso em: 20 dez. 2020.

IAB Europe. Consumers driving the digital uptake: the economic value of online advertising-based services for consumers. Sep/2010. Disponível em: <https://www.yumpu.com/en/document/read/7292977/consumers-driving-the-digital-uptake-iab-europe/13>. Acesso em: 19 dez. 2020.

IAPP. Disponível em: https://iapp.org/media/pdf/resource_center/Comparison-of-Privacy-Shield-and-the-Safe-Harbor.pdf. Acesso 13 abril 2021.

IDEC. Disponível em: https://idec.org.br/sites/default/files/arquivos/regulacao_responsiva._anatel_1.pdf. Acesso 13 abril 2021.

IDES, Allan. Bowers V. Hard Wick: The Enigmatic Fifth Vote and The Reasonableness of Moral Certitude. **Washington and Lee Law Review**. v. 49. 1992. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1853&context=wlulr>. Acesso em: 03 abr. 2020.

IPEA. Estudo do Ipea aponta que inflação dos planos de saúde é bem superior ao IPCA. 11.06.2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34799. Acesso 13 abril 2021.

IRTI, Natalino. Biodireito, Tecnodireito e Geodireito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. V. 2. 1171-1191. Jan/dez 2007.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense. 1996.

JIMENE, Camilla do Vale. Reflexões sobre o privacy by design e privacy by default: da idealização à positivação. In MALDONADO, Viviane Nóbrega; OPICE BLUM, Renato. **Comentários ao GDPR**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

JOHNSON, David; POST, David. Law and borders: the rise of law in cyberspace. **Stanford Law Review**, v. 48, 1995. 1368-1402. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/220167130_Law_and_Borders_-_The_rise_of_law_in_Cyberspace. Acesso em 11 jan. 2021.

JOTA, Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/lgpd-como-insumo-do-compliance-ao-aproveitamento-de-creditos-de-pis-e-cofins-23032021>. Acesso 13 abril 2021.

KOSINSKI, M.; MATZ, S. C.; NAVE, G.; STILLWELL, D. J. Psychological targeting as an effective approach to digital mass persuasion. **PNAS**. v. 114. Nov. 2017. Tradução livre.

KOTLER, Philip. **Marketing 4.0**. Rio de Janeiro: Sextante, 2017.

KOTLER, Philip. **Marketing para o século XXI**. 13. ed. São Paulo: Futura, 2002.

KOZICKI, Katya; MENDONÇA, Gilson Martins; COELHO, Sérgio Reis. O princípio da vulnerabilidade e as técnicas de neuromarketing: aprofundando o consumo como vontade irrefletida. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 18, n. 1, p.135-152, jul. 2014.

LACERDA, Natalio de Melo; THOMAS, Patrick Thadeu. Teoria responsiva da regulação em situações de crises hídricas: uma análise a partir da atuação da Agência Nacional de Águas na crise do Rio Pardo. **Revista do Direito Setorial e Regulatório**, v. 5, n. 2, 1-26, outubro 2019.

LEITE, Maykon Stanley Ribeiro; GASPAROTTO, Angelita Moutin Segoria. Análise SWOT e suas funcionalidade: o autoconhecimento da empresa e sua importância. **Revista Interface Tecnológica**. v. 15, n. 2, p. 184-195, 2018.

LEME, Carolina da Silva; PEREIRA, Fábio Luiz Barboza. A proteção de dados pessoais e o avanço tecnológico no Brasil: a tecnologia de coleta de informações. In WOLKART, Erik Navarro [et al.]. **Direito, processo e tecnologia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

LEONARDI, Marcel. **Fundamentos do Direito Digital**. São Paulo: RT, 2019.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LESSIG, Lawrence. The Law of the Horse. **Harvard Law Review**. vol. 113. 1999. p. 501-546. Disponível em: https://pdfs.semanticscholar.org/e517/6bd3a7783ab4444a0ea3581317aa60ad01a6.pdf?_ga=2.45410020.1348356387.1610308491-799119254.1610308491. Acesso 10 jan. 2020.

LEVIN, Avner. **Privacy, Targeted Advertising & Social Media: How Big a Concern? Some Disconcerting Observations**. Ryerson University. s.d., Disponível em: https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/411/ETHI/WebDoc/WD5706433/411_ETHI_PSM_Briefs/LevinAvnerE.pdf. Acesso em: 20 dez. 2020.

LIMA, Caio César C. Seção I - Dos Requisitos para o Tratamento de Dados Pessoais. In MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Ópice (Coord.). **LGPD Lei Geral De Proteção De Dados**. Revista dos Tribunais, 2019.

LIMA, Cintia Rosa Pereira de. *Autoridade nacional de proteção de dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados*. São Paulo: Almedina, 2020.

LIMA, Cintia Rosa Pereira de; PEROLI, Kelvin. **Direito digital: *compliance*, regulação e governança**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

LIMA, Cintia Rosa Pereira; RAMIRO, Livia Froner Moreno. Direitos do titular dos dados pessoais. In LIMA, Cintia Rosa Pereira. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Almedina, 2020.

LIMA, Cintia Rosa Pereira de. *Autoridade Nacional de proteção de dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados*. São Paulo: Almedina, 2020.

LIMBERGER, Têmis. **Direito à intimidade na era da informática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LIMBERGER, Têmis. Informação em rede: comparação da Lei brasileira de proteção de dados pessoais e o regulamento geral de proteção de dados europeu. In MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti [coord]. **Direito Digital, Direito Privado e Internet**. Indaiatuba: Ed. Foco, 2019.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

LOBO, Paulo. **Direito à privacidade e sua autolimitação**. Disponível em: https://www.academia.edu/38894562/DIREITO_A_PRIVACIDADE_E_SUA_AUTOLIMITACAO. Acesso em: 19 dez. 2020.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LONGHI, João Victor Rozatti. Marco Civil da Internet no Brasil: breves considerações sobre seus fundamentos, princípios e análise crítica do regime de responsabilidade civil dos provedores. In MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti [coords.]. **Direito Digital: direito privado e internet**. Indaiatuba: Foco, 2019.

LONGHI, João Victor Rozatti; BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. **Marketing cruzado na Internet e publicidade abusiva: a necessária proteção da privacidade do consumidor**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9910489e4ff31089>. Acesso em: 20 dez. 2020.

LUCIANO, Maria; BIONI, Bruno. O consentimento como processo: em busca do consentimento válido. In RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MACHADO, Fernando Inglez de Souza; RUARO, Regina Linden. Publicidade comportamental, proteção de dados pessoais e o direito do consumidor. **Conpedi Law Review**, Braga, Portugal. v. 3. n. 2. p. 421-440. jul/dez. 2017.

MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV, 2018.

MAGRANI, Eduardo; OLIVEIRA, Renan Medeiros de. *Big Data* somos nosotros: nuevas tecnologías y gerenciamiento personal de datos. In CAVALLI, Olga; BELLI, Luca [coord]. **Gobernanza y regulaciones de Internet en América Latina**: análisis sobre infraestructura, privacidad, ciberseguridad y evoluciones tecnológicas en honor de los diez años de la South School on Internet Governance. Rio de Janeiro, FGV, maio/2018. p. 327-350. Disponível em: <http://eduardomagrani.com/wp-content/uploads/2018/09/Gobernanza-y-Regulaciones-de-Internet-en-Ame%CC%81rica-Latina-1.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Direito e informática**: uma abordagem jurídica sobre a criptografia. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, v. 9, n. 33, p. 79-94, jan/mar 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**. v. 228. 13-29. Abr./Jun. 2002. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46521/57635>. Acesso 13 abril 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 85-93, jun. 2009.

MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Leandro. **Tribunal Constitucional Federal Alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. v. 1. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung, 2015.

MARTINS-COSTA. Judith. **A boa-fé no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio; FRUET, Gustavo. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELO FILHO, Marconi Araní. Da regulação responsiva à regulação inteligente: uma análise crítica do desenho regulatório do setor ferroviário de cargas no Brasil. **Revista do Direito Setorial e Regulatório**, v. 6, n. 1, p. 144-163, maio 2020.

MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o marco civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 106, 2016. p. 37-69.

MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências de materialização. In RODRIGUES JR., Otavio Luiz;

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade nos sistemas técnico-informacionais no Direito Alemão. **RJLB**, Ano 5, 2019, nº 1.

MF/MJ. EM Interministerial n. 171/2010. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-171-MF-MJ-MPV-518-10.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Nota Técnica 137/2014. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/acervo/SENACON/SENACON_NOTA_TECNICA/Nota%20T%C3%A9cnica%20n%C2%BA%20137-14%20%20TNL%20PCS%20S.A.%20-%20OI-%20mapear%20a%20navega%C3%A7%C3%A3o%20e%20intercepta%C3%A7%C3%A3o%20de%20comunica%C3%A7%C3%B5es-.pdf. Acesso 20 dez. 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

Modelos de regulamentação: reflexões para um eficiente controle jurídico da publicidade no Brasil. Raquel Heck Mariano da Rocha. **Direito & Justiça**. v. 38, n. 2, p. 200-212, jul./dez. 2012.

MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros *et al.* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira [coord.]. **Comentários ao novo código civil**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

MONTEIRO, Renato Leite. Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil? **Instituto Igarapé**, 2018. p. 02. Disponível em: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Existe-um-direito-a-explicacao-na-Lei-Geral-de-Protecao-de-Dados-no-Brasil.pdf>. Acesso 20 dez. 2020.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada**, São Paulo: Atlas, 2006.

MORALES, Susana. Derechos digitales y regulacion de internet. Aspectos claves de la apropiación de tecnologías digitales. In RIVOIR, A; MORALES, MJ. **Tecnologías digitales. Miradas críticas de la apropiación en América Latina**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO; Montevideo: RIAT, 2019.

MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Almedina, 1997.

MOROZOV, Evgeny. **BIG TECH: a ascensão dos dados e a morte da política**. São Paulo: UBU, 2019.

MPDFT. Disponível em: <https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2018/10182-mpdft-investiga-venda-ilegal-de-dados-pessoais-pelo-site-tudo-sobre-todos>. Acesso em: 20 dez. 2020.

MPPR. Oi é multada em R\$ 3,5 milhões por invasão de privacidade feita por Velox. Comunicação, 25/07/2014. Disponível em: <http://comunicacao.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=13623>. Acesso em: 20 dez. 2020.

MPSP. Note técnica SENACON. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/SENACON/SENACON_NOTA_TECNICA/SENACON%20DECIS%C3%83O%20geo%20pricing%20e%20geo%20bloking%20multa.pdf. Acesso em: 20 dez. 2020.

MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade**. Tese apresentada à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. RT 532, Fevereiro de 1980. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8833/6143>. Acesso em: 17 dez. 2020.

NARAYAN, Arvind; SHMATIKOV, Vitaly. Robust De-anonymization of large sparse datasets. **IEEE Symposium on Security and Privacy**, 2008. Disponível em <https://ieeexplore.ieee.org/document/4531148>. Acesso 20 dez. 2020.

NEWELL, S.; MARABELLI, M. Datification in Action: Diffusion and Consequences of Algorithmic Decision-Making. In: GALLIERS, R. D.; STEIN, M. K. (Eds.). **The Routledge Companion to Management Information Systems**. London and New York: Routledge. 2017.

NORMANHA FILHO, Miguel Arantes. Marketing, propaganda e publicidade: um estudo dos termos no Brasil. **Revista Gerenciais**. São Paulo, v. 2, p. 33-41, set. 2003.

OLIVEIRA, Jordan Vinicius; SILVA, Lorena Abbas da. Cookies de navegador e a história da internet: desafios à lei brasileira de proteção de dados pessoais. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 36, p. 307, jul/dez. 2018. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>. Acesso em: 20 dez. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e análise de impacto regulatório. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014, 389-414.

OTUBO, Fábio. Decifrando o blockchain. **Pesquisa FAPESP**. Edição 278. 2019. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/decifrando-o-blockchain/>. Acesso 13 abril 2021.

PARCHEN, Charles Emmanuel; FREITAS, Cinthia Obladen; MEIRELES, Jussara Maria Leal. As técnicas de neuromarketing nos contratos eletrônicos e o vício do consentimento na era digital. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, vol. 23, n. 2, p. 521-548, maio-ago 2018.

PARISER, Eli. **O filtro invisível**. O que a Internet está escondendo de você. Trad. Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

PEIXOTO, Erick Lucena; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. Breves notas sobre a ressignificação da privacidade. **Revista brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte, v. 16, abr/jun 2018. p. 35-56.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência artificial e direito**. Curitiba: Alteridade, 2019.

PERDIGAO, Ana Paula; TABORDA, Ariel Alves; PEREIRA, Caio; SANTOS, Mariana Corazza dos; CASTAGNO JUNIOR, Roger Lahorgue. Inteligência de marketing: utilizando a informação para compreender o mercado consumidor. *In* **Revista FAE**, Curitiba, v.1, p. 61-75, 2016.

PILATI, José Isaac; OLIVO, Mikhail Vieira Cancelier. Um Novo Olhar sobre o Direito à Privacidade: caso Snowden e pós-modernidade jurídica. **Sequência** (Florianópolis), n. 69, p. 281-300, dez. 2014. p. 283. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/seq/n69/12.pdf>. Acesso 13 abril 2021.

POIKOLA, Antti; KUIKKANIEMI, Kai; HONKO, Harri. MyData – Um modelo nórdico para gestão e processamento de dados pessoais centrado no ser humano. FGV, Rio de Janeiro. Disponível em: https://internet-governance.fgv.br/sites/internet-governance.fgv.br/files/publicacoes/selection_novo.pdf. Acesso em: 17 jun. 2021.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. Tomo 7. Rio de Janeiro: Borsoi. 1956.

PONTO, Antonio José Maristrello; GAROUPA, Nuno; GUERRA, Sérgio. Análise de Impacto Regulatório: dimensões económicas de sua aplicação. **EALR**, V. 10, nº 2, p. 173-190, Mai-Ago, 2019.

POST, Robert C. Three concepts of privacy. **The Georgetown Law Journal**. v. 89. 2000-2001.

RANGE, Thomas; SCHONBERGER, Viktor Mayer. **Reinventing Capitalism in the Age of Big Data**. Londres: Basic Books, 2018.

REAFFRA, Ana Paula Oriola de. A prorrogação do prazo de vigência da lei geral de proteção de dados pessoais - LGPD e seus impactos no desenvolvimento econômico do Brasil diante da pandemia. **MIGALHAS**. Abril de 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/325364/a-prorrogacao-do-prazo-de-vigencia-da-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais---lgpd-e-seus-impactos-no-desenvolvimento-economico-do-brasil-diante-da-pandemia>. Acesso 20 dez. 2020. Acesso 13 abril 2021.

REINALDO FILHO, Demócrito. A decisão da Corte Europeia que invalidou o acordo de transferência de dados pessoais. **Informática Jurídica**. Disponível em: <http://www.informatica-juridica.com/etiqueta/tribunal-de-justica-da-uniao-europeia/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

REINO UNIDO. *Pope v. Curl*, London (1741), Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer. Disponível em: http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord.php?id=record_uk_1741a. Acesso em: 16 dez. 2020.

REMOLINA, Nelson Angarita. Latin America and Protection of Personal Data: Facts and Figures (1985-2014). **University of Los Andes Working Paper**, 2014.

REVISTA GALILEU. A ciência que faz você comprar mais. Disponível em: <http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,,EMI317687-17579,00-A+CIENCIA+QUE+FAZ+VOCE+COMPRAR+MAIS.html>. Acesso em: 20 dez. 2020).

ROCHA, Glauco da. Autorregulação e poder disciplinar das bolsas de valores, mercadorias e futuros. **Direito e Justiça**. Porto Alegre, v. 41, n. 2. 182-194.

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

RODOTÀ, Stefano. Privacy e costruzione dela sfera privata. Ipotesi e prospective. In: **Politica del Diritto**, ano XXII, n. 1. Bologna: Il Mulino, 1991.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. **Direito Civil Contemporâneo: Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Esquecimento de um direito ou o preço da coerência retrospectiva? (Parte 3). **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-10/direito-comparado-esquecimento-direito-ou-preco-coerencia-parte>. Acesso em: 10 de jun. 2021.)

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de Civil Law. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13.52, jul./dez 2010.

ROSSETO, Guilherme; LISBOA, Roberto Senise. A tutela da privacidade no âmbito da internet: reflexões sobre a importância da criptografia. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 18. Ano 6.. 91-113. São Paulo: RT, jan-mar. 2019.

ROSSONI, Caroline; BOLESINA, Iuru. Teoria dos círculos concêntricos e a proteção à vida privada: análise ao caso Von Hannover vs. Alemanha, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. **XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas**. 2014.

SADDY, André. Regulação estatal, autorregulação privada e código de condutas de boas práticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SAIDILI, Jihad; RAHICH, Hassane; TABAA, Yassine; MEDOURI, Abdellatif. The combination between big data and marketing strategies to gain valuable business insights for better production success. **Procedia Manufacturing**. v. 32, 2019.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Delrey, 1998.

SANTANNA, Luciano Portal. Autorregulação supervisionada pelo Estado: desenvolvimento de um sistema de correção para o mercado de corretagem de seguros, resseguros, capitalização e previdência complementar aberta. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 257, p. 183-211, maio/ago. 2011.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. São Paulo: Lejus, 1999.

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. **O marketing digital e a proteção do consumidor**. 2009. 181f. Dissertação (mestrado em Direito). Faculdade de Direito da PUC-SP, 2009.

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. **O marketing digital e a proteção do consumidor**. 2009. 181f. Dissertação (mestrado em Direito). Faculdade de Direito da PUC-SP, 2009.

SANTOS, Fernando Gherandini. **Direito do Marketing**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SCHERTEL, Laura. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHERTEL, Laura. **Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo**. Dissertação (Direito) - Universidade de Brasília. 158f. p. 133. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp149028.pdf>. Acesso 13 abril 2021.

SCHOTT, Ben. What Price Would You Put on Your Personal Data? **BLOOMBERG**. 2020. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2020-07-03/personal-data-americans-put-a-low-price-on-privacy>. Acesso 20 dez. 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Os direitos da personalidade e o código civil de 2002**. Disponível em: www.andersonschreiber.com.br/downloads/os_direitos_da_personalidade_e_o_codigo_civil_de_2002.pdf. Acesso em: 17 dez. 2020.

SILVA, João Marcelo Azevedo Marques Mello da. A regulação responsiva das telecomunicações: novos horizontes para o controle de obrigações pela ANATEL. **Revista Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 183-208, maio 2017.

SILVA, Marcela Paola Moreno Borges da; BUZZO JUNIOR, Osny; REUSING, Luciana. O custo da proteção de dados. **GEDAI**. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/o-custo-da-protecao-de-dados-conhecendo-a-gdpr-e-a-lgpd-na-pratica/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu; AVELINO, Rodolfo; SOUZA, Joyce. A privacidade e o mercado de dados pessoais. **Revista Ibict**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 217-230, novembro 2016, p. 224. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/3719/3138>. Acesso 13 abril 2021.

SINAGÊNCIAS. Disponível em: <https://www.sinagencias.org.br/aneel/regulacao-fiscalizacao-responsiva-e-um-avanco-na-regulacao-do-setor-eletrico-dizem-agentes/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani. Disposições preliminares. In FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SOFTWARE LIVRE. Disponível em: <http://softwarelivre.org/portal/fisl/veja-escute-e-leia-na-integra-o-discurso-do-presidente-lula-no-fisl-10>. Acesso em: 20 dez. 2020.

SOLOVE, Daniel. I've got nothing to hide and other misunderstandings. *San Diego Law Review*, v. 44, 2007, p. 768.

SOLOVE, Daniel. **The digital person: technology and privacy in the information age**. New York: New York University Press, 2004.

SOMBRA, Thiago Luis Santos. **Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SOUSA, Renan Martins. A Análise de Impacto Regulatório (AIR) e o papel do Tribunal de Contas da União na avaliação da regulação setorial. **Revista do TCU**. Jan/Abr 2012. 102-113.

SOUZA, Joyce; AVELINO, Rodolfo; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. **Sociedade de controle**. São Paulo: Hedra, 2019.

STAPLE, William G. **Everyday Surveillance**. Maryland: Rowman e Littlefield, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. Paradoxes of regulatory state. **The University of Chicago Law Review**. Vol. 57. 1990. 407-441. p. 412. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/234129991.pdf>. Acesso 15 abril 2021.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Forense, 2017. p. 332.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TEC TRÍADE BRASIL. Disponível em: <http://tectriadebrasil.com.br/wp-content/uploads/2013/01/Publicidade-online-deve-superar-TV-em-2016.jpg>. Acesso em: 20 dez. 2020.

TECNOBLOG. Facebook dobra lucro e chega a 2,7 bilhões de usuários. Disponível em: <https://tecnoblog.net/356063/facebook-dobra-lucro-e-chega-a-2-7-bilhoes-de-usuarios/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Marco Civil da Internet: considerações sobre a proteção da liberdade de expressão, neutralidade da rede e privacidade. In BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela. **Regulação 4.0**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

TEFFE, Chiara Spadaccini; VIOLA, Mario. Tratado de dados pessoais na LGPD. **Civilistica.com**. p. 01-38. a. 9. n. 1. 2020.

TEIXEIRA, Victor Epitácio Cravo. Agências Reguladoras e o Mito da Independência: uma visão interdisciplinar dos mecanismos institucionais de interação no âmbito da ANATEL. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. 2010. P. 2331-2340.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v.5, 2004.

TERADA, Routo. Segurança dos dados: criptografia em redes de computador. São Paulo: Edgar Blucher, 2000.

THE GUARDIAN. Smart barbie that can listen your kids privacy. <https://www.theguardian.com/technology/2015/mar/13/smart-barbie-that-can-listen-to-your-kids-privacy-fears-mattel>. Acesso em: 20 dez. 2020.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. **Estud. Av.** São Paulo, v. 30 n. 86, Jan./Apr. 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000100269. Acesso 13 abril 2021.

TORTOLERO, Francisco; LUQUET, Etienne. La difícil regulación de internet. **Revista del Instituto de la Judicatura Federal**. 233-254. N. 48. Jul-dez/2019.

TOSTA, André Ribeiro. O congelamento do Direito Administrativo: o judicialismo e a ausência de responsividade da Administração Pública. **Regulação 4.0**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

UOL. Quanto custa anunciar na Globo. Disponível em: <https://noticiasdatv.uol.com.br/noticia/televisao/quanto-custa-anunciar-na-globo-comercial-no-jn-vale-mais-de-r-13-mi-27923>. Acesso em: 20 dez. 2020.

VEJA. Tinder é denunciado por venda de dados com interesses sexuais de usuários. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/tecnologia/tinder-e-denunciado-por-venda-de-dados-com-interesses-sexuais-de-usuarios/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

VERONESE, Alexandre; MELO, Noemy. O Projeto de Lei 5.276/2016 em contraste com o novo Regulamento Europeu. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 14. Ano 5. 71-99. São Paulo: RT, jan-mar. 2018.

VIEIRA, Luciano José Martins. PINHEIRO, Ivan Antônio. Dificuldades para a Implementação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. **EnAPG/ANPAD**,

Salvador, 12-14 nov. 2008. p. 14. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/EnAPG472.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

VIOLA, Mário; TEFFE, Chiara Spadaccini. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11. In RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VOIGT, Paul; BUSSCHE, Axel von Dem. **The EU General Data Protection Regulation**. Berlin: Springer, 2017.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. **Harvard Law Review**. vol. IV. n. 05. Dec/1890. Disponível em: <https://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>. Acesso em: 10 dez. 2020.

WASHINGTON POST. You watch TV your TV watches back. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/technology/2019/09/18/you-watch-tv-your-tv-watches-back/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

WESTIN, Alan. **Privacy and freedom**. New York: Ig Publishing, 2015.

WESTIN, Roberta. Neutralidade de rede: quem ganha e quem perde. In: ARTESE, Gustavo [coord]. **Marco Civil da Internet: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

WIMMER, Miriam. Os desafios do enforcement na LGPD: fiscalização, aplicação de sanções administrativas e coordenação intergovernamental. In RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ZANATTA, Rafael A. F. A Proteção de Dados entre Leis, Códigos e Programação: os limites do Marco Civil da Internet in: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; PEREIRA DE LIMA, Cíntia Rosa. **Direito e Internet III: Marco Civil da Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ZANATTA, Rafael A. F. SOUZA, Michel R. O. A tutela coletiva na proteção de dados pessoais: tendências e desafios. In DE LUCCA, Newton; ROSA, Cintia. **Direito e Internet IV: proteção de dados pessoais**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

ZANATTA, Rafael. **Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**, 2019. p. 15. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 20 dez. 2020.

ZANOTTA, Alexandre. Regulação e auto-regulação no mercado de capitais brasileiro [tese]. PUC/SP. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/9113/1/Regulacao%20e%20Auto%20Regulacao%20no%20Mercado%20de%20Capitais%20Brasileiro.PDF>. Acesso 13 abril 2021.

ZENCOVICH, Vincenzo Zeno. **I nuovi sistemi telematici interattivi e la tutela del diritto all'identità personales**, QDC, In Banche Dati Telemativa e Diritti della Persona. CEDAM: Padova, 1984.