

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARCUS PAULO RÖDER

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A
METARREGULAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE SUA PROTEÇÃO

CURITIBA

2022

MARCUS PAULO RÖDER

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A
METARREGULAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE SUA PROTEÇÃO.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, no Setor de Ciências Jurídicas, na Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk.

CURITIBA

2022

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Röder, Marcus Paulo

O direito fundamental à proteção de dados pessoais e a metarregulação como instrumento de sua proteção / Marcus Paulo Röder. – Curitiba, 2022.

1 recurso on-line : PDF.

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

Orientador: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk.

1. Proteção de dados. 2. Dados pessoais. 3. Direito à privacidade. I. Ruzyk, Carlos Eduardo Pianovski. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

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

No dia vinte e sete de setembro de dois mil e vinte e dois às 16:00 horas, na sala 317 - Sala de Defesas - Ruy Corrêa Lopes, Praça Santos Andrade, 50 - Prédio Histórico da UFPR, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **MARCUS PAULO RODER**, intitulada: **O Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais e a Metarregulação como Instrumento de sua Proteção**, sob orientação do Prof. Dr. CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ANA DE OLIVEIRA FRAZAO VIEIRA DE MELLO (UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA), EROULTHS CORTIANO JUNIOR (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). 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, CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 27 de Setembro de 2022.

Assinatura Eletrônica

27/09/2022 20:25:17.0

CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

03/10/2022 16:05:49.0

ANA DE OLIVEIRA FRAZAO VIEIRA DE MELLO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA)

Assinatura Eletrônica

27/09/2022 18:26:58.0

EROULTHS CORTIANO JUNIOR

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



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 **MARCUS PAULO RODER** intitulada: **O Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais e a Metarregulação como Instrumento de sua Proteção**, sob orientação do Prof. Dr. CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK, 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, 27 de Setembro de 2022.

Assinatura Eletrônica

27/09/2022 20:25:17.0

CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

03/10/2022 16:05:49.0

ANA DE OLIVEIRA FRAZAO VIEIRA DE MELLO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA)

Assinatura Eletrônica

27/09/2022 18:26:58.0

EROULTHS CORTIANO JUNIOR

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

*Dedico este singelo trabalho a memória do meu pa(i)drasto, Jomah Rabah.
A sua ausência, assim como ocorre para mais de 683 mil famílias neste país, ainda dói muito.
Saudades.*

Agradecimentos

O terceiro e mais profundo nível de gratidão, segundo leciona a doutrina de São Tomás de Aquino, corresponde ao momento quando o sujeito se compromete com a pessoa que lhe fez um favor ou uma boa atitude; é neste nível mais profundo onde se criam os vínculos entre as pessoas.

Felizmente, tenho muito a agradecer e a tantas pessoas. Nas suas mais variadas formas e com as mais distintas origens, diversos vínculos foram criados, fortalecidos e seguem frutíferos, sendo parte integrante e relevante da minha vida e trajetória até aqui.

No âmbito familiar, desde cedo aprendi (por ter crescido e convivido neste contexto) que família não se limita às relações consanguíneas, mas, deve ser compreendida em sua ampla extensão e cujo elemento caracterizador e relevante corresponde ao sentimento da afetividade. Não poderia deixar de explicitar meus agradecimentos especiais e eternos a minha mãe, Solange da Silva; e à minha irmã mais nova, companheira do dia-a-dia em Curitiba, Gisele Paula Röder.

Aos diversos amigos, com os quais também tenho um vínculo que pode ser igualmente considerado como verdadeiramente fraterno (estreito e extenso, como a afeição de irmãos), também devo enorme gratidão, pois estes também foram alicerces fundamentais. Desde os mais antigos e conterrâneos – Caio Bellotto, Pedro Ernesto Ramos, Carlos Zanutto, Rômulo Kunrath Pinto Silva, Marcus Sanchez, Franciele Soria, Rodolfo Tonin, Bruno Corrêa de Oliveira e tantos outros – até os construídos em Curitiba, dentro e fora da Universidade Federal do Paraná, perpassando até pelas amizades construídas a partir da militância profissional como advogado – aos sempre fiéis escudeiros Thiago Bonfim e Gustavo Dal Cortivo; ao grande amigo Pietro Simões; ao eterno professor e grande amigo Rolf Koerner Jr., Luiz André Velasques, Heloisa Bonamigo, Leonardo Catto Menin, Bruno Herzmann Cardoso, Ana Loiola, Diandra Domingues, Kirstin Elise; aos grandiosos colegas do CEJUR, notadamente os queridos Rick Piano e Pedro Henrique Carvalho da Costa; à Dayana Sandri Dallabrida, grande amiga, mentora profissional e incentivadora; a tantos outros aos quais peço desculpas por não terem sido citados nominalmente aqui.

Aos professores da Faculdade de Direito da UFPR, universidade pública e de qualidade, minha *alma mater*, a quem devo tanto pelo ensino crítico e emancipador. Em especial, ao meu grandioso orientador, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, exemplo ímpar de grande intelectual e jurista da melhor estirpe.

Meus mais sinceros agradecimentos.

RESUMO

Este trabalho tem como ponto de partida a Sociedade Informacional e a temática da privacidade, com o objetivo de analisar os desafios vivenciados neste presente séc. XXI, em um contexto digital e globalizado da sociedade contemporânea. O estudo analisa como a informação pessoal ganhou grande escala de tratamento, especialmente em razão do acelerado desenvolvimento de novas tecnologias da informação e da comunicação (TICs) e do advento da internet, o que acabou por gerar em um aumento do valor social e econômico que se dá em relação aos dados pessoais, culminando no que se costuma se chamar de capitalismo de vigilância. O fio-condutor da pesquisa é analisar como o modelo contemporâneo de correção das atividades econômicas, denominado de metarregulação, conjugado com a análise da tutela jurídica que são conferidas aos direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais – que, hoje, passam a ser compreendidos como uma espécie de direito da personalidade e também um direito fundamental autônomo –, representam a dinâmica de proteção atual, bem como esta sistemática jurídica, adotada, sobretudo, pelas normas positivas na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), também tem o potencial de trazer uma solução conciliadora entre os interesses do mercado, do Estado e precipuamente dos próprios cidadãos (enquanto titulares de dados pessoais).

Palavras-chave: Sociedade Informacional; Vigilância; Privacidade; Proteção de Dados Pessoais; Abordagem baseado em risco.

ABSTRACT

This essay starts from the analysis of the Information Society and the theme of privacy, aiming to analyze the challenges experienced in this present century, marked by a digital and globalized context of the contemporary society. Thus, this dissertation analyzes how personal information has gained a large scale of treatment, especially due to the accelerated development of new Information and Communications Technologies (ICTs) and the advent of the internet, which ended up generating an increase in social and economic value that takes place in relation to personal data, culminating in what is usually known as “*Surveillance Capitalism*”. Furthermore, the guiding line of this research is to analyze how the contemporary model of co-regulation of economic activities, usually refereed as meta-regulation, combined to the examination of the legal protection conferred on privacy and to the personal data protection – that, nowadays, has become as a kind of personality rights as well as an autonomous fundamental right –, represents the current protection dynamics and the legal system, adopted by the norms in the Brazilian General Data Protection Law (LGPD), that has the potential to bring a conciliatory solution between the interests of the market, State and specially the citizens themselves.

Key words: Informational Society; Privacy; Personal Data Protection; Risk-based Approach.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Steve Breen’s Cartoon.....	15
Figura 2 – A descoberta do superávit comportamental.....	40
Figura 3 – Duas mentalidades de processo de conformidade à LGPD.....	135

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ADM(s) – Armas de Destruições Matemáticas
- ANPD – Agência Nacional de Proteção de Dados
- ARPA – *Advanced Research Projects Agency*
- CCPA – *California Consumer Privacy Act*
- CDC – Código de Defesa do Consumidor
- CF/88 – Constituição Federal de 1988
- DARPA – *Defense Advanced Research Projects Agency*
- EC – Emenda Constitucional
- IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
- LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados
- LCP – Lei do Cadastro Positivo
- MCI – Marco Civil da Internet
- MIT – *Massachusetts Institute of Technology*
- MP – Medida Provisória
- NSA – National Security Agency
- OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.
- PEC – Proposta de Emenda Constitucional
- PET – *Privacy Enhancing Technologies*
- REsp – Recurso Especial
- RGDP – Regulamento Geral de Proteção de Dados
- RJET – Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado
- STF – Supremo Tribunal Federal
- STJ – Superior Tribunal de Justiça
- TIC(s) – Tecnologias da Informação e da Comunicação
- TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

SUMÁRIO

Introdução	13
CAPÍTULO I – A SOCIEDADE INFORMACIONAL E SUAS AMEAÇAS	19
1.1. A Sociedade da Informação	19
1.2. A circulação de dados pessoais na Sociedade da Informação	25
1.3. Os riscos advindos de uma sociedade de vigilância	34
CAPÍTULO II – A TUTELA JURÍDICA DOS DADOS PESSOAIS	45
2.1. A proteção jurídica da privacidade	45
2.2. A projeção da personalidade por meio de dados	55
2.3. A proteção aos dados pessoais como um direito fundamental autônomo	63
2.4. Os fundamentos da proteção aos dados pessoais	80
2.5. A autodeterminação informativa do titular de dados	88
CAPÍTULO III – A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO REGULAÇÃO BASEADA NO RISCO	95
3.1. A superação do debate sobre a <i>deregulation</i>	95
3.2. A emergência da regulação do risco	101
3.3. A proteção de dados pessoais e a abordagem baseada em risco	105
3.4. O papel da Autoridade Nacional de Proteção de Dados	113
3.5. O modelo metarregulatório adotado pela LGPD	118
CONCLUSÃO	137
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	141

Introdução

“A tecnologia é pródiga de promessas”.¹

Como enuncia a frase em epígrafe, extraída da obra de Stefano Rodotà, “a tecnologia é pródiga de promessas”. Por outro lado, porém, os impactos e os efeitos do desenvolvimento tecnológico e do surgimento de novos dispositivos – e uma quantidade e velocidade, sem precedentes históricos – também marca a contemporaneidade com diversas contradições, oriundas, sobretudo, da maneira pelas quais cada corpo social (e cada indivíduo singularmente) lidam com a tecnologia. Este trabalho buscará investigar como esse desenvolvimento tecnológico impacta questões relativas à privacidade, mas, com enfoque especial no fluxo de informações e dos contornos do direito à proteção de dados pessoais.

Segundo dados do IBGE de 2019², acerca da distribuição da população residente no país, a proporção de 42,3% corresponde ao percentual de pessoas com idade abaixo dos 30 anos. Logo, considerando que os dados são relativamente recentes, a maior parte da população (57,7%) é composta por pessoas com mais trinta anos.

Enquanto que a consolidação do uso da internet se deu principalmente a partir da década de 1990. Já a conexão sem fios (tecnologia *Wi-Fi*), chegou ao Brasil quase dez anos após sua criação, por volta do ano de 2008.³

Logo, se adotado este critério para uma divisão geracional da população brasileira atual, verifica-se que a maior parcela da população brasileira ainda é formada por pessoas que nasceram antes da utilização intensa e massiva da internet e, portanto, em um contexto muito diferente do que o que é vivenciado hoje.

Uma das grandes diferenças se dá justamente em relação ao fluxo informacional. Hoje, vivencia-se uma era hiperconectada, onde as distâncias foram “diminuídas” na medida em que as pessoas – mesmo que fisicamente distantes – podem interagir entre si em um ambiente virtual e de maneira simultânea.

¹ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 165.

² Dados extraídos do Portal “IBGE Educa”, no campo “pirâmide etária”. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18318-piramide-etaria.html>. Acesso em 01.09.2022.

³ <https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/10/20-anos-do-wi-fi-relembre-historia-da-conexao-no-brasil-e-no-mundo.ghtml>. Acesso em 01.09.2022.

Contudo, nem tudo são flores. Ao passo em que a consolidação da conexão entre computadores, por meio da própria internet, foi um dos fatores que permitiu que, no contexto da pandemia do COVID-19, uma parcela da população pudesse seguir exercendo suas atividades (profissionais ou acadêmicas) em casa (no modelo que se consolidou pelo termo em inglês, “*home office*”, ainda que com adaptações), as contradições não deixaram de existir.

Percebe-se que grande parte dos integrantes da chamada “Geração Z”⁴, que tem como uma das características serem “nativos digitais”⁵, já estão bastante familiarizados com o mundo virtual, com tecnologias conhecidas como de “realidade aumentada”. Ainda, as pessoas desta geração também já estão acostumados com uma forte interação social quase que exclusivamente por meio de diversos dispositivos e plataformas eletrônicas (com destaques para os jogos de videogame), que buscam replicar a realidade em um ambiente virtualizado, e que inclusive, dão nome ao tão atualmente falando, mas ainda bastante desconhecido, “metaverso”.

Ocorre que, se por um lado o desenvolvimento tecnológico e o surgimento de dispositivos eletrônicos, considerados como “disruptivos”⁶, pode fascinar uma grande parcela da população; por outro lado, surgem preocupações acerca dos efeitos e os impactos dessas novas tecnologias em relação a privacidade e também em relação à autonomia dos indivíduos, além de outras questões atinentes a própria saúde.⁷

⁴ “A Geração Z (também conhecida por *Gen Z*, *iGeneration*, *Plurais* ou *Centennial*) é geração de pessoas que nasceu entre o começo dos anos 90 e o fim da primeira década do século XXI (2010). A Geração Z é constituída pelas pessoas que nasceram durante o advento da internet e do crescimento das novas tecnologias digitais, como *smartphones*, videogames e computadores mais velozes, por exemplo. As pessoas da Geração Z já não conseguem imaginar viver num mundo onde todas as coisas não estejam conectadas num ambiente *online*, e com troca instantânea de informações”. Cf.: verbete “Geração Z”. In: **Wikipédia, a enciclopédia livre**. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Gera%C3%A7%C3%A3o_Z; e a definição constante do portal eletrônico **Significados**. Disponível em: <https://bit.ly/3cFOCsC>. Acessos em 31.08.2022.

⁵ Cf. “Geração Z – Jovens já nasceram conectados e com mais acesso à informação”. Notícia veiculada em em 15.04.20. Revista eletrônica **Empresas e Negócios**. Disponível em: <https://jornalempresasenegocios.com.br/destaques/geracao-z-jovens-ja-nasceram-conectados-e-com-mais-acesso-a-informacao/>. Acesso em 06.09.2022.

⁶ Conforme definição extraída do dicionário, a expressão “tecnologia disruptiva” é a “designação atribuída a uma inovação tecnológica (produto ou serviço) capaz de derrubar uma tecnologia já preestabelecida no mercado”. **Dicionário Online de Português**. Disponível em: <https://bit.ly/3Q3pPFG>. Acesso em: 01.09.2022.

⁷ O vício do usuário e o uso problemático das mídias sociais são outras preocupações que se relacionam com os efeitos sobre a própria saúde. Conforme estudo desenvolvido por pesquisadores da Universidade de Tecnologia dos Emirados Árabes Unidos, o transtorno do vício em Internet, mídia social e vício em videogame podem ter repercussões mentais e físicas por um período prolongado de tempo, como depressão, ansiedade e obesidade. Conferir: RAJAN, Amala; NASSIRI, Nasse; AKRE, Vishwesh [*et. al.*]. Virtual Reality Gaming Addiction. **The Fifth HCT INFORMATION TECHNOLOGY TRENDS (ITT 2018)**, Dubai, UAE, 2018, p. 358-363. DOI: 10.1109/CTIT.2018.8649547. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/331347512>. Acesso em 01.09.2022.

Também relacionado ao modo pelo qual os indivíduos lidam com o desenvolvimento tecnológico, com o surgimento de novos dispositivos e como isso pode gerar grandes contradições, cabe aqui apresentar uma ilustração visual, a partir de uma charge feita por Steve Breen, veiculada pelo jornal *The San Diego Union-Tribune*:

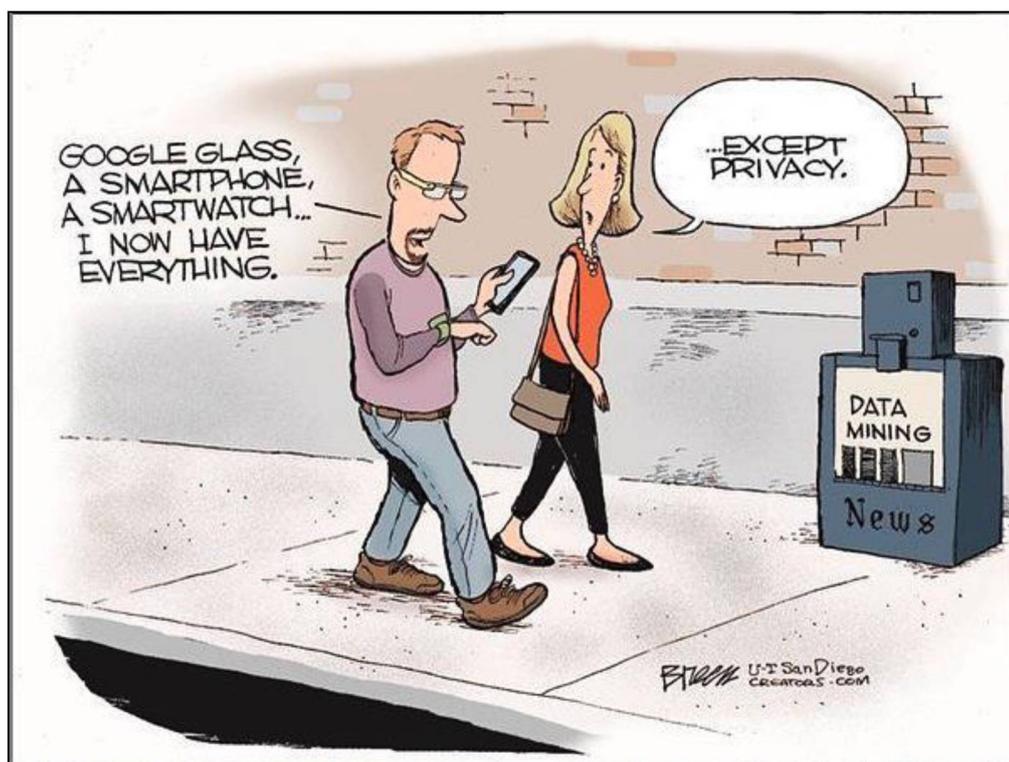


Figura 1 – Steve Breen’s Cartoon. Fonte: The San Diego Union-Tribune⁸

A ilustração sintetiza muito bem como, para algumas pessoas, o surgimento de novas tecnologias gera uma sensação de “completude” (além de um sentimento de grande empolgação com o surgimento de novos dispositivos tidos como “inteligentes”; ou ainda, seguindo a forte tendência de utilização de anglicanismos: dispositivos “*smarts*”). Enquanto que para outras pessoas, é fonte de enormes preocupações em razão de potenciais violações à privacidade e a outros direitos da personalidade, que foram historicamente construídos como formas de garantia, sobretudo, da liberdade individual.

Além disso, é sempre relevante mencionar os casos que geraram grande repercussão nas mídias de todo o mundo, como as denúncias feitas pelo ex-agente norte-americano, que foi consultor de inteligência computacional da Agência Nacional de Segurança dos Estados Unidos (NSA), Edward Snowden⁹; e, também, o escândalo envolvendo o Facebook e a

⁸ Disponível em: <https://www.sandiegouniontribune.com/opinion/steve-breen>. Acesso em 01.09.2022.

⁹ “Edward Snowden atuou como assistente técnico da CIA e fez carreira trabalhando em empresas privadas de

empresa *Cambridge Analytica*¹⁰. Inclusive, importante registrar que ambos os casos envolveram diretamente o Brasil e impactaram o processo legislativo que resultou na aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (LGPD).

É justamente instigada por estas grandes contradições da contemporaneidade, e na intenção de investigar como a ciência jurídica enfrenta esses diversos tipos de problemas e em atenção às preocupações oriundas do desenvolvimento tecnológico bastante acelerado, que a presente pesquisa se iniciou.

Deste modo, a problemática fundamental consiste em analisar em que medida as iniciativas regulatórias atualmente adotadas pela sistemática jurídica, sobretudo no Brasil (manifestamente influenciado pelo modelo europeu), estão dando conta de conseguir “endereço” (para replicar feliz expressão utilizada por Ana Frazão¹¹ e Laura Schertel Mendes¹²) os riscos advindos da Sociedade Informacional e do modelo econômico de vigilância.

A hipótese principal, defendida neste trabalho, é no sentido de que a metarregulação – que busca conformar a tutela e proteção dos cidadãos com o desenvolvimento econômico e

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.” (Cf. 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).

¹⁰ “O escândalo da *Cambridge Analytica* diagnostica 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. (Cf.: 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).

¹¹ FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais - Noções introdutórias para compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. p. 23-52. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo. OLIVA, Milena Donato. (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. – 1. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019., p. 23-52.

¹² MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: um modelo de aplicação em três níveis. **Caderno Especial LGPD**. – São Paulo: Ed. RT, nov. 2019, p. 49.

tecnológico, pautado, sobretudo, no valor da livre iniciativa – é o modelo que se revela como o mais adequado para a tutela e proteção de direitos da personalidade, também tidos como direitos fundamentais, e também na forma assegurada pela Constituição.

Assim, o fio-condutor desta pesquisa é analisar como o modelo contemporâneo de regulação das atividades econômicas de tratamento de dados, denominado de metarregulação, conjugado com a análise da tutela jurídica e proteção que são conferidas aos direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais. Estes que, hoje, passam a ser compreendidos como uma espécie de direito da personalidade e também um direito fundamental autônomo –, tem o potencial de trazer uma solução conciliadora entre os interesses do mercado, do Estado e precipuamente dos próprios cidadãos (enquanto titulares de dados pessoais).

A estrutura deste trabalho está dividida em três partes.

No primeiro capítulo, serão analisadas as características da Sociedade Informacional, propulsionada por uma revolução tecnológica bastante acelerada, com destaque para as mudanças ocorridas no final do século XX e no presente século XXI, vertiginosamente intensificada pelo desenvolvimento da internet e pela virtualização das relações sociais, que implicaram no aumento do valor econômico dos dados e informações pessoais, até culminar no desassossegador modelo denominado de capitalismo de vigilância.

No segundo capítulo, tendo como pano de fundo uma preocupação de como endereçar os riscos advindos do modelo de capitalismo de vigilância retratado no capítulo anterior, busca-se investigar a tutela jurídica conferida ao conceito de privacidade e analisar a progressiva construção da categoria específica de proteção de dados pessoais, perpassando por seus fundamentos até culminar no seu reconhecimento como espécie de direito fundamental (e também como espécie de direito de personalidade) autônomo, recentemente expressamente positivado no texto constitucional brasileiro.

No terceiro e último capítulo, inicia-se com o exame das discussões sobre as diferentes modalidades de controle do mercado e regulação das atividades privadas, para enfatizar a necessidade de superação do debate e do vieses da teoria da *deregulation*, para daí buscar compreender o modelo regulatório contemporâneo, comumente denominado como metarregulação – compreendido como um modelo capaz de unir o modelo de heterorregulação estatal (leis e autoridades administrativas, com uma racionalidade regulatória e normativa prévia [*ex ante* e não apenas *ex post*]), com o da autorregulação

(produção de *standard* e códigos de condutas oriundos do próprio setor privado – com validação ou fiscalização pela autoridade nacional) e a regulação oriunda da própria tecnologia (afinal, é possível utilizar a própria tecnologia para efetivar a proteção da privacidade e da proteção conferida aos dados pessoais).

Além disso, também no terceiro capítulo, pretende-se demonstrar que o modelo de regulação adotado pelo ordenamento brasileiro – notadamente a partir da Lei 13.709/2018 (LGPD) e fortemente influenciado pelo modelo europeu (também recentemente atualizado, em maio de 2018, pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados, em substituição da Diretiva 95/46/CE) – também acolheu a denominada metodologia da abordagem baseada em risco (“*risk-based approach*”), e, a partir disso, a noção de risco passou a representar um elemento normativo do sistema de proteção de dados no Brasil.

Por fim, à guisa de conclusão, buscar-se-á avaliar criticamente este “estado da arte” deste modelo metarregulatório de proteção de dados pessoais atualmente adotado no Brasil, com considerações finais que se relacionam com as premissas e hipóteses que deram origem ao interesse da realização da presente pesquisa acadêmica e com o fio-condutor do trabalho anunciado no começo desta introdução.

CAPÍTULO I – A SOCIEDADE INFORMACIONAL E SUAS AMEAÇAS

1.1. A Sociedade da Informação

“A new economy emerged in the last quarter of the twentieth century on a worldwide scale. I call it informational, global, and networked to identify its fundamental distinctive features and to emphasize their intertwining”. – Manuel Castells¹³

A revolução tecnológica vivenciada a partir do final do séc. XX e que ganhou forte aceleração neste séc. XXI – especialmente com o surgimento e desenvolvimento da internet¹⁴ – culminou no que Manuel Castells denominou como uma “Sociedade Informacional”.¹⁶ Segundo o sociólogo espanhol, tal revolução da tecnologia da informação foi essencial para a implementação de um importante processo de reestruturação do sistema capitalista, notadamente a partir da década de 1980.¹⁷

Especialmente porque, diferente das demais revoluções (como as revoluções industriais), a atual revolução tecnológica possibilita a aplicação dos conhecimentos para a geração de dispositivos de processamento e comunicação da informação, "em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e o seu uso".¹⁸

Ainda, para além de adjetivar esse modelo de sociedade como “informacional”, Castells também explicita que esse novo modelo econômico revolucionado pela tecnologia da informação tem como características fundamentais: o seu alcance global e sua forma de organização em rede. Nas palavras do autor:

"É informacional porque sua produtividade e a competitividade de unidades ou agentes nessa economia (sejam empresas, regiões ou nações) dependem basicamente de sua capacidade de gerar, processar e aplicar de forma eficiente a informação

¹³ CASTELLS, Manuel. **The rise of the network society**. 2. ed. vol. I. – Oxford: Blackwell, 2000, p. 77.

¹⁴ Não é objeto deste trabalho tecer detalhes sobre o desenvolvimento e a história da internet, que tem seu embrião no contexto da Guerra Fria, sendo resultado principalmente de projeto desenvolvido por um órgão ligado ao Departamento de Defesa dos Estados Unidos (conhecido pela sigla ARPA), impulsionado frente ao temor decorrente do lançamento do primeiro satélite (Sputnik), pela União Soviética, em 4 de outubro de 1957.

¹⁵ Para uma leitura acerca da história e as origens da internet, conferir: Barry M. Leiner, Vinton G. Cerf, David D. Clark, Robert E. Kahn, Leonard Kleinrock, Daniel C. Lynch, Jon Postel, Larry G. Roberts, Stephen Wolff. **Brief History of the Internet. Internet Society**, 1997. Disponível em: <https://www.internetsociety.org/resources/doc/2017/brief-history-internet/>. Acesso em agosto de 2022.

¹⁶ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede. Vol. I**. 8. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2005, p. 57.

¹⁷ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede. Vol. I**, *op. cit.*, 2005, p. 50.

¹⁸ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede. Vol. I**, *op. cit.*, 2005, p. 69.

baseada em conhecimento. É global porque as principais atividades produtivas, o consumo e a circulação, assim como seus componentes (capital, trabalho, matéria-prima, administração, informação, tecnologia e mercados) estão organizados em escala global, diretamente ou mediante uma rede de conexões entre agentes econômicos. É rede porque, nas novas condições históricas, a produtividade é gerada, e a concorrência é feita em uma rede global de interação entre redes empresariais.¹⁹ (grifos inexistentes no original).

Neste novo paradigma, a informação passou a ser a matéria-prima e o elemento nuclear para o desenvolvimento da economia, substituindo os recursos que outrora estruturavam as sociedades agrícolas e industrial²⁰.

Conforme comparação igualmente feita por Bruno Bioni: "[a] informação é o (novo) elemento estruturante que (re)organiza a sociedade, tal como fizeram a terra, as máquinas a vapor e a eletricidade, bem como os serviços, respectivamente, nas sociedades agrícola, industrial e pós-industrial²¹".²²

A expressão Sociedade Informacional também é igualmente utilizada por David Lyon.²³⁻²⁴ O autor também utiliza a expressão "*new network society*"²⁵ para se referir a um novo paradigma, iniciado precipuamente no começo da década de 1960 e que se consolida em

¹⁹ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede. Vol. I.**, *op. cit.*, 2005, p. 119.

²⁰ Ainda, conforme simplificou o pesquisador Jorge Werthein, em referência à obra de Castells, "[a] expressão "sociedade da informação" passou a ser utilizada (...) como substituto para o conceito complexo de "sociedade pós-industrial" e como forma de transmitir o conteúdo específico do "novo paradigma técnico-econômico". WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. **Revista Ciência da Informação**, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000, p. 71.

²¹ O uso de expressões para definir o período comumente denominado como "pós-industrial" ou "pós-moderno" sempre gera polêmicas entre os estudiosos dos mais variados ramos das ciências sociais. Destacadamente, este assunto foi objeto de estudo pelo professor Jean-François Lyotard, para se referir ao período pós-décadas de 1950 e 1960 (com apogeu após a queda do muro de Berlim, em 1989), que se debruçou sobre "o saber nas sociedades informatizadas" e ganhou bastante notoriedade por afirmar "o fim das metanarrativas de legitimação do saber e da política" – referindo-se aos "grandes discursos produzidos no séc. XIX e explicadores da condição histórica do homem ocidental, nos seus aspectos econômicos, sociais e culturais". LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós Moderna**. trad. Ricardo Corrêa Barbosa. – 12. ed. – Rio de Janeiro: José Olympio, 2009, p. 127.

²² BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 4-5.

²³ O expressão "sociedade da informação" também é utilizada pelo português José de Oliveira Ascensão, catedrático da Universidade de Lisboa, com forte influência no Brasil, com publicações editadas aqui, sobretudo pela sua enorme relevância e contribuições nas searas de Direito Autoral e Propriedade Intelectual. Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da internet e da sociedade da informação**. – Rio de Janeiro: Forense, 2002.

²⁴ O autor é professor de sociologia da Faculdade de Direito da Universidade do Queen (em Kingston, estado de Ontário, no Canadá) e atual diretor do Centro de Estudos de Vigilância da mesma instituição. É possível visitar a página com biografia e trabalhos que estão sendo desenvolvidos por David Lyon, na página da Faculdade de Direito da Queen's University, disponível em: <https://law.queensu.ca/directory/david-lyon>. O Centro de Estudos de Vigilância também possui um portal próprio, disponível em: <https://www.surveillance-studies.ca/>. Acessos em agosto de 2022.

²⁵ Tradução livre: "nova sociedade em rede".

1980, no qual as relações sociais e econômicas não são mais primariamente organizadas na base de bens materiais.²⁶ Em seus estudos, David Lyon busca analisar a chegada do período pós-industrial e do que ele também denomina de “sociedade de serviços”²⁷, que foi revolucionado²⁸ pelas chamadas Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs).²⁹

David Lyon conclui sua obra “*The Information Society*”, escrita em 1988, com capítulo final que ele denominou como “cético, mas esperançoso” (*Sceptical yet Hopeful*) para demonstrar sua visão “positiva” frente aos impactos das chamadas TICs. Lyon afirma reconhecer as possibilidades e as potencialidades da Sociedade Informacional, mas frisa que não existe um caminho de desenvolvimento compreendido como “natural” (no sentido de ser inevitável).

Neste sentido, Lyon busca frisar que, para que a Sociedade Informacional represente uma melhoria para a sociedade global contemporânea, para isso também se demandará responsabilidades que recaem sobre todos nós, e não apenas dos tecnicistas ou dos políticos. Nas palavras do autor:

“We recognize the possibilities and potentiality of the information society, but we have to make it happen, there is no ‘natural’ development path. If we want the global society to be an improvement on contemporary global information society then the responsibility lies with us; equally, where do not want change in the way our societies handle certain issues (of which welfare is perhaps paramount), we should be wary of claims that the changes wrought by new technologies are inevitable. We need to be skeptical yet hopeful, we need to recognize the continuing interaction between the twin dynamics of the information society and not accept that any particular version of the information society (projected into the future) is inevitable, including our own preferred option. As before, (information) society will be what we make of it, and therefore the battle to conceive of the future is important and should not be left to the technician, or the policy-makers alone. There is nothing natural, nothing inevitable about information society: while we can make our own

²⁶ Por isso que David Lyon também cunhou a expressão “mundo sem peso” (*wightless word*).

²⁷ Stefano Rodotà também se utiliza da expressão, tanto para ressaltar a padronização e os crescentes vínculos internacionais, mas também para registrar suas consequências (que serão exploradas e objeto dos subcapítulos 1.2 e 1.3 deste trabalho): “A sociedade da informação se especifica, portanto, como ‘sociedade dos serviços’, com elevada padronização e crescentes vínculos internacionais. Disso decorrem duas consequências: quanto mais os serviços são tecnologicamente sofisticados, mais o indivíduo deixa nas mãos do fornecedor do serviço uma cota relevante de informações pessoais; quanto mais a rede de serviços se alarga, mais crescem as possibilidades de interconexões entre bancos de dados e de disseminação internacional de informações coletadas”. RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**, *op. cit.*, 2008, p. 100.

²⁸ Importante registrar que, apesar do autor utilizar o termo “revolução social”, este analisa de forma crítica e cética a transformação social que é costumeiramente exacerbada pelos autores que estudam o assunto. Nas palavras do autor: “(...) While there may be ‘revolution’ in ICTs, this has not brought about the wholesale social transformation that is often presented”. LYON, David. **The Information Society: Issues and Illusions**. – Cambridge: Polity Press. 1988, p. 59.

²⁹ LYON, David. **The Information Society**, *op. cit.*, 1988, p. 12.

history in the circumstances, we find ourselves in, we should recognize that these circumstances are not fixed or narrow as many commentators on the information society tell us”.³⁰ (grifos inexistentes no original).

A visão cética, mas também esperançosa, de David Lyon nos faz refletir sobre os contornos contemporâneos da nossa sociedade. Na medida em que praticamente todos vivenciam atualmente uma intensificação na utilização de dispositivos tecnológicos – que impactam e se relacionam com o tema da privacidade –, mas, como observado por David Lyon, muitas vezes sem uma reflexão crítica acerca da nossa própria autorresponsabilidade ao lidarmos com as Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs).

Não é razoável, contudo, acentuar e evidenciar apenas a autorresponsabilidade dos indivíduos quando se percebe que a maior parte dos consumidores que se utilizam destes dispositivos tecnológicos são inegavelmente leigos (há, irrefutavelmente, uma assimetria informacional, conforme se buscará demonstrar no subcapítulo 1.3 abaixo).

Por outro lado, também é fundamental compreendermos como se dá a heterorregulamentação da questão (leia-se: a regulação realizada pelas autoridades públicas por meio de normativas, notadamente oriundas do processo legislativo), no tocante aos limites impostos aos agentes (públicos e privados) que são operadores e controladores (termos que são inclusive utilizados pela legislação em vigor) enquanto fornecedores de TICs e que realizam atividades de tratamento de dados pessoais.

Neste sentido, ao analisar e tratar sobre a relação entre o desenvolvimento tecnológico – que marca profundamente, molda e adjetiva a sociedade como “informacional” – e o papel do Estado, Manuel Castells também afirma que:

"embora não determine a tecnologia, a sociedade pode sufocar o seu

³⁰ LYON, David. **The Information Society**, *op. cit.*, 1988, p. 182. Tradução livre: “Nós reconhecemos as possibilidades e potencialidades da sociedade da informação, mas nós temos que fazer acontecer, não existe um caminho de desenvolvimento ‘natural’. Se queremos que a sociedade global seja uma melhoria da sociedade da informação global contemporânea, então a responsabilidade recai sobre nós; da mesma forma, onde não queremos mudanças na maneira como nossas sociedades lidam com certas questões (das quais o bem-estar talvez seja o mais primordial), devemos ter cuidado com as alegações no sentido de que as mudanças provocadas pelas novas tecnologias são inevitáveis. Precisamos ser céticos, mas esperançosos, precisamos reconhecer a interação contínua entre as dinâmicas ‘gêmeas’ da sociedade da informação e não aceitar que qualquer versão específica da sociedade da informação (projetada no futuro) seja inevitável, incluindo-se nossa própria opção preferida. Como antes, a sociedade (da informação) será o que fizermos dela e, portanto, a batalha para conceber o futuro é importante e não deve ser deixada apenas para o tecnicista ou para os formuladores de políticas. Não há nada natural, nada inevitável na sociedade da informação: embora possamos fazer nossa própria história nas circunstâncias em que nos encontramos, devemos reconhecer que essas circunstâncias não são fixas ou limitadas como muitos comentaristas da sociedade da informação nos dizem”.

desenvolvimento principalmente por intermédio do Estado. Ou então, também principalmente pela intervenção estatal, a sociedade pode entrar num processo acelerado de modernização tecnológica capaz de mudar o destino das economias, do poder militar e do bem-estar social em poucos anos. Sem dúvida, a habilidade ou inabilidade de as sociedades dominarem a tecnologia e, em especial aquelas tecnologias que são estrategicamente decisivas em cada período histórico, traça seu destino a ponto de podemos dizer que, embora não determine a evolução histórica e a transformação social, a tecnologia (ou sua falta) incorpora a capacidade de transformação das sociedades, bem como os usos que as sociedades, sempre em um processo conflituoso, decidem dar ao seu potencial tecnológico".³¹ (grifos inexistentes no original).

Vale dizer: toda sociedade é capaz de estimular ou controlar o avanço e o desenvolvimento tecnológico, inclusive a partir da intervenção estatal (ainda que não seja uma relação interdependente ou imprescindível para o surgimento de novas tecnologias e desenvolvimento de novos modelos de negócios). Isto porque, a partir do exercício das atividades compreendidas como heterorregulação, o Estado limita, controla, mas também pode estimular o desenvolvimento tecnológico de diversas maneiras: seja por políticas públicas, seja por oferta de regulação segura para os agentes de mercado (que conhecem, de antemão, seus limites e possibilidades, direcionando investimentos).

Ou seja, cabe precipuamente ao Estado – ainda que contando com a participação dos agentes envolvidos (no modelo denominado de metarregulação³², conforme será melhor analisado no terceiro capítulo) –, dentro de sua estrutura orgânica que está primordialmente definida na Constituição, também estabelecer limites e de definir a escolha pelo melhor modelo de se regular o uso de determinadas tecnologias.

Precisamente por isso, cabe-nos perceber que o avanço tecnológico recentemente experimentado pela Sociedade Informacional, especialmente com a consolidação da internet e surgimento de plataformas como as redes sociais, revela como os indivíduos se valem do compartilhamento de informações pessoais para projetar sua personalidade, por meio da voluntária manifestação de suas preferências (gostos ou desgostos), experiências etc.

Este fenômeno pode ser denominado como “datificação da vida”.

A expressão surge a partir da percepção de que cada vez mais as pessoas se encontram imersas, “cotidianamente, na tecnologia, transmitindo e recebendo dados incessantemente, na mais elevada intensidade, muitas vezes sem perceber e sem anuir com a

³¹ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede. Vol. I.**, *op. cit.*, 2005, p. 44-45

³² Cf. BINNS, Reuben. Data Protection Impact Assessments: a meta-regulatory approach. *In International Data Privacy Law*, v. 7, n. 1, 2017. p. 22-35.

disponibilização das próprias informações”.³³

O problema surge a partir da prática denominada “mineração de dados”³⁴ (“*data mining*”), em que os ditos “mineradores” se utilizam desses tipos de dados pessoais dos indivíduos para inferir (re)ocorrência de acontecimentos e inferir (cor)relações entre eles, para a criação de mecanismos de publicidade e oferta de produtos e serviços.

Para examinar este assunto de forma mais detalhada, é importante compreender, previamente, como a circulação dos dados pessoais se dá de maneira tão intensa e volumosa na contemporaneidade e no contexto Sociedade da Informação que foi analisada neste primeiro subcapítulo.

Logo em seguida, finalizando este primeiro capítulo, serão investigados os riscos advindos de um modelo econômico de vigilância e as potencialidades de violação aos direitos dos indivíduos, notadamente em relação ao que se compreende como autodeterminação informativo.

³³ FERREIRA, Rafael Freire. **Autodeterminação informativa e privacidade na sociedade da informação**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 113.

³⁴ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p. 39.

1.2. A circulação de dados pessoais na Sociedade da Informação

“At present, people are happy to give away their most valuable asset – their personal data – in Exchange for free email services and funny cat videos”. – Yuval Harari³⁵

Como visto acima, o avanço tecnológico vivenciado pela Sociedade de Informação permitiu um aumento vertiginoso do compartilhamento de dados em grande escala e em alta velocidade, permitindo interação entre os indivíduos em tempo real.

Apenas para ilustrar e demonstrar a intensidade deste fluxo informacional, referenciam-se dados extraídos de um levantamento realizado nos últimos anos pela organização internacional Fórum Econômico Mundial (World Economic Forum) – em parceria com o portal *Visual Capitalist* – que busca mensurar o que ocorre na internet em um único minuto.³⁶

Somente em 2019, em apenas 60 segundos: 188 milhões de e-mails são enviados, são feitas 3,8 milhões de buscas e pesquisas no Google, 4,5 milhões de vídeos são visualizados no Youtube, mais de 390 mil aplicativos são baixados nas lojas virtuais dos smartphones, são realizados 1 milhão de acessos (*logins*) ao Facebook, 87.500 pessoas fazem postagens no Twitter, as mensagens encaminhadas pelo WhatsApp e pelo Facebook Messenger somam 41,6 milhões, para além das 18,1 milhões de mensagens de texto (SMS), entre tantas outras informações que são trocadas pelas diversas plataformas indicadas em um infográfico.

Mais recentemente, no ano passado (2021), em nova divulgação também noticiada pelo Fórum Econômico Mundial³⁷, desta vez em levantamento realizado pelo portal *AllAcces*³⁸, também revelou aumento nos números, para além da inclusão de novas plataformas com bastante destaque.

³⁵ Tradução livre: “No presente, as pessoas estão felizes em entregar seu ativo mais valioso – seus dados pessoais – em troca por serviços de e-mails gratuitos e por vídeos engraçados de gatos”. HARARI, Yuval N. **21 lessons for the 21st century**. New York: Spiegel & Grau, 2018, p. 79.

³⁶ Publicação veiculada em 15 de março de 2019. Disponível em <https://www.weforum.org/agenda/2019/03/what-happens-in-an-internet-minute-in-2019/>. Acesso em agosto de 2022.

³⁷ Publicação veiculada em 5 de agosto de 2021, disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2021/08/one-minute-internet-web-social-media-technology-online/>. Acesso em agosto de 2022.

³⁸ Publicação veiculada em 13 de abril de 2021, disponível em: <https://www.allaccess.com/merge/archive/32972/infographic-what-happens-in-an-internet-minute>. Acesso em agosto de 2022.

Vale destacar, em apenas 60 segundos: o número de mensagens enviadas por WhatsApp e Facebook Messenger subiu para 69 milhões; o número de mensagens de texto (SMS) também subiu, atingindo 21,1 milhões de envios. O número de e-mails também subiu para 197,6 milhões de envios. Foram registrados 5.000 mil *downloads* (aquisição perante as lojas de aplicativos como *Apple Store* e *Google Play Store*) da aplicação chinesa de vídeos Tik Tok. Por fim, destaca-se que foram registrados também o envio (despacho de compras) de 932 dispositivos de assistente de voz (tais como Alexa, Google Home etc.).

Este último dado (número de dispositivos de assistência por voz que são comprados em apenas um minuto – e que não constava nos levantamentos dos anos anteriores) refere-se a um dos equipamentos tecnológicos (destinado a tornar a “casa inteligente”) mais polêmicos³⁹ atualmente quando se discute os efeitos e os riscos advindos de um modelo de supervigilância⁴⁰ (tema que será especificamente tratado no próximo subcapítulo 1.3 abaixo).

Em comparação com os anos anteriores, o levantamento supramencionado aponta que os números estão subindo a cada ano à medida em que mais e mais pessoas obtêm acesso à internet em todo o mundo.⁴¹⁻⁴²

Em relação aos impactos da internet e das redes sociais⁴³ no nosso cotidiano, Júlio

³⁹ Em uma pesquisa feita pelo *site* estadunidenses PCMag, 68% dos entrevistados responderam que acreditam que os dispositivos de assistência por voz podem “ouvi-los” e compartilhar seus dados com empresas. Disponível em: <https://www.pcmag.com/news/are-you-worried-about-smart-home-devices-listening-to-you>. Acesso em 28 de agosto de 2022.

⁴⁰ Em um estudo realizado pela Universidade de Northeastern e veiculado no portal norte-americano Consumer Reports, pesquisadores apresentam evidências de que os dispositivos inteligentes gravam os consumidores “por engano”. Disponível em <https://www.consumerreports.org/smart-speakers/yes-your-smart-speaker-is-listening-when-it-should-not/>. Acesso em 28 de agosto de 2022. Bastante similar, em matéria veiculada pelo jornal New York Times de agosto de 2019, a mesma falha foi noticiada em relação aos dispositivos Alexa, da Amazon. Disponível em: <https://www.nytimes.com/wirecutter/blog/amazons-alexa-never-stops-listening-to-you/>. Acesso em 28 de agosto de 2022.

⁴¹ Os infográficos dos anos de 2017 e 2018 estão disponíveis no portal *Visual Capitalist*, em: <https://www.visualcapitalist.com/internet-minute-2018/>. Acesso em agosto de 2022.

⁴² No contexto brasileiro em específico, com base na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua e números de 2019, o IBGE divulgou que cresceu a proporção de domicílios com acesso à internet - o índice subiu de 79,1% para 82,7%, na comparação com 2018, um aumento de 3,6 pontos percentuais. No entanto, o Instituto aponta que 40 milhões de pessoas não têm acesso no país. Segundo o IBGE, entre as 183,3 milhões de pessoas com 10 anos ou mais de idade no país, 143,5 milhões (78,3%) utilizaram a internet nos últimos três meses. Jovens adultos entre 20 e 29 anos foram os que mais acessaram. O uso é maior entre estudantes (88,1%) do que entre não estudantes (75,8%). Os estudantes da rede privada (98,4%) usam mais do que os da rede pública (83,7%). Disponível em: <https://www.abranet.org.br/Noticias/IBGE%3A-40-milhoes-de-brasileiros-nao-tem-acesso-a-Internet-3345.html?UserActiveTemplate=site#.Ywut4HbMKUk>. Acesso em agosto de 2022.

⁴³ Conforme definição apresentada por Raquel Recuero: “Uma rede social é definida como um conjunto de dois elementos: atores (pessoas, instituições ou grupos; os nós da rede) e suas conexões (interações ou laços sociais). Uma rede, assim, é uma metáfora para observar os padrões de conexão de um grupo social, a partir das conexões

Longo observa como sendo uma característica crescente deste nosso atual século XXI é precisamente, “como um período em que as formas de organização, identidade, conversação e mobilização social sofrem uma grande influência do advento da comunicabilidade mediada pelo computador e também da própria possibilidade de conexão de redes que ligam não apenas computadores, mas pessoas”.⁴⁴

Deste modo, é possível afirmar que foi a partir da virtualização da informação⁴⁵ (que consiste basicamente em um processo desmaterialização do conhecimento⁴⁶) e também do ganho de escala na utilização de computadores (além da infinidade de tantos outros dispositivos portáteis, com ênfase para os *smartphones*, que se verificou uma virada exponencial (e aparentemente irreversível) na quantidade de informações geradas e que são processadas pelos mais diversos atores sociais – tanto por entes públicos quanto por agentes privados.⁴⁷

No ambiente virtual, em especial, os “rastros” deixados pelos indivíduos que navegam pela internet (incluindo-se notadamente as páginas que são visitadas, as mensagens que são enviadas, as postagens e comentários realizados em fóruns eletrônicos e redes sociais, os vídeos que são assistidos, as músicas que são reproduzidas etc.), são sempre armazenados e dão origem aos chamados *cookies*⁴⁸, que são apenas um dos mecanismos, dentre tantos outros (alguns nem sequer prévia ou expressamente informados), de registros das preferências dos

estabelecidas entre os diversos atores. A abordagem de rede tem, assim, seu foco na estrutura social, onde não é possível isolar os atores sociais e nem suas conexões”. RECUERO, Raquel. **Redes sociais na internet**. – Porto Alegre: Sulina, 2009, p. 24 *apud* LONGO, Júlio. **O coma da privacidade**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 58.

⁴⁴ LONGO, Júlio. **O coma da privacidade**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 52.

⁴⁵ Aqui, desde logo, revela-se importante fazer uma observação em relação à utilização dos termos “dado” e “informação”. Ainda muitas vezes parte da doutrina e até mesmo legislações tratam esses termos indistintamente, eles não se confundem e cada um possui peculiaridades que devem ser levados em conta. Deste modo, o termo “dado” refere-se a uma categoria mais “primitiva” e “fragmentada” que também pode ser considerada como uma “pré-informação” (no sentido de um elemento ou material “cru” ou “bruto”). Por sua vez, o termo “informação” relaciona-se com a noção de “conhecimento”. Isto é, corresponde ao resultado do processo cognitivo acerca do que representa(m) determinado(s) “dado(s)”. Conferir: DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. – 2. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 136; BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p. 36).

⁴⁶ O que antes era armazenado e transmitido por meio físico – na forma de átomos –, agora é capaz se transformar em *bits* (menor unidade de informação que pode ser armazenada ou transmitida) por meio de uma linguagem de programação que se vale sistema de dígitos binário de 0 e 1.

⁴⁷ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p. 6-7.

⁴⁸ Os “*cookies*” (do inglês, “biscoitos”) correspondem aos dados que ficam armazenados nos computadores, em diretório específicos, dos usuários e que são enviados aos navegadores, que também permite rastrear a navegação ou até mesmo acelerar o tempo de abertura das páginas de preferência daquele determinado usuário. Conferir: BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, 2019, p. 19.

usuários. Pense que isso se repete em cada um dos dispositivos eletrônicos que o usuário possui (computares pessoais, profissionais, celulares, televisores inteligentes, buscas em aparelhos de GPS, utilização do cartão de crédito, pedidos de comidas ou bebidas em aplicativos de entrega (*delivery*) etc.)⁴⁹.

Em suma, a forte e recente expansão na coleta de dados pode ser creditada a uma série de fatores, incluindo-se o surgimento da internet e a diminuição dos custos para coleta, armazenamento, processamento e análise de informações.

Ocorre que, em relação aos impactos do desenvolvimento da internet para o mercado de consumo, é pertinente citar o seguinte trecho da obra de Karla Matos em que a autora observa que:

"A internet permitiu que a opinião do consumidor sobre o produto circule mundialmente em apenas segundos, fazendo com que a empresa passasse a não determinar um produto ao usuário, mas que convocasse o próprio consumidor a manifestar seus anseios e desejos para definir qual produto deve existir para que ele consuma. As redes sociais, com seu capital social, têm um papel fundamental no contexto de interação entre os indivíduos circulando as opiniões do consumidor".⁵⁰

Consolidou-se, assim, o atual modelo da economia da informação, onde os dados – e nos parece ser seguro afirmar que mais do que nunca na história das civilizações – são insumos essenciais para praticamente todas (quicá para todas mesmo) as atividades econômicas desenvolvidas contemporaneamente.

Este modelo também foi denominado por Nick Srnicek⁵¹, que é um dos estudiosos sobre o tema e quem cunhou a expressão “economia movida a dados” (do inglês, "*data-driven economy*") para designar este novo modelo econômico do capitalismo do século XXI.

Neste novo modelo econômico, os dados se tornaram a matéria prima cada vez mais central para as empresas e suas relações com trabalhadores, clientes e outros também outras

⁴⁹ Cfr. KONDER, Carlos Nelson; LIMA, Marco Antônio de Almeida. *Geopricing, Geoblocking e discriminação algorítmica: pode a localização ser um dado sensível?* In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo. (Coord.). **Direito do consumidor e novas tecnologias**. – Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 59-86.

⁵⁰ MATOS, Karla Cristina da Costa e Silva. **O valor econômico das informações nas relações de consumo**. – São Paulo: Almedina, 2012, p. 147

⁵¹ Nick Srnicek é professor de Economia Digital no Departamento de Humanidades Digitais do King's College London e escreve sobre os novos agentes do sistema capitalista do séc. XXI: as plataformas digitais (tais como *Facebook, Amazon, Airbnb, Uber, Twitter, Youtube* etc.).

empresas capitalistas.⁵²

É importante notar que tal constatação se revela como uma mudança significativa em relação ao modo de utilização das informações pelos modelos econômicos anteriores (como no caso da sociedade industrial).

Como já dito, anteriormente, a própria informação torna-se a matéria prima principal deste novo modelo econômico contemporâneo. Neste sentido, conforme explica Cíntia Rosa Pereira de Lima:

“A economia informacional resultou da Revolução da Tecnologia da Informação. O conhecimento, ciência e a tecnologia sempre foram importantes para qualquer tipo e economia, mas estes eram utilizados para criar bens de consumo e prestar serviços. Em outras palavras, o resultado deste conhecimento e tecnologia era a base da sociedade industrial. Atualmente, a economia informacional destaca-se porque a própria informação é o produto e a prestação dos serviços. A informação é um valor em si mesma e não um meio para criar bens e serviços”.⁵³ (grifos inexistentes no original).

Ainda, para além de ser a principal matéria-prima para produtos e prestação de serviços, os próprios dados passaram por um processo de *monetização* sem precedentes.

Além disso, precisamente em razão do fato da informação ter passado a ser a matéria-prima essencial e o elemento nuclear para o desenvolvimento atividades econômicas (como um ativo muito valioso), tornou-se bastante comum a comparação e afirmação de que os dados pessoais corresponderiam ao “novo petróleo” (um dos principais ativo econômico da 2ª Revolução Industrial).⁵⁴ Exemplo notável disso, é que a revista britânica *The Economist*, de maio de 2017, foi veiculada com uma matéria jornalística (que foi destacada na capa) onde se afirmava que o dados pessoais teriam superado o valor econômico do petróleo.⁵⁵

A Sociedade da Informação também como característica ser uma sociedade consumista. Isto porque há uma convergência entre a sociedade da informação e a sociedade de consumo, na qual os dados coletados garantem a geração de valor competitivo às

⁵² SRNICEK, Nick. **Capitalismo de Plataformas**. 1. ed. – Buenos Aires: Caja Negra, 2021, p. 31-41.

⁵³ 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. 33

⁵⁴ FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais, *op. cit.*, 2019, p. 24.

⁵⁵ Refere-se a matéria intitulada “*The world’s most valuable resource is no longer oil, but data*” [tradução livre: o recurso mais valioso do mundo não é mais o petróleo, mas sim dados]. Data de 6 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em agosto de 2022.

empresas, na medida em que proporciona: a) uma maior capacidade de previsibilidade de consumo e de mitigação de riscos (com, por exemplo, perda de matéria, paralisação de estoque etc.); e b) de diferenciação estratégica de produtos, serviços e publicidade, a depender do perfil de cada consumidor.⁵⁶

Só que é precisamente aqui que o cenário também começa a ficar bastante nebuloso, a gerar bastante polêmicas e grandes preocupações.

Em que medida os produtos e serviços que são consumidos neste contexto estimulado corresponde a necessidade de verdadeiramente usufruir daquele determinado bem? Muitas vezes, consciente ou inconscientemente, o consumidor não realiza aquisição para a satisfação de uma necessidade, mas por impulso ou qualquer outra razão que até mesmo ele desconhece (seja para demonstrar pertencimento a uma determinada classe social ou para suprir; ou até mesmo para suprir uma demanda/necessidade artificialmente criada pelo mercado e suas técnicas de vendas massificada). Neste sentido, como bem observa Karla Matos:

"A sociedade da informação contribui para o surgimento de um novo indivíduo que tenta se inserir, cada vez mais, em redes sociais criadas na internet para demonstrar algum tipo de conhecimento sobre coisas específicas, pra fazer parte de alguma tribo ou para reconhecer algum símbolo que demonstre e personalize sua identidade aos demais usuários". (...) A sociedade da informação é uma sociedade consumista. O indivíduo tem que demonstrar às outras pessoas que possui certo poder econômico e, para tanto, passar a consumir não apenas pela necessidade de usufruir determinado bem, mas para demonstrar que detém conhecimento sobre o bem adquirido, para informar outra pessoa participante de sua rede social que comprou determinado bem, utilizou-o e esgotou todas as informações que ele tinha para proporcionar".⁵⁷ (grifos inexistentes no original).

Antes de avançarmos, para afastar qualquer possível crítica sobre este assunto, registra-se que não se pretende aqui defender qualquer tipo de intervencionismo exacerbado ou de paternalismos⁵⁸ em relação ao consumidor e suas liberdades.⁵⁹⁻⁶⁰

⁵⁶ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 89.

⁵⁷ MATOS, Karla Cristina da Costa e Silva. **O valor econômico das informações...**, *op. cit.*, 2012, p. 151-152.

⁵⁸ Sobre essa preocupação, quando se pensa “nos interesses em jogo” ao se pensar na tutela das informações e preocupado com a autonomia do indivíduos envolvidos, Stefano Rodotà expressamente refuta esse adjetivo nos seguintes termos: “Aqui não se trata de recusar o ‘paternalismo’ do legislador, invocando a liberdade de escolha de cada um: trata-se de, ao mesmo tempo, registrar de forma realista os limites do consentimento individual, inevitáveis quando em presença de fortes desníveis de poder nas relações de mercado, e de determinar os *standards* mínimos para a proteção efetiva de direitos fundamentais”. RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**, *op. cit.*, 2008, p. 101-102.

Entretanto, por outro lado, também surge uma válida e salutar preocupação quando a oferta de produtos e serviços extrapolam o campo da publicidade e adotam um modelo de negócio mais intrusivo – dando origem ao modelo denominado de capitalismo de vigilância, que será melhor descrito e definido mais adiante (ver subcapítulo 1.3 abaixo).

Vale dizer: buscou-se demonstrar que a circulação e o fluxo de informações, incluindo-se dados pessoais, aumentou vertiginosamente na sociedade contemporânea, em razão do rápido desenvolvimento de novas tecnologias, e de uma maneira sem precedentes.

Para que não se diga que se está enfatizando apenas os aspectos potencialmente negativos do advento das tecnologias da informação e da comunicação, cumpre registrar comentário positivo feito por Stefano Rodotà, no sentido de que as TICs também oferecem grandes oportunidades para a promoção de uma cidadania mais ativa. Conforme ressalta o referido autor: “[a] passagem da comunicação vertical, típica da televisão tradicional, à comunicação horizontal, típica da internet, permite resgatar o cidadão da passividade de espectador, tornando-o protagonista de um processo no qual desaparecem as distinções entre produtores e consumidores de informações”.⁶¹

Por outro lado, ocorre que a preocupação surge a partir da constatação de que, neste novo modelo, o próprio consumidor torna-se também um produto comercializável, já que seus dados pessoais integram a operação econômica em questão. E o pior de tudo: muitas vezes sem que ele tenha conhecimento ou tenha expressamente consentido com isso.

Trata-se de um modelo de negócio que, além de bastante intrusivo e muitas vezes indesejado pelo consumidor, é financiado ou suportado predominantemente pela “publicidade comportamental”. Para ilustrar um exemplo do que se configura como um modelo de negócio mais intrusivo, Bruno Bioni descreve as atividades dos chamados *data brokers*⁶²:

⁵⁹ Cabe destacar que, como bem tratado por Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, a liberdade apresenta uma pluralidade de sentidos que variam a depender do contexto histórico, político e social. Aponta-se que a(s) liberdade(s) e suas dimensões serão melhor analisada no subcapítulo 2.5 deste trabalho, quando for tratado do conceito de autodeterminação informativa. Cf. PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s)**. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

⁶⁰ De todo modo, não compõe o objeto deste estudo, mas é importante registrar a importância do tema que envolve a prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor, tendo sido objeto de recente modificação legislativa, operada a partir da Lei nº 14.181, de 2021, que inseriu normas específicas sobre o tema no Código de Defesa do Consumidor.

⁶¹ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**, *op. cit.*, 2008, p. 161.

⁶² Conforme definição trazida por Guilherme Goulart: “Os *databrokers* são instituições que coletam e mantêm

“Por exemplo, os *data brokers* prometem otimizar a qualidade das bases de dados pessoais de outros atores, certificando que elas contêm informações atualizadas para que, dentre outros motivos, a publicidade direcionada corresponda às preferências de um indivíduo. Além disso, com o processamento de bases de dados cada vez mais volumosas, eles conseguem segmentar grupos de prováveis consumidores com base numa determinada característica comum deles e alcançar qualquer tipo de potencial consumidor (*matching and targeting*). O resultado desejado é a predição comportamental desses indivíduos para refinar campanhas publicitárias (*data analytics*)”.⁶³ (grifos inexistentes no original).

Este modelo inegavelmente intrusivo e importunador, advindo das novas tecnologias e que proporcionaram o surgimento de novas formas de publicidade, também acabou por ampliar as possibilidades de danos aos consumidores. Por consequência, surge uma necessidade no sentido de que o sistema jurídico apresente novas soluções que tentem dar conta precisamente destes “riscos” e “ameaças” que se originam principalmente a partir de um modelo econômico pautado na constante vigilância dos indivíduos.

Deste modo, refletir sobre o direito à proteção de dados pessoais igualmente se apresenta como um instrumento de tutela da própria pessoa, na medida em que visa à imposição de limites, combater abusos e punir violações destas novas formas de publicidade. Assim, essa proteção e tutela jurídica dos direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais também tem, dentre outros objetivos, o de combater o assédio indevido e a perturbação do sossego dos titulares de dados, na condição de consumidores.⁶⁴⁻⁶⁵

Afinal, conforme bem observa Paulo Lôbo, em razão do processo de monetização supramencionado, “[o]s dados pessoais passaram a constituir fonte de incalculável lucro para empresas provedoras desses dados, em prejuízo da privacidade de seus titulares, no denominado capitalismo de vigilância, baseado na mais-valia comportamental, o qual transita

dados de milhões de pessoas para a realização de análises e empacotamento de dados, podendo ou não processar informações pessoais. Os serviços são usados para verificação de identidade, diferenciação de registros (homônimos, por exemplo), oferecimento de serviços de *marketing* e prevenção de fraudes. Em geral, as atividades são realizadas sem a permissão e o conhecimento do usuário, o que representa uma grande violação da boa-fé e também do princípio da transparência das relações de consumo”. GOULART, Guilherme Damasio. Por uma visão renovada dos arquivos de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 107. ano 25. p. 447-482. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2016, p. 452.

⁶³ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p. 31.

⁶⁴ BASAN, Arthur Pinheiro; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A proteção de dados pessoais e a concreção do direito ao sossego no mercado de consumo. **civilistica.com**, a. 9., n. 3., 2020, p. 1-24.

⁶⁵ Sobre o tema, conferir também: BRITO, Dante Ponte de. Publicidade nas Redes Sociais e a violação à privacidade do consumidor. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (Coord.). **Privacidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 50-73.

ao lado do Estado de vigilância da contemporaneidade”.⁶⁶

De igual maneira, Carlos Nelson Konder pontua que “o valor econômico da informação torna ainda mais lucrativa a violação à privacidade, assim como enseja a proliferação de meios indiretos de usurpação de dados pessoais”.⁶⁷

Ou seja, precisamente em razão do ganho de relevância e a elevação do valor econômico dos dados pessoais, acabam por surgir diversos “incentivos” para que parcela dos agentes de tratamento atuem, inclusive ilicitamente, em busca de um retorno cada vez mais lucrativo.

Vale dizer: em um ambiente desregulamentado e sem fiscalização do cumprimento das normas protetivas, abre-se espaço para a vigência apenas de uma lógica de incentivos que pode ser muito perniciosa, na medida em que enfraquece a proteção em si, mas também tem o potencial de incentivar uma sistemática violação aos direitos da personalidade dos indivíduos envolvidos, enquanto consumidores e titulares de dados.

É justamente em razão das preocupações oriundas dessas potenciais violações à privacidade e a outros direitos da personalidade que, mais do que nunca, deve ser feita uma reflexão crítica acerca da sistemática jurídica de tutela e proteção destes direitos.

Explicita-se que não se trata de querer limitar o fluxo informacional de maneira a querer retornar ao modelo anterior ao contexto da Sociedade Informacional, tampouco de adotar medidas regulatórias em que implicarão, no final do dia, em medidas de desincentivo para o desenvolvimento econômico e surgimento de novas tecnologias (qualquer medida neste sentido, viola o valor da livre iniciativa, igualmente assegurado constitucionalmente). Trata-se, efetivamente, em se pensar quais são os limites impostos aos agentes de tratamento de dados pessoais, buscando conjugar e harmonizar o livre fluxo informacional com a garantia e proteção dos direitos dos titulares.

Avançando, passa-se a tratar, finalmente, acerca dos riscos advindos deste modelo econômico de vigilância.

⁶⁶ LÓBO, Paulo. Direito à privacidade e sua autolimitação. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (Coord.). **Privacidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 24

⁶⁷ KONDER, Carlos Nelson. Privacidade e corpo: convergências possíveis. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 2, 2013, p. 362.

1.3. Os riscos advindos de uma sociedade de vigilância

*“We do not have to live in a world where hidden scores determine people’s fate, or human manipulations of the stock market remain as inscrutable as the ‘invisible hand’. We should not have to worry that fates of individuals, business, and even our financial systems are at the mercy of hidden databases, dubious scores, and shadow bets”.*⁶⁸

Se por um lado os contributos do desenvolvimento tecnológico são positivos para este novo modelo econômico, na medida em que, para além de proporcionar a capacidade de processamento de dados em informações em grande escala, também permite uma interação simultânea entre os indivíduos com uma comunicação global e em rede (superando o problema das barreiras geográficas); por outro lado, também surgem externalidades negativas decorrentes do monitoramento e da vigília constante que tais tecnologias permitem sobre o dia-a-dia e sobre a própria vida das pessoas.

Tais externalidades decorrentes deste avanço tecnológico, em que se enfrenta um constante monitoramento da vida das pessoas em busca de dados como matéria prima deste novo modelo econômico, resultam na constituição de uma verdadeira sociedade de vigilância, que, por consequência, também constitui o que Shoshana Zuboff denomina como modelo de “*capitalismo de vigilância*”. Ainda segundo a mesma autora, “[o] capitalismo de vigilância reivindica de maneira unilateral a experiência humana como matéria-prima gratuita pra a tradução em dados comportamentais”.⁶⁹

No contexto brasileiro, Ana Frazão, ao tratar do tema sob o ponto de vista dos efeitos na seara jurídica, inclusive com referências à obra de Zuboff, também aponta que “é possível verificar que a economia movida a dados e o capitalismo de vigilância são as duas faces da mesma moeda pois, quanto maior a importância dos dados, mais incentivo haverá para o aumento da vigilância e, por conseguinte, maior será a coleta de dados”.⁷⁰

Vale dizer: o modelo de capitalismo de vigilância se torna extremamente perverso e preocupante na medida em que gera um ciclo que pode se tornar vicioso, afinal, os incentivos para intensificação da coleta de dados não parecem ter fim, como algo praticamente infinito.

⁶⁸ PASQUALE, Frank. **The black box society**. The secret algorithms that control money and information. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 16.

⁶⁹ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na fronteira do poder**. trad.: George Schlesinger. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 18.

⁷⁰ FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais, *op. cit.*, 2019, p. 28.

Ocorre que as consequências e os efeitos deste modelo ainda são pouco conhecidos e imprevisíveis.

Neste mesmo sentido, como observa Karla Matos, ao desenvolver trabalho sobre o valor econômico das informações, contemporaneamente a comunicação adquiriu uma objetividade de caráter transpessoal.

A referida autora faz essa constatação a partir da percepção de que, no contexto da Sociedade Informacional do surgimento das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs), a reboque, também se verificou o surgimento de resultados que são imprevisíveis às expectativas dos indivíduos acerca do aparato tecnológico disponível e da potencialidade de utilização de toda a extrema quantidade de dados que são gerados e coletados a todo momento, pelos mais diversos dispositivos (inclusive acentuado a partir do advento da, assim denominada, Internet das Coisas (conceito mais popularmente difundido em inglês, “*Internet of Things*”, e sua sigla/acrônimo IoT) e sua interação constante entre esses diferentes tipos de dispositivos⁷¹), com os quais as pessoas, independentemente da faixa etária, passaram a ter intenso contato no dia-a-dia.⁷²⁻⁷³

Em uma apresentação de outra denominação para este modelo, Evgeny Morozov cunhou a expressão “capitalismo dadocêntrico”, para se referir aos novos mercados informacionais, nos quais se torna relevante apreender os perfis e monitorar a personalidade, para coletar os gostos e os movimentos diários dos indivíduos. Nas palavras do autor bielorrusso:

“O modelo de capitalismo ‘*dadocêntrico*’ adotado pelo Vale do Silício busca converter todos os aspectos da existência cotidiana em ativo rentável: tudo aquilo que costumava ser o nosso refúgio contra os caprichos do trabalho e as ansiedades do mercado. Isso não ocorre apenas pela atenuação da diferença entre trabalho e não trabalho, mas também quando nos faz aceitar tacitamente a ideia de que nossa re-

⁷¹ Conferir, acerca dos impactos da Internet das Coisas sobre a privacidade e segurança: CAMARGO, Coriolano Almeida; SANTOS, Cleórbete. Internet das coisas: impactos sobre a privacidade e a segurança. p. 117-130. In: LONGHI, Isabel Carvalho Sica [et. al.] (coord.). **Direito e novas tecnologias**. – São Paulo: Almedina, 2020

⁷² MATOS, Karla Cristina da Costa e Silva. **O valor econômico das informações...**, *op. cit.*, 2012, p. 120.

⁷³ “Cientistas de dados advertem que a capacidade do mundo produzir informações excedeu de maneira substancial sua capacidade de processar e armazenar informação. Consideremos que a nossa memória tecnológica vem quase dobrando a cada três anos aproximadamente. Em 1986, apenas 1% da informação do mundo era digitalizada e 25% em 2000. Em 2013, o progresso de digitalização e datificação (a aplicação de *software* que permite a computadores e algoritmos processar e analisar dados brutos), combinado a novas e mais baratas tecnologias de armazenamento, convertia 98% da informação mundial em formato digital. A informação é digital, mas seu volume excede a nossa capacidade de discernir seu significado.” ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**, *op. cit.*, 2020, p. 219-220.

putação é uma obra em andamento – algo a que podemos e devemos nos dedicar 24 horas por dia, sete dias por semana. Dessa maneira, tudo vira um ativo rentável: nossos relacionamentos, nossa vida familiar, nossas férias e até nosso sono (agora você é convidado a rastrear o sono, a fim de aproveitá-lo ao máximo no menor tempo possível)”.⁷⁴ (grifos inexistentes no original).

A grande e maior preocupação surge a partir da compreensão do fato que todo esse fluxo informacional possibilitou o surgimento de novas tecnologias de armazenamento e processamento de informações, que se constituem em ferramentas (conhecidas pelas expressões, em inglês, como “*Big Data*”⁷⁵ ou “*Big Analytics*”) que são utilizadas para analisar e inclusive prever tendências em tempo real.⁷⁶⁻⁷⁷

É importante perceber que esse contexto (e as possibilidades advindas dessas novas ferramentas tecnológicas) facilitou muito para que essas informações sejam digitalmente reunidas e organizadas, principalmente com auxílio de ferramentas e técnicas que se valem da chamada “*inteligência artificial*” (a partir da utilização de algoritmos⁷⁸⁻⁷⁹), que permitem o processamento de dados com a finalidade de organização e diferenciação dos indivíduos em

⁷⁴ MOROZOV, Evgeny. **Big Tech: a ascensão e a morte da política**. Trad. Por Claudio Marcondes. São Paulo: Ubu Editora, 2018, p. 31

⁷⁵ Importante registrar o *Big Data*, por si só, não é e não corresponde a um sistema inteligente. Ele se refere uma base de dados gigante (que costuma ser descrito como caracterizado por três “V”: volume, velocidade e variedade). Esse mecanismo é utilizado, principalmente a partir de utilização de algoritmos, para processamento e organização daqueles dados, em busca de informações que apontem recorrência de acontecimentos e permita inferir ou até mesmo prever comportamentos futuros”. BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.39-42.

⁷⁶ Conferir: LEMOS, Thales de Melo e. Gigantes de Internet. Novas formas de poder empresarial e desafios para o Direito Antitruste. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). **Empresa, mercado, tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 201-216.

⁷⁷ Conferir: BETTIOL, Heloisa Meirelles. Implicações do Big Data na análise de atos de concentração. Uma breve análise do caso Facebook/WhatsApp. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Ângelo Gamba Prata de (Coord.). **Empresa, mercado, tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 235-254.

⁷⁸ Conforme conceito trazida por Paulo Reis, algoritmo pode ser definido “como sendo uma sequência finita e lógica de instruções executáveis, especificadas em uma determinada linguagem [de programação de computadores], que mostram como resolver determinado problema”. REIS, Paulo Vitor Alfeo. **Algoritmos e o Direito**. – São Paulo: Almedina, 2020, p. 107.

⁷⁹ A utilização de algoritmos, em si, não é o grande problema e a preocupação que integra o objeto do presente estudo. Afinal, na origem, trata-se de um procedimento lógico-matemático que se revelou muito eficaz – combinado com o avanço tecnológico e com o aumento da capacidade de processamento por computadores – na solução de problemas (exemplificativamente, processar uma grande base de dados e dali extrair informações úteis ao seres humanos). Por isso que, do ponto de vista econômico, trata-se de uma grande inovação tecnológica e que permite uma infinidade de possibilidades para os agentes (nas apenas para o mercado, mas também para a criação e viabilização de políticas públicas). Entretanto, o problema e as preocupações surgem, e também consequentemente ganha relevância jurídica, quando os algoritmos são utilizados para práticas ilícitas, como, exemplificativamente, para adoção de práticas discriminatórias. Em razão disso, hoje há um enorme debate acerca dos limites morais e legais em relação a sua utilização. Acerca do tema da “*utilização justa*” dos algoritmos, conferir: BURK, Dan L. Algorithmic Fair Use. **The University of Chicago Law Review**, 2019, p. 283- 307.

diferentes tipos de grupos sociais (prática denominada como “perfilização”⁸⁰).

Ocorre que essas técnicas e ferramentas se valem de uma lógica identitária, relacional, para a criação de identidade políticas, que são utilizadas para as mais variadas finalidades, sendo grande parte delas não expressamente informadas, e até mesmo para fins ilícitos, como para práticas discriminatórias e segregacionistas.

Neste sentido, Cathy O’Neil⁸¹ analisa precisamente os impactos da utilização de algoritmos e outros mecanismos de processamento de grandes bases de dados (*Big Data*) – para identificar o que a autora denominou como “Armas de Destruições Matemáticas” (ADMs)⁸² –, bem como para demonstrar como essas novas tecnologias têm o potencial de aumentar a desigualdade e a representam uma ameaça efetiva e concreta para a própria democracia.

Em sua obra, O’Neil apresenta diversos exemplos⁸³ (que envolvem agentes públicos e privados) de como a utilização de modelos⁸⁴ e dados estatísticos costumam punir grupo de indivíduos que já são marginalizados, agravando o problema da desigualdade.

Ainda a título de exemplificação dos potenciais efeitos perniciosos de tecnologias como o *Big Data*, no contexto de uma sociedade de vigilância, é necessário chamar atenção para consignar a total falta de transparência, de responsabilização e também de prestação de

⁸⁰ “uma técnica comum no mercado de consumo é a construção de perfil, denominada *profiling*. Esse perfil criado é uma espécie de “avatar” que representa o consumidor a partir da reunião de diversos dados pessoais, como os relacionados às preferências, costumes, hábitos de consumo, classe social, *hobbies* etc. A criação do perfil tem a finalidade de construir uma representação fiel e confiável do consumidor, capaz de gerar previsibilidades quanto aos seus comportamentos de consumo, isto é, uma verdadeira “biografia digital”. Assim, a caracterização do perfil tem como finalidade determinar o que é relevante dentro de um contexto, por exemplo, quais são os consumidores que podem se interessar por um determinado produto”. BASAN, Arthur Pinheiro; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A proteção de dados pessoais e a concreção do direito ao sossego no mercado de consumo, *op. cit.*, 2020, p. 12.

⁸¹ A autora é Ph.D. em matemática pela Universidade de Harvard e pós-douta pelo MIT e atualmente é professora na Barnard College, de Nova York. Durante a crise de 2008, trabalhou com métodos quantitativos para empresas de mercado financeiro, o que lhe despertou o interesse pelo estudo que culminou na obra aqui referenciada.

⁸² Cathy O’Neil, ao tratar sobre a utilização de modelos matemáticos, afirma que “os mesmos modelos que causam danos poderiam ser usados em benefício da humanidade. Em vez de mirar pessoas com a intenção de manipulá-las, poderiam alinhá-las para receberem auxílio”. O’NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça à democracia. trad. Rafael Abraham. 1. ed. – Santo André, SP: Editora Rua do Sabão, 2020, p. 306.

⁸³ A autora cita exemplos envolvendo monitoramento policial, encarceramento, concessão de crédito, avaliação de escolas e universidades, bem como eleitorais.

⁸⁴ Conforme dito pela autora, “os modelos, apesar de sua reputação de imparcialidade, refletem objetivos e ideologias”. O’NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**, *op. cit.*, 2020, p. 35.

contas (ligado ao princípio da *accountability*, que será melhor explorado mais a frente, no terceiro capítulo) deste novo modelo de economia movida à dados. Neste sentido, como aponta análise por Ana Frazão:

“No contexto de uma sociedade de vigilância, o *Big Data* tudo vê, sendo capaz de capturar todas as pegadas digitais dos usuários para, a partir daí, utilizar seus “poderes” não apenas para registrar e processar o passado e o presente, como também para antecipar e decidir o futuro das pessoas. E o mais preocupante é que faz tudo isso sem a devida transparência e *accountability*, já que os algoritmos utilizados por governos e grandes agentes empresariais são normalmente considerados segredos, respectivamente de Estado ou de negócios”⁸⁵. (grifos inexistentes no original).

Essa total falta de transparência e a ausência de *accountability* que levou Frank Pasquale a cunhar uma metáfora para representar a ideia de um “espelho unidirecional”⁸⁶⁻⁸⁷, que permite que apenas um dos lados tenha acesso à todas as informações enquanto que o outro tem cada vez menos conhecimento sobre quem as utiliza e para quais finalidades.⁸⁸

Vale dizer: o cidadão, isto é, o titular dos dados, não sabe quem são e quais as intenções dos agentes de tratamento. Em uma análise muito semelhante, Zuboff descreve como o capitalismo de vigilância age por meio dessas assimetrias:

“O capitalismo de vigilância age por meio de assimetrias nunca antes vistas referentes ao conhecimento e ao poder que dele resulta. Ele sabe tudo *sobre nós*, ao passo que suas operações são programadas para não serem conhecidas *por nós*. Elas acumulam vastos domínios de um conhecimento *proveniente de nós*, mas que não é *para nós*. Elas predizem nosso futuro a fim de gerar ganhos para os outros, não para nós”.⁸⁹ (grifos inexistentes no original).

⁸⁵ FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais, *op. cit.*, 2019, p. 38

⁸⁶ A expressão original de Frank Pasquale, em inglês, é “*one-way-mirror*”. PASQUALE, Frank. **The black box society.**, *op. cit.*, 2015, p. 9.

⁸⁷ Laura Schertel Mendes utiliza a expressão “consumidor de vidro” (em referência a obra de Susanne Luce), quando trata da vulnerabilidade, fragilidade e exposição no contexto específico de mercado de consumo. Nas palavras da autora: “A vulnerabilidade do consumidor nesse processo de coleta e tratamento de dados pessoais é tão patente que se cunhou a expressão “consumidor de vidro” para denotar a sua extrema fragilidade e exposição no mercado de consumo, diante de inúmeras empresas que tomam decisões e influenciam as suas chances de vida, a partir das informações pessoais armazenadas em bancos de dados”. MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais. *In*: MARQUES, Claudia Lima; GSELL, Beate. **Novas tendências do direito do consumidor**: rede Alemanha-Brasil de pesquisas em direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 24-25.

⁸⁸ A metáfora é assimilada a partir da compreensão que os dados pessoais dos cidadãos têm sido utilizados por governos e grandes players econômicos para a criação de um espelho de visível por apenas um lado, possibilitando que tais agentes saibam tudo dos cidadãos, enquanto estes nada sabem dos primeiros. PASQUALE, Frank. **The black box society.**, *op. cit.*, 2015, *passim*. Conferir, também sobre a análise da metáfora de Pasquale: FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais, *op. cit.*, 2019, p. 27-30.

⁸⁹ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**, *op. cit.*, 2020, p. 22.

A combinação de diversas técnicas automatizadas permite a obtenção de informações sensíveis sobre os cidadãos e a construção de verdadeiros perfis virtuais (a chamada técnica de “perfilização”⁹⁰, já mencionada anteriormente), que passam a fundamentar a tomada de decisões econômicas, políticas e sociais.⁹¹

Essa apropriação das informações dos indivíduos para alimentar o novo mercado informacional reafirma o ditado que se popularizou no meio digital que, “se o serviço na *web* é gratuito é porque você é o produto” – modalidade também denominada de “*freemium*”, como uma combinação do termos gratuito (*free*) e prêmio/diferenciado (*premium*)⁹².

Em análise da frase “se for de graça, então o produto é você”, Zuboff afirma que essa afirmativa não é propriamente correta.

Para demonstrar isso, a autora apresenta um raciocínio mais complexo para demonstrar que nós somos “as fontes do *superávit* crucial do capitalismo de vigilância”⁹³: os objetos de uma operação de extração de matéria-prima tecnologicamente avançada e da qual é cada vez mais impossível escapar. Nesta medida, segundo sustenta a autora, “os verdadeiros clientes são as empresas que negociam nos mercados de comportamento futuro”.⁹⁴

⁹⁰ Em relação a criação a utilização de dados para criação de “perfis”, Stefano Rodotà ressalta preocupação quanto a autonomia dos indivíduos: “Trata-se de uma nova ‘mercadoria’ cujo comércio pode determinar os tradicionais riscos para a privacidade; mas pode, sobretudo, modificar as relações entre fornecedores e consumidores de bens e serviços, reduzindo a autonomia destes últimos de tal forma que pode chegar a incidir sobre o modelo global de organização social e econômica”. RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**, *op. cit.*, 2008, p. 62.

⁹¹ MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 79, p. 45-81, 2011, p. 46.

⁹² Bruno Bioni explica que “[p]or essa lógica, o consumidor torna-se também um produto comercializável, já que seus dados integram a operação econômica em questão. Trata-se de um modelo de negócio que é financiado ou suportado predominantemente pela publicidade comportamental. Em primeiro momento, atrai-se o usuário para que ele usufrua um serviço e/ou produto para, em um segundo momento, coletar seus dados pessoais e, então, viabilizar o direcionamento da mensagem publicitária, que é sua fonte de rentabilização. A terminologia *zero-price advertisement business model* resume bem essa dinâmica. Os usuários não pagam uma quantia monetária (*zero-price*) pelo produto ou serviço. A contraprestação deriva do fornecimento de seus dados pessoais, o que possibilita o direcionamento de conteúdo publicitário, e cuja receita pagará, indiretamente, pelo bem de consumo (*advertisement business model*). Há uma troca (*trade-off*) dos dados pessoais pelo serviço ou produto. O consumidor, quando lê uma notícia em um portal, quando envia *e-mails*, quando posta em uma rede social, quando efetua uma busca e quando consome outros tipos de produtos e serviços, acaba por movimentar tal ciclo econômico”. BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p. 25-27.

⁹³ Por *superávit*, a autora explica sua afirmação a partir da ideia de que “o capitalismo de vigilância começa com a descoberta comportamental. Mais dados comportamentais são transmitidos do que o necessário para melhorias nos serviços. Esse *superávit* alimenta a inteligência de máquina – o novo meio de produção – que gera predições do comportamento do usuário. Esses produtos são vendidos para empresas clientes em novos mercados futuros comportamentais. O ciclo de reinvestimento de valor comportamental é subordinado a essa nova lógica”. ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**, *op. cit.*, 2020, p. 118.

⁹⁴ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**, *op. cit.*, 2020, p. 22.

Ainda, para demonstrar o processo de “comoditização” dos dados pessoais e a descoberta do *superávit* comportamental, a autora até apresenta uma figura (também colacionada abaixo), que consiste em um desenho bastante interessante, na medida em que, imitando uma linha de produção de uma indústria, ilustra didaticamente o processo descoberta do *superávit* comportamental no capitalismo de vigilância. Veja-se:

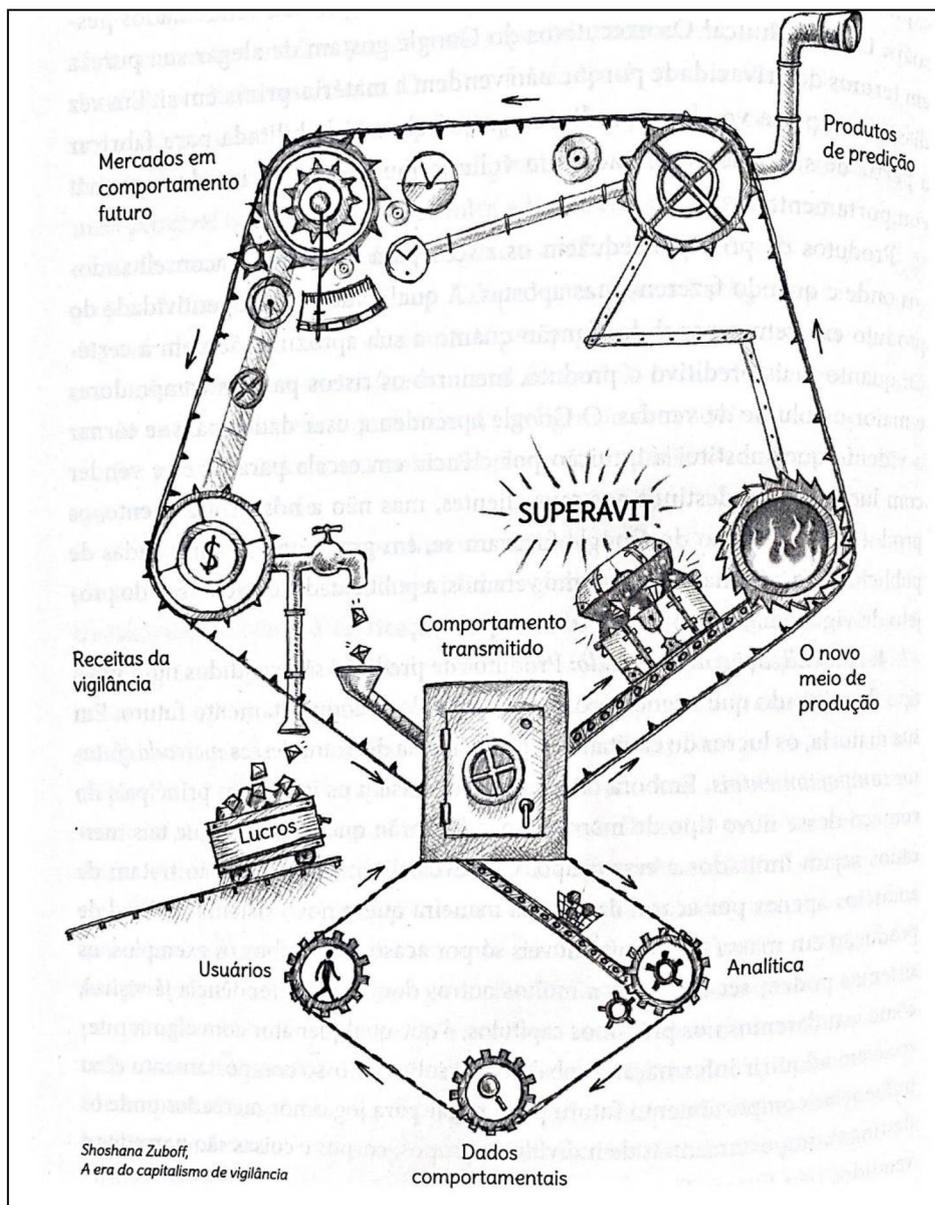


Figura 2 – A descoberta do *superávit* comportamental. Fonte: Shoshana Zuboff (2020)⁹⁵.

Um grande “paradoxo” surge, entretanto, da percepção no sentido de que, apesar do rápido desenvolvimento e consolidação deste modelo de capitalismo de vigilância, que dele decorrem diversos riscos que precisam ser enfrentados e endereçados para garantia e proteção

⁹⁵ ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância*, op. cit., 2020, p. 118

da privacidade e da autodeterminação dos indivíduos (conceito que será objeto de análise específica no subcapítulo 2.5 deste trabalho), este ainda parece ser um assunto que não gera uma real preocupação para uma grande parcela da sociedade.

Neste preciso sentido, conforme observa a própria Shoshana Zuboff acerca deste paradoxo, a autora descreve sua percepção no sentido de que, “[o] capitalismo de vigilância tem fincado raízes com tanta rapidez que, com exceção de um corajoso quadro de eruditos jurídicos e ativistas especialistas em tecnologia, ele tem conseguido, com muito astúcia, fugir da nossa compreensão e concordância”.⁹⁶

Deste modo, para além das preocupações em relação aos aspectos da seara dos direitos individuais e de natureza privada, tais como a proteção da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, o que se pretende ressaltar também neste estudo, sobretudo, é que os novos contornos da Sociedade da Informação também repercutem em diversas outras questões públicas.

Um dos exemplos marcantes relaciona-se com a temática da liberdade de expressão e da disseminação de informações falsas (a tão em voga questão das *fake news*⁹⁷⁻⁹⁸) nas plataformas digitais (mídias e redes sociais), que, ao fim e ao cabo, podem – em maior ou menor grau de intensidade – acarretar ameaças e colocar em risco o próprio processo democrático. Ou então, ao menos ao acarretar em prejuízos em relação ao que se costuma denominar como um “nível de qualidade da democracia”⁹⁹.

Afinal, como adverte Ana Frazão, “[m]uito mais do que um problema apenas de privacidade no sentido do direito à intimidade ou de ser deixado só, a proteção de dados, nesse contexto, é fundamento para a preservação da individualidade, da liberdade e da própria

⁹⁶ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**, *op. cit.*, 2020, p. 70.

⁹⁷ Sobre este tema, conferir: ARCHENGAS, João Victor. Estado de emergência digital: regulando fake news durante a pandemia. **Portal eletrônico JOTA** de 08.05.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-emergencia-digital-regulando-fake-news-durante-a-pandemia-08052020>. Acesso em agosto de 2022.

⁹⁸ Conferir também: FRAZÃO, Ana. O negócio das fake news e suas repercussões. **Portal eletrônico JOTA** de 22.07.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-negocio-das-fake-news-e-suas-repercussoes-22072020>. Acesso em agosto de 2022.

⁹⁹ Acerca do conceito de “nível de qualidade democrática” conferir: MOISÉS, José Álvaro. **Democracia e confiança: por que os Cidadãos Desconfiam das Instituições Políticas?** – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010, p. 34-35.

democracia"^{100, 101}.

Ainda que seja um dos desdobramentos mais polêmicos e instigantes em relação a este assunto, as temáticas que envolvem os riscos políticos (e notadamente até ameaças a própria democracia¹⁰²) não são o foco principal deste trabalho.

Com efeito, o foco do presente estudo é analisar a sistemática normativa atualmente vigente, que busca garantir a autodeterminação informativa dos titulares – norteado pelo princípio da dignidade da pessoa humana – para garantia do livre desenvolvimento da sua personalidade, sem prejuízo do reconhecimento da importância de se garantir o livre desenvolvimento das atividades econômicas pelos agentes (públicos e privados) de tratamento de dados pessoais.

Por esta razão, no próximo capítulo, que buscará compreender qual a tutela jurídica atualmente conferida à proteção de dados pessoais, será analisada a evolução do(s) conceito(s) de privacidade, perpassado pelos seus fundamentos, até culminar na sistemática jurídica atual, onde o direito à proteção de dados pessoais é reconhecido como uma espécie de direito da personalidade, bem como um direito fundamental autônomo.

Ainda que, conforme ressaltado por Cíntia Rosa Pereira de Lima, “(...) a sociedade informacional é interconectada e coexiste em uma dinâmica transfronteiriça, o que acentua os desafios ao *enforcement* das leis de proteção de dados pessoais”¹⁰³.

A importância de destacar os potenciais riscos advindos de uma sociedade informacional e um modelo capitalista de vigilância, como se pretendeu explorar e sintetizar neste subcapítulo do trabalho, se relaciona com a advertência e afirmação feita por Bruno Bioni no sentido de que "qualquer perspectiva regulatória para a proteção dos dados pessoais

¹⁰⁰ FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais, *op. cit.*, 2019, p. 38.

¹⁰¹ Cf. LANA, Alice Perdigão de; CORTIANO, Marcelle. Direito à autodeterminação informativa e o exercício democrático: reflexões sobre as experiências alemã e brasileira. In: WACHOWICZ, Marcos. **Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do direito comparado**. – Curitiba: Gedai, UFPR, 2020, p. 356-385

¹⁰² Sobre o tema, conferir também: BOEHME-NEßLER, Volker. Privacy: a matter of democracy. Why democracy needs privacy and data protection. **International Data Privacy Law**, 2016, published in July 25, 2016.

¹⁰³ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Autoridade Nacional de Proteção de Dados...**, *op. cit.*, p. 60.

deve levar em consideração (...) a existência de uma economia de vigilância”¹⁰⁴.

De igual maneira, Patrícia Peck Pinheiro ressalta que o grande cerne da questão não está em simplesmente definir "se privacidade deve ou não ser protegida (claro que deve ser), mas [se relaciona com a definição do paradigma e de quais são os limites éticos ou mesmo filosóficos] do modelo de negócios estabelecido, visto que a informação virou não apenas a riqueza do século XXI como também a moeda de pagamento".¹⁰⁵

Compreender os meandros do capitalismo de vigilância é premissa básica fundamental e imprescindível para se analisar criticamente a regulação e tutela jurídica contemporaneamente conferida à privacidade e aos dados pessoais.

Assim, valendo-se da expressão utilizada por Ana Frazão, pensar na garantia do direito à proteção de dados pessoais é, também, uma forma de “endereço os riscos”¹⁰⁶ advindos deste modelo de economia movida a dados, da supervigilância e, sobretudo, como uma forma de preservação da individualidade, da liberdade¹⁰⁷, da autodeterminação informacional e da própria democracia.

Afinal, como adverte Shoshana Zuboff, na conclusão da sua obra: “[o] que está em jogo é o princípio dominante de ordenamento social em uma civilização da informação e os nossos direitos como indivíduos e sociedade de responder às perguntas: *Quem sabe? Quem decide? Quem decide quem decide?*”.¹⁰⁸

As perguntas formuladas pela autora se relacionam com o seu objetivo em escrever a obra aqui referenciada, descrito logo no começo do livro, que – assim como David Lyon, ao se afirmar “cético, mas esperançoso” – pautou-se na ideia de negar os discursos de

¹⁰⁴ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p. 49.

¹⁰⁵ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 95

¹⁰⁶ FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais, *op. cit.*, 2019, 31-49.

¹⁰⁷ Mais uma vez, cabe citar importante contribuição de Carlos Pianovski Ruzyk acerca da compreensão da liberdade como um valor ético central e, no campo jurídico, que é reconhecido como um direito fundamental: “Os comandos que daí emergem não permitem encarar a liberdade intersubjetiva em termos reducionistas, ou seja, apenas como liberdade negativa e formal. Embora a tutela normativa de um espaço de não coerção assegurado pela ordem jurídica integre uma antessala possível, a não consideração pelo Direito da liberdade de autoconstituição como definição dos rumos da própria vida (bem como a possibilidade efetiva de realizar essa autoconstituição) enseja uma proteção deficitária do direito fundamental, podendo, até mesmo, em certos casos, implicar sua negação”. PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s)**, *op. cit.*, 2011, 341.

¹⁰⁸ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**, *op. cit.*, 2020, p. 585.

inevitabilidade e como uma luta por um futuro digital humano:

“Meu objetivo aqui é desacelerar a ação [o progresso acelerado do capitalismo de vigilância e suas tecnologias da informação] a fim de a expandir o espaço para tal debate e desmascarar as tendências dessas novas criações, uma vez que elas aumentam a desigualdade, intensificam a hierarquia social, exacerbam a exclusão, usurpam os direitos e despem a vida pessoal daquilo que a torna pessoal para você ou para mim. Se é para o futuro digital ser o nosso lar, então cabe a nós torná-lo o nosso lar. E precisamos saber. E precisamos decidir. E precisamos decidir quem decide. Essa é a nossa luta por um futuro humano”.¹⁰⁹ (grifos inexistentes no original).

Em suma, é tendo em conta esses “riscos” advindos da Sociedade Informacional e do seu modelo econômico de vigilância, conforme visto acima, que agora se passa a tratar acerca da tutela jurídica da privacidade.

Na sequência, pretende-se analisar qual o “estado da arte” do modelo de proteção especificamente conferida aos dados pessoais na contemporaneidade, ressaltando os contornos do atual contexto brasileiro, ainda que em observância das importantes contribuições advindas do modelo europeu.

¹⁰⁹ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**, *op. cit.*, 2020, p. 79.

CAPÍTULO II – A TUTELA JURÍDICA DOS DADOS

PESSOAS

2.1. A proteção jurídica da privacidade

*“Mas se há um sentido do real, e ninguém duvidará que ele tenha seu direito à existência, deve haver também qualquer coisa que podemos chamar de sentido do possível”.*¹¹⁰.

O exame sobre o conteúdo da proteção do direito à privacidade é uma mediação que se necessária, neste primeiro momento e alinhada com os objetivos da investigação realizada neste trabalho de dissertação, para a compreensão do direito à proteção de dados, que, hoje, se autonomiza.

A noção de privacidade não é propriamente recente e apresenta diversos sentidos a depender de cada época e de cada sociedade.¹¹¹ Deste modo, diversos ordenamentos de diferentes países traçaram caminhos próprios – nem sempre coincidentes – para tratar sobre o tema da privacidade, levando-se em conta as particularidades e características de cada tipo de sociedade, suas tradições, costumes etc.¹¹²

Como bem descreve Danilo Doneda, “por difícil que seja cristalizar a problemática da privacidade em torno de um único conceito, é, no entanto, razoavelmente natural constatar que ela sempre foi diretamente condicionada pelo estado da tecnologia em cada época e sociedade”. E o mesmo autor ainda prossegue, adentrando nas transformações que também se operam sobre os conceitos jurídicos, “podemos, inclusive, aventar hipótese de que o advento de estruturas jurídicas e sociais que tratem do problema da privacidade são respostas diretas a uma nova condição da informação, determinada pela tecnologia”.¹¹³

Em sentido muito parecido, Rafael Corrêa sintetiza que “o significante *privacidade*

¹¹⁰ MUSIL, Robert. **O Homem Sem Qualidades**. -1. ed. - Editora Nova Fronteira, 2021.

¹¹¹ Há uma profusão de termos que são utilizados para se referir à temática da privacidade, não apenas no âmbito da doutrina brasileira, mas também estrangeira, que perpassa por termos como: vida privada, intimidade, segredo, sigilo, recato, reserva, intimidade, vida privada etc. Neste sentido, é importante notar que essa variedade de nomenclaturas, sobretudo com forte influência de doutrinas estrangeiras (como no caso da *privacy* norte-americana; que varia consideravelmente da noção do Reino Unido, também de tradição de *common law*) contribuiu para gerar dificuldades na compreensão e definição do tema, bem como induziu juristas brasileiros a experimentar alternativas – em uma empreitada bastante tortuosa. Neste sentido, conferir: DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**, *op. cit.*, 2019, p. 98.

¹¹² DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**, *op. cit.*, 2019, p. 99.

¹¹³ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**, *op. cit.*, 2019, p. 69.

não possui um significado unívoco, como se fosse um direito estaticamente conceituado, cuja definição, estatuída no pretérito, estende-se inalterada ao pórtico do futuro”¹¹⁴.

Ainda segundo Danilo Doneda, a privacidade começou a ser concretamente tratada pelo ordenamento jurídico somente no final do século XIX, para só então assumir as feições atualmente compreendidas apenas em um período bastante recente.¹¹⁵ Vale dizer: ele só surge mais claramente no contexto da modernidade.

Danilo Doneda também ressalta que as diversas tentativas de definição e sistematização do conceito de privacidade sucederam-se velozmente, variando tanto em abrangência quanto em relação à opção léxica.¹¹⁶

É sempre citada pela doutrina, que a concepção moderna de privacidade tem como um dos seus embriões o artigo escrito, no contexto estadunidense, pelos advogados de Boston, Samuel Warren e Louis Brandeis, denominado de “*The Right to privacy*”, que foi publicado na revista acadêmica *Harvard Law Review*, nº 4, 193, de 1890.¹¹⁷

Entretanto, também é sempre destacado que o referido artigo, muito embora busque apresentar uma linha evolutiva em relação ao conceito do direito à privacidade, é fortemente marcada por um individualismo exacerbado (e até mesmo egoísta), na medida em que se traduz na famigerada ideia do “direito a ser deixado só”.¹¹⁸ Neste sentido preciso, vale mencionar a análise feita por Anderson Schreiber, que resumiu o conteúdo do referido artigo do seguinte modo:

“Aponta-se como seu marco inicial o artigo *The Right to Privacy*, publicado em 1890 na *Harvard Law Review*, revista jurídica da prestigiosa faculdade norte-americana. O artigo, escrito em coautoria pelos advogados Samuel Warren e Louis Brandeis, teria sido motivado pelo destaque exagerado, embora não difamatório, que os jornais de Boston reservavam à vida social da mulher de Samuel. Essa motivação explica o sentido essencialmente individualista que assumiu, no texto, o direito à privacidade, apresentado como um “direito a ser deixado só” (*right to be let*

¹¹⁴ CORRÊA, Rafael. Do direito de estar só à autodeterminação informativa, *op. cit.*, 2019, p. 18.

¹¹⁵ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**, *op. cit.*, 2019, p. 29.

¹¹⁶ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**, *op. cit.*, 2019, p. 108.

¹¹⁷ Outra versão geralmente referenciada é que o célebre artigo teria como origem um episódio ocorrido, também em 1890, durante apresentação da peça de teatro “*Castles in the air*”, envolvendo a atriz Marian Manola, que foi fotografada por um fotógrafo do jornal *The New York Times* (chamado Myers), enquanto ela estava com roupas íntimas. O acontecimento deu origem ao caso “*Manola vs. Myers*” junto à Suprema Corte de Nova York. Conferir: KONDER, Carlos Nelson. Privacidade e corpo: convergências possíveis. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 354-400, mai./ago. 2013, p. 356.

¹¹⁸ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**, *op. cit.*, 2019, p. 30

alone)”.¹¹⁹

Em complemento, também analisando o importante e notável trabalho desenvolvido por Warren e Brandeis, Erick Peixoto e Marcos Ehrhardt Júnior destacam como, no contexto da *common law*, o direito à privacidade se relaciona com o direito de escolha quanto ao compartilhamento das informações da vida privada:

“Originalmente, Warren e Brandeis descreveram o direito à privacidade como um direito já existente na *Common Law*, o qual incorporava proteções para a personalidade violada de cada indivíduo. A *Common Law* assegura a cada indivíduo o direito de determinar, ordinariamente, até que ponto seus pensamentos, sentimentos e emoções devem ser comunicados aos outros. O direito à privacidade, para esses autores, significa que cada indivíduo tem o direito de escolher compartilhar ou não compartilhar com outros as informações sobre sua vida privada, hábitos, atos e relações”.¹²⁰

Em outras palavras: trata-se de uma concepção que se pauta por uma lógica de “não intrusão”, ou seja, uma garantia para se repelir e evitar intromissões indevidas em sua intimidade, como um resguardo da tranquilidade da vida pessoal.¹²¹

É importante registrar, conforme bem observado por Danilo Doneda, que Warren e Brandeis, no artigo supramencionado, em nenhum momento definiram estritamente o conteúdo do *right to privacy* – isto é, os autores não chegaram a trabalhar o conceito de *privacy* sob uma perspectiva fechada.¹²²

Vale dizer: apesar das corriqueiras citações e das frequentes referências ao trabalho dos autores estadunidenses, abreviadas e condensadas em menções como apresentação como um “direito a ser deixado só”, não é precisamente muito justa e correta. De todo modo, não é incorreto se afirmar que, no ambiente anglo-saxão, o conceito de *privacy* tenha se tornado demasiadamente vago, polêmico e, muitas vezes, até mesmo pouco útil.¹²³⁻¹²⁴

¹¹⁹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. - São Paulo: Atlas, 2013, p. 134-135.

¹²⁰ PEIXOTO, Erick Lucena Campos; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Breves notas sobre a resignificação da privacidade. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil** – Belo Horizonte, v. 16, p. 35-56, abr./jun. 2018, p. 40.

¹²¹ CORRÊA, Rafael. Do direito de estar só à autodeterminação informativa: a evolução da disciplina legal da privacidade sob o enfoque dos direitos da personalidade e sua conformação como fundamento da tutela de dados pessoais. *In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet*. Curitiba-PR. Ano XII, n. 21, jul. dez./ 2019, p. 18.

¹²² DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**, *op. cit.*, 2019, p. 101.

¹²³ LÔBO, Paulo. Direito à privacidade e sua autolimitação., *op. cit.*, 2019, p. 18.

¹²⁴ Quanto ao conteúdo do que se compreende como “*privacy*” contemporaneamente, colhemos duas definições de juristas oriunda da tradição de *common law*. Em primeiro, Mills indica que ao menos quatro eixos de proteção

Para além disso, também é correto afirmar, neste mesmo contexto, como feito por Paulo Lôbo, que o conceito de privacidade cresceu dentro de uma nebulosa noção de propriedade (por isso, comumente adjetivado como um conceito patrimonialista), de liberdade (com o qual é frequentemente igualado) ou de autonomia (com o qual é frequentemente confundido).

Precisamente por conta dessa enorme ambiguidade conceitual, é que muitas vezes também se verifica que isto implicou em certos prejuízos a uma proteção legal (no sentido de direito positivo) mais eficaz em relação ao direito à privacidade.¹²⁵

De todo modo, adotando-se essa “perspectiva evolutiva” acerca do conceito de privacidade – ainda que bastante criticável –, a sua proteção e a definição do conteúdo no sentido do que consistia o direito à privacidade foi inicialmente e primordialmente inserido em ordenamentos jurídicos com um cunho flagrantemente patrimonialista e como um privilégio reservado a uma determinada classe, isto é, às classes mais altas (com maior poder aquisitivo), notadamente a burguesia.¹²⁶

Em suma, tratava-se notadamente de uma espécie de direito que só era apreendido e reservado às elites. Neste sentido, conforme observa Stefano Rodotà, ao apontar que a noção de privacidade não “nasce” como um exigência “natural” de cada indivíduo:

A possibilidade de aproveitar plenamente a própria intimidade é uma característica que diferencia a burguesia das demais classes: e o forte componente individualista faz com que esta operação se traduza, posteriormente, em um instrumento de isolamento do indivíduo burguês em relação à sua própria classe. O burguês, em outros termos, apropria-se de seu “espaço”, com uma técnica que lembra aquela estruturada para a identificação de um direito à propriedade “solitária”. Em um nível social e institucional, portanto, o nascimento da privacidade não se apresenta como a realização de uma exigência “natural” de cada indivíduo, mas como a aquisição de um privilégio por parte de um grupo.¹²⁷ (grifos inexistentes no original).

A doutrina também costuma ressaltar como a ideia de privacidade, no contexto do

são vislumbrados: a autonomia pessoal (e aqui as escolhas individuais); o direito de controlar a informação pessoal; o direito de controlar a propriedade; e o direito de controlar e proteger o espaço físico pessoal. MILLS, Jon L. **Privacy: the lost right**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 13-14. Em sentido semelhante, Prosser aponta que os quatro eixos de proteção seriam contra a intromissão no direito de estar só do indivíduo, a exposição pública de fatos privados, a apresentação da pessoa ao público sob falsa percepção e ao uso ilícito do nome e da imagem. PROSSER, William L. Privacy. In: **California Law Review**, v. 48 i. 3, P. 383-423, 1960, p. 389.

¹²⁵ LÔBO, Paulo. Direito à privacidade e sua autolimitação., *op. cit.*, 2019, p. 18.

¹²⁶ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**, *op. cit.*, 2019, p. 32.

¹²⁷ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**, *op. cit.*, 2008, p. 27.

ocidente oitocentista, sempre foi forte e diretamente vinculada a um modelo binário “público-privado” e formatado a partir de um “imaginário interiorista”.

Assim, neste referido contexto em específico, a noção de “público” referia-se ao Estado (ideal de “bem-comum”) enquanto que o “privado” era entendido e se relacionava com institutos tradicionais como a família, a propriedade particular e a autonomia da vontade.¹²⁸

Esse modelo dicotômico, entre público *versus* privado, costuma ser comparado com a diferença entre o “jardim e a praça”.¹²⁹ Essa análise metafórica serve para sintetizar a ideia jurídico-política de que havia uma noção de “linhas fronteiriças imaginárias que demarcavam onde começava o público e onde terminava o privado – em tese, um não interessando ao outro. Pensava-se ser possível sustentar que para “entrar” no público era necessário “sair” do privado e vice-versa”.¹³⁰

Como registrado anteriormente acima, uma compreensão profunda acerca do conteúdo e significado da noção de privacidade para cada época e sociedade depende da análise de diversos fatores, notadamente os elementos socioculturais.

Rememora-se este registro precisamente porque é a partir da observância de hábitos do cotidiano que podem parecer ilusoriamente banais ou triviais, como as disposições arquitetônicas das casas e lares de cada época, que na realidade se apresentam como fundamentais para compreender as relações sociais de cada período.

Neste sentido, é bastante interessante observar, e costuma ser sempre citado pela doutrina¹³¹, como foi só a partir do surgimento novos hábitos e práticas pelas classes burguesas dos séculos XVIII e XIX, que se verifica uma organização arquitetônica diferenciada dos lares (para criação de ambientes privados/particulares, em especial o que hoje se entende por quarto¹³²), além de outros hábitos como a prática de escrita intimista (como no caso dos diários) e até mesmo de higiene pessoal.

¹²⁸ BOLESINA, I; GERVASONI, T. A curiosa tutela do direito à intimidade como “dever de intimidade”. *civilistica.com*, v. 9, n. 1, p. 1-35, 9 maio de 2020, p. 4.

¹²⁹ SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça: o privado e o público na vida social e histórica**. Recife: Atlântica, 2005, p. 14-15.

¹³⁰ BOLESINA, I; GERVASONI, T. A curiosa tutela do direito à intimidade como “dever de intimidade”. *op. cit.*, 2020, p. 4.

¹³¹ BOLESINA, I; GERVASONI, T. A curiosa tutela do direito à intimidade como “dever de intimidade”. *op. cit.*, 2020, p. 6.

¹³² SIBILIA, Paula. **La intimidad como espectáculo**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 66.

Por óbvio que esses “novos hábitos” dependiam de recursos e do “letramento” (alfabetização) do indivíduo, o que concretamente representava uma pequena parcela da sociedade moderna.

Assim, neste contexto, o direito à privacidade era pensado a partir da preocupação com a “vida privada murada”¹³³ (no sentido de limite ou fronteira), mas, tendo-se em conta a ressalva do dado histórico que apenas as classes burguesas possuíam condições efetivas (financeiras e materiais) de concretamente “construir muros”, como uma maneira de definir os limites da vida privada.

Costuma-se afirmar que essa concepção “elitista” (individualista, patrimonialista) manteve-se vigente até boa parte do século XX, com alterações deste cenário a partir da década de 1960.¹³⁴

A relação é feita justamente com o tema já amplamente discutido no primeiro capítulo: o desenvolvimento tecnológico, o surgimento das TICs e a consequente multiplicação dos mecanismos utilizados para coleta, armazenamento e processamento de informações.¹³⁵

É neste contexto da segunda metade do séc. XX que surge a teoria germânica denominada de “esferas (ou círculos) concêntricas”¹³⁶ ou “doutrina das três esferas”.¹³⁷ Entretanto, inobstante a relevância, sobretudo histórica, da construção doutrinária

¹³³ BOLESINA, I; GERVASONI, T. A curiosa tutela do direito à intimidade como “dever de intimidade”, *op. cit.*, 2020, p. 4.

¹³⁴ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**, *op. cit.*, 2019, p. 33.

¹³⁵ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**, *op. cit.*, 2013, p. 135.

¹³⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Do príncipe Bismarck à princesa Carolina de Mônaco: vida privada das pessoas célebres e as liberdades comunicativas no Direito Civil. *In*: CASSETARI, Christiano (Org.). **10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002**: Estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. 1. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 111-125, 2013, p. 117.

¹³⁷ “o direito alemão desenvolveu a doutrina das três esferas, no intuito de identificar o que seria seu núcleo essencial insuscetível de limitação e o que poderia ser objeto de autolimitação. Com base na jurisprudência constitucional, têm sido assinaladas três esferas ou âmbitos de livre desenvolvimento da personalidade, em relação com a dignidade da pessoa e em função das possibilidades de intervenção do Estado em cada uma delas: a) a *esfera íntima ou interna*, especialmente vinculada à dignidade, e que constituiria um núcleo subtraído a qualquer ingerência estatal; b) a *esfera privada*, na qual o indivíduo pode desenvolver livremente sua personalidade, mas na que o Estado pode intervir quando se devam proteger interesses da coletividade; c) a *esfera pública ou social*, constituída pelas ações que não tenham relação com o desenvolvimento da personalidade e, portanto, não protegidas como configuração da vida privada. LÔBO, Paulo. **Direito à privacidade e sua autolimitação**, *op. cit.*, 2019, p. 25-26.

germânica¹³⁸, cumpre perceber e ressaltar que se trata de uma teoria que se pauta apenas na concepção de limitação negativa, oposta ao Estado.¹³⁹

Inclusive, é bastante interessante notar a enorme diferença entre as preocupações que dão origem às discussões que envolvem a tutela e proteção da privacidade, em perspectiva comparativa entre os contextos europeu e norte-americano.

Neste sentido, Erick Peixoto e Marcos Ehrhardt Júnior observam precisamente que:

“O movimento pela privacidade que surge na segunda metade do século XX na Europa se desvincula no sentido físico do *right to privacy* americano. A preocupação aqui é o novo paradigma tecnológico que potencializou o processamento de dados através do uso do computador. Preocupa-se, então, com os dados pessoais e com o controle sobre eles. A preocupação dos europeus com a privacidade também difere da preocupação dos americanos no sentido de que a proteção dos dados pessoais é uma medida necessária, inicialmente, contra o Estado, numa relação vertical, ao passo que nos Estados Unidos, o direito à privacidade surge como uma garantia contra os abusos cometidos por particulares, ou seja, horizontalmente”.¹⁴⁰ (grifos inexistentes no original).

De todo modo, inobstante seja interessante de se perceber como as raízes da

¹³⁸ É importante registrar modelo sugerido pela “teoria das esferas concêntricas” já foi dado como insuficiente e superado, ao menos por parte significativa da doutrina (nacional e estrangeira). Apesar do seu modelo de proteção ter contado com algum apoio no passado e, de certa forma, ainda hoje seduzir alguns juristas, sua proposição está defasada, notadamente em razão das críticas que recebeu, diante das quais não resistiu e fatalmente sucumbiu. O descrédito foi tamanho que acabou sendo escarniada como “a teoria da pessoa como uma cebola passiva”, simbolizando o fato de que para tal teoria era a pessoa que devia se amoldar a teoria e não o inverso, ou seja, uma pessoa teria camadas de sua vida colocadas ou retiradas pela teoria, sem que pudesse controlar ou opor-se contra isso. BOLESINA, I; GERVASONI, T. A curiosa tutela do direito à intimidade como “dever de intimidade”, *op. cit.*, 2020, p. 12-13. No mesmo sentido: “[n]a verdade, a teoria das esferas encontra-se arruinada na Alemanha desde o julgamento de uma série de casos envolvendo Caroline, princesa von Hannover *née* Caroline, princesa de Mônaco), que se tornaram conhecidos como Casos Caroline von Hannover nº. 1, 2 e 3. Em um desses casos, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou haver sido violado o art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. A princesa de Mônaco e também princesa-consorte de Hannover moveu ações contra órgãos de imprensa tendo por base a publicação de imagens suas por tabloides alemães, quando ela se encontrava em momentos de convívio familiar. O *Bundesverfassungsgericht* e o Tribunal Federal [*Bundesgerichtshof*] tiveram de modificar sua antiga filiação à teoria das esferas em razão de acórdão da Corte Europeia, que entendeu ter ocorrido ofensa aos direitos da personalidade da princesa, mesmo quando a ação da imprensa se haja dado na esfera privada e que a ação tenha recaído sobre uma pessoa notória. Com isso, o Tribunal Federal passou a usar uma nova teoria - a *abgestuftes Schutzkonzept* (traduzível por concepção ou teoria da proteção por camadas), o que se considerou como uma reação às críticas da Corte Europeia de Direitos Humanos”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade. *In*: TOFFOLI, José Antonio Dias. **30 anos da constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições**. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 699. Conferir também: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Do príncipe Bismarck à princesa Carolina de Mônaco: vida privada das pessoas célebres e as liberdades comunicativas no Direito Civil, *op. cit.*, 2013, p. 118.

¹³⁹ LÔBO, Paulo. Direito à privacidade e sua autolimitação., *op. cit.*, 2019, p. 26.

¹⁴⁰ PEIXOTO, Erick Lucena Campos; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Os desafios da compreensão do direito à privacidade no sistema jurídico brasileiro em face das novas tecnologias. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fábíola Albuquerque (Coord.). **Privacidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 38-39.

privacidade nos Estados Unidos se relacionam mais como um direito do indivíduo (de caráter negativo), enquanto que as raízes europeias se apresentam como uma preocupação com um direito que se exige frente ao Estado (também como um perfil de liberdade negativa), as duas acepções se revelam como insuficientes para lidar com os problemas da contemporaneidade.

Sobretudo quando levado em conta os diversos desafios e os riscos descritos como advindos de um modelo econômico pautado na vigilância, conforme examinado no primeiro capítulo.

Por isso que, recentemente, vislumbra-se o surgimento de novas teorias que buscam conseguir abranger melhor e de maneira mais adequada a grande complexidade da temática da privacidade¹⁴¹, porém, é relativamente seguro afirmar que, majoritariamente, essas novas correntes são convergentes para o reconhecimento no sentido de que a construção da esfera privada se relaciona diretamente com o livre desenvolvimento da personalidade¹⁴².

Exemplos destacáveis são as teorias que levam em conta o fluxo informacional¹⁴³ e o contexto particulares de cada relação (o que podemos chamar de “caráter relacional”¹⁴⁴), não considerando a noção de privacidade apenas como algo em abstrato.¹⁴⁵

Neste sentido, em uma análise pragmática e mais contemporânea acerca da proteção jurídica da privacidade, Danilo Doneda, em referência ao importante trabalho desenvolvido por Stefano Rodotà, observa precisamente que:

“A privacidade, nas últimas décadas, passou a se relacionar com uma série de interesses e valores, o que modificou substancialmente seu perfil. E talvez a mais importante dessas mudanças tenha sido essa apontada por Stefano Rodotà, de que o direito à privacidade não mais se estrutura em torno do eixo ‘pessoa-informação-segredo’, no paradigma da *zero-relationship*, mas sim no eixo ‘pessoa-informação-circulação-controle’”¹⁴⁶.

¹⁴¹ Como observa Danilo Doneda: “Verificamos que a definição e delimitação da privacidade não é um problema puramente dogmático. Estando ela estritamente ligada aos valores e projeções do homem em cada sociedade e, dentro de cada uma, aos diversos grupos sociais, essa tarefa reflete um forte conteúdo social e ideológico. Assim, não surpreende a extensa gama de opiniões que pode ser arrolada sobre o tema, desde seus ardorosos defensores até os que neguem propriamente a sua existência autônoma”. DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**, *op. cit.*, 2019, p. 126.

¹⁴² DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**, *op. cit.*, 2019, p. 132.

¹⁴³ Cf., p. ex.: SOLOVE, Daniel J. **Understanding privacy**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2008.

¹⁴⁴ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**, *op. cit.*, 2019, p. 131-132.

¹⁴⁵ Cf., p. ex.: NISSEBAUM, Helen Fay. **Privacy in context: technology, policy, and the integrity of social life**. – California: Stanford University Press, 2010.

¹⁴⁶ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**, *op. cit.*, 2019, p. 41

Assim, como observa Anderson Schreiber, a tutela da privacidade, nessa nova acepção, não se contenta com a proibição à intromissão alheia na vida íntima (como um dever geral de abstenção). Assim, é preciso superar a sua limitação como uma dever negativo (como um dever geral de abstenção), para dar espaço para o reconhecimento e existência também de deveres de caráter positivo.¹⁴⁷

Como exemplificado também pelo próprio autor (citando apenas dois, o de consentimento prévio e de retificação), compreende-se como tipos de deveres positivos: “o dever de solicitar autorização para a inclusão do nome de certa pessoa em um cadastro de dados ou o dever de possibilitar a correção de dados do mesmo cadastro pelo seu titular, a qualquer tempo”.¹⁴⁸

Deste modo, esses deveres de caráter positivo se relacionam com o direito à autodeterminação informativa dos titulares de dados pessoais, cujo o conteúdo será melhor examinado no último subcapítulo (2.5) deste capítulo.

De toda forma, a análise acerca da evolução conceito e a tutela jurídica conferida ao direito à privacidade é útil para compreender as razões pelas quais o direito à proteção de dados pessoais reivindica uma autonomia própria¹⁴⁹ – sem que isso represente qualquer tipo de prejuízo ou “obsolescência” em relação à própria privacidade (cuja a compreensão e proteção seguem sendo de suma relevância). Afinal, como observa Danilo Doneda, “[a] proteção de dados pessoais, em suma, propõe o tema da privacidade, porém, modifica seus elementos; aprofunda seus postulados e toca nos pontos centrais dos interesses em questão”.¹⁵⁰

Em síntese, nos é fundamental perceber que não se “tem” privacidade, mas se “é” pessoa humana¹⁵¹, com identidade e com relação a qual deve ser assegurada o direito à

¹⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade.**, *op. cit.*, 2013, p. 137.

¹⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade.**, *op. cit.*, 2013, p. 137.

¹⁴⁹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais.**, *op. cit.*, p. 98.

¹⁵⁰ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados.**, *op. cit.*, 2019, p. 173.

¹⁵¹ Aqui, se enfatiza a relevância da metodologia civil-constitucional, que propõe uma mudança qualitativa busca privilegiar os valores sociais (assegurados constitucionalmente) para ressaltar o predomínio das situações existenciais sobre as situações patrimoniais. Vale dizer: o “ter” deve ser compreendido instrumento da realização do “ser”. Além disso, a partir dessa perspectiva “[a] relação entre direito civil e constituição (...) passa a ser objeto de reavaliação, não somente em torno da relação entre Código Civil e Constituição, porém a partir da conscientização da unidade do ordenamento jurídico, que passa por um processo de reestruturação em torno de uma tábua axiológica na qual desponta como valor fundamental a dignidade da pessoa humana.” (DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados.**, *op. cit.*, 2019, p. 80). Conferir também, dentre outros, sobretudo:

privacidade, enquanto um direito inerente a todos os cidadãos.

Também se deve compreender, assim, a privacidade com um bem jurídico existencial, despatrimonializado, e que se relaciona com a efetiva concretização do livre desenvolvimento da personalidade.

Vale dizer: a lógica estritamente patrimonialista revela-se como inadequada para se pensar e refletir sobre bens e valores que são existenciais. Entretanto, adverte-se: ao se ressaltar a importante desvinculação conceitual da privacidade com a categoria de propriedade, não significa negar ou ignorar o crescente valor econômico que os dados pessoais adquiriram em decorrência do modelo capitalista contemporâneo, nos moldes descrito no primeiro capítulo deste trabalho.

A análise realizada neste subcapítulo teve como objetivo primordial ressaltar que há uma interdependência entre a tutela do direito à privacidade com o livre desenvolvimento da personalidade.

Nesta medida, finalizado o exame sobre a evolução conceitual e da sistemática jurídica da tutela e proteção conferida à privacidade na contemporaneidade, passa-se a tratar especificamente como os dados pessoais traduzem elementos que compõem a própria personalidade dos indivíduos.

Isto porque, precisamente por ser uma das formas pela qual a personalidade “se projeta” para a sociedade, os dados pessoais devem receber a mesma proteção e tutela jurídica conferida a categoria própria dos direitos da personalidade (ainda que como um desdobramento do próprio direito à privacidade, mas, que demanda uma autonomia própria, conforme será melhor examinado especificamente no subcapítulo 2.3 abaixo).

Além disso, se buscará analisar a relevância de se reconhecer às normas, que versem sobre o direito à proteção de dados pessoais, o *status* de natureza jusfundamental como medida para que a sua tutela seja mais adequada, na maneira e para atribuição dos efeitos que, no ordenamento jurídico brasileiro, o constituinte atribuiu aos direitos e garantias fundamentais.

2.2. A projeção da personalidade por meio de dados

Como visto anteriormente no primeiro capítulo deste trabalho, um dos reflexos deste novo modelo da sociedade contemporânea que se pauta na dinâmica de circulação de dados, nos levou a um fenômeno que pode ser denominado de “datificação da vida” (tema examinado no subcapítulo 1.2).

Com efeito, como visto quando analisado os contornos da ambiência da Sociedade Informacional, destacou-se como se tornou cada vez mais comum que os indivíduos se utilizem de redes sociais e plataformas virtuais para suas preferências (gostos, desgostos etc.), experiências e uma infinidade de tantas outras informações. Neste sentido, como característica deste novo contexto, Maria Celina Bodin de Moraes descreve sua percepção no sentido de que: "nas sociedades de informação, (...) pode-se dizer que nós somos as nossas informações, pois elas nos definem, nos classificam, nos etiquetam".¹⁵²

É possível verificar, assim, que há uma inegável projeção da personalidade que é manifestada pelos próprios indivíduos, a partir da geração de dados e transmissão de informações pessoais, que circulam por diversos meios, sejam em ambiente virtual ou não. Precisamente por isso que, como destacou Laura Schertel Mendes, “os dados pessoais são projeções diretas da personalidade e como tal devem ser considerados”.¹⁵³

Ocorre que, conforme também se buscou ressaltar no primeiro capítulo, a difusão atual das tecnologias da informação e da comunicação (TICs) no contexto da Sociedade Informacional pautada no modelo econômico de vigilância, levou ao extremo a potencialidade de invasão da privacidade das pessoas, não apenas pelo Estado, mas, sobretudo, pelas empresas e até mesmo por outros indivíduos, de maneira sem precedentes.¹⁵⁴

Por isso que, conforme explicitam José Antônio Gediél e Adriana Espíndola Corrêa, ao escreverem artigo que defende a necessidade de proteção jurídica aos dados pessoais, afirmam que:

¹⁵² MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: VIEIRA, José Ribas (org.) **20 anos da Constituição Cidadã de 1988**. – Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 383.

¹⁵³ MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, *op. cit.*, 2019, p. 45.

¹⁵⁴ LÔBO, Paulo. Direito à privacidade e sua autolimitação., *op. cit.*, 2019, p. 27.

“sociedade tecnológica contemporânea, a construção da esfera privada passou a ser compreendida pela possibilidade de o indivíduo controlar o acesso e o uso dos dados que constituem sua identidade pessoal e permitem o livre desenvolvimento da sua personalidade”.¹⁵⁵ (grifos inexistentes no original).

Neste sentido, a sistemática jurídica tem o dever de buscar endereçar os problemas e os riscos advindos desta nova complexidade, visando a salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, sobretudo, por meio da concretização e efetivação dos meios de tutela dos direitos de personalidade.

Afinal, conforme observa Danilo Doneda, “o papel do direito privado na promoção e proteção de um espaço através de instrumentos que promovam a livre escolha e a solidariedade, visando a plena realização da personalidade”.¹⁵⁶

É aqui que se faz pertinente analisarmos a categoria jurídica dos direitos da personalidade.

Conforme definição trazida por Francisco Amaral, “[d]ireitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”.¹⁵⁷ Ainda, com também observa o mesmo autor, “[a] razão de ser dos direitos da personalidade está na necessidade de uma construção normativa que discipline o reconhecimento e a proteção jurídica que o direito e a política vêm reconhecendo à pessoa, principalmente no curso deste século”.¹⁵⁸

De forma complementar, dando destaque ao movimento contemporâneo de despatrimonialização¹⁵⁹ e repersonalização do direito privado (norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana¹⁶⁰) – que conforme apontado no anterior (subcapítulo 2.1. acima)

¹⁵⁵ GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Proteção jurídica de dados pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o Mercado. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, n. 47, - Curitiba, 2008, p. 143.

¹⁵⁶ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**, *op. cit.*, 2019, p. 108.

¹⁵⁷ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7. ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 283

¹⁵⁸ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**, *op. cit.*, 2008, p. 284.

¹⁵⁹ Nos dizeres de Paulo Nalin e Hugo Sirena: “os movimentos de repersonalização e despatrimonialização rompem com essa interdependência entre personalidade e patrimônio, superando-se a ideia de que este seria uma projeção ou atributo daquela”. NALIN, Paulo. SIRENA, Hugo. O patrimônio mínimo na obra de Luiz Edson Fachin e sua abordagem em três tempos: estatuto existencial da pessoa humana, trânsito jurídico e titularidade. *In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos. CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.). Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin.* – Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 225.

¹⁶⁰ Quanto ao conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que tão plural e de difícil sintetização, vale colher a definição proposta por Ingo Sarlet: “(...) temos por dignidade da pessoa humana a

movimento que também repercutiu em efeitos em relação à compreensão do conteúdo do direito à privacidade –, Paulo Lôbo ressalta que “os direitos da personalidade são os direitos da não patrimoniais inerentes à pessoa [dando origem a característica de serem direitos personalíssimos], compreendidos no núcleo essencial de sua dignidade”.¹⁶¹

Em consonância, Elimar Szaniawski explica que nosso ordenamento jurídico se destina a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, a partir do que doutrinariamente passou-se a afirmar a existência de uma *cláusula geral de tutela da personalidade*.¹⁶²¹⁶³ Em igual sentido, é a doutrina de Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Souza¹⁶⁴, que, acerca da *tutela geral da personalidade*¹⁶⁵, explicita que “o direito geral de personalidade de uma determinada pessoa, particularmente nas suas expressões exteriores, é normativamente limitado, na sua própria existência e validade, por igual direito de personalidade de qualquer outra pessoa”.¹⁶⁶⁻¹⁶⁷

qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.” SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. – 9. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 73.

¹⁶¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 130

¹⁶² SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 23-62.

¹⁶³ Nas palavras do autor: “de um lado a Escola Histórica do Direito, negando a existência de uma categoria jurídica destinada à proteção da personalidade da pessoa, qualificada como um direito subjetivo e, de outra parte, o positivismo jurídico, que mediante o expurgo de tudo o que dizia respeito aos juízos de valor e de noções metafísicas da ciência jurídica e reconhecendo como fonte única do direito aquela dada pelo Estado, contribuíram decisivamente para a estagnação da evolução da tutela da personalidade humana e do declínio do direito geral de personalidade. A nova ordem constituída e a sistematização fechada do direito, conduziu o direito geral de personalidade a passar por um estado de dormência, até meados do século XX, havendo, neste curto período, a proteção do homem contra os atentados do poder público, através da atuação dos direitos fundamentais, contidos nas declarações internacionais, e positivados nas constituições. Sob o aspecto privado, a tutela se dava a partir de alguns poucos direitos de personalidade fracionados e tipificados em lei”. SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**, *op. cit.*, 2005, p. 44.

¹⁶⁴ Sobre isso, conferir, dentre outros: CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 27-93.

¹⁶⁵ Há uma tendência mundial de reconhecimento do direito geral da personalidade, o que, segundo Erolhts Cortiano Junior, encontra justificativa “na falência do ideal positivista, como também, na infinita possibilidade de desenvolvimento da personalidade humana (o que acarreta infinitas possibilidades de ofensas)”. (CORTIANO JUNIOR, Erolhts. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. *In*: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 47). E esta tendência faz-se notar na legislação brasileira.

¹⁶⁶ Neste sentido, Capelo de Sousa explica que: “[o] direito geral de personalidade é um *ius in se ipsum*. Tem por objecto unicamente a personalidade humana do seu titular e já não a personalidade humana de terceiros. [...] Assim, no exercício dos diferentes poderes, faculdades e simples liberdades de agir que integram o direito geral de personalidade, o respectivo titular não está sujeito a realizar uma determinada e tipificadora função legal,

Nesta medida, devemos notar, portanto, que os direitos da personalidade representam, nada mais e nada menos, que a própria pessoa humana, agindo como veículos para a sua identidade.

Para além de seu caráter personalíssimo, como características dos direitos da personalidade costuma-se apontar que estes são: intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, inexpropriáveis, imprescritíveis e vitalícios.

Neste sentido, conforme expressamente positivado no Código Civil de 2002, a partir da redação constante do artigo 11 do referido diploma, que prevê que: “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Costuma-se apontar que há uma forte ligação, e uma razão de ser comum, para todas essas características dos direitos da personalidade. Neste sentido, Paulo Lôbo aponta que “[a] renúncia a qualquer direito da personalidade afetaria sua inviolabilidade e significaria renunciar a si mesmo, para converter-se de sujeito em objeto”.¹⁶⁸ Vale dizer: essas características decorrem da necessidade de proteção do núcleo essencial dessa categoria de direitos, que é a própria dignidade da pessoa.

Por ser relevante e pertinente para o objeto de estudo deste trabalho, é importante que seja examinada de forma mais pormenorizada as características denominadas como intransmissibilidade e indisponibilidade dos direitos da personalidade.

Muito embora se afirme que os direitos da personalidade são intransmissíveis (e o dispositivo supramencionado do Código Civil expressamente estabelece), há certos aspectos

podendo exercê-los adentro da sua autonomia privada. Todavia, em tal exercício, não pode exceder manifestamente o fim socioeconômico do direito geral de personalidade, ou seja, o objectivo de permitir, igualitária e harmonicamente, a cada um e a todos os homens a preservação e o desenvolvimento das suas personalidades individuais”. (CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. O direito geral de personalidade. Op. cit., p. 515-521.)

¹⁶⁷ “Pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é o centro da personalidade e que os direitos da personalidade tutelam o núcleo essencial dessa dignidade. A ligação entre a personalidade e a dignidade é tal forma indissolúvel que muitos autores que se preocupam com a temática da proteção dos direitos da personalidade acabam se referindo diretamente à proteção da dignidade da pessoa humana. Dessa ligação indissolúvel se afirma que a tutela geral da personalidade é extraída do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual consiste em verdadeira cláusula de tutela geral de proteção e promoção da pessoa humana”. (CANTALI, Fernanda Borghetti. A Dignidade da Pessoa Humana e a Tutela Geral Da Personalidade: Tutela promocional para além da protetiva e o Direito à privacidade em épocas de *reality shows*. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**, nº 12 – jul./Set. 2010. p. 116-117).

¹⁶⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil**, op. cit., 2012, p. 133.

que podem ser objeto de disposição e transmissão). Como exemplos, são costumeiramente sempre citados pela doutrina, os direitos de imagem e voz (que engloba foto, filme, gravação etc.), os direitos de arena, direitos autorais e os direitos de propriedade intelectual.

Na realidade, o que é objeto de disposição e transmissão, nestes casos, são situações essencialmente patrimoniais e que dependem da autorização (não podendo terceiros fazer uso delas para qualquer tipo de proveito, sem prévia e expressa autorização do titular).

Como esclarece Paulo Lôbo, “para se ultrapassar a [aparente] contradição, é [preciso] dizer, o que se transmite não é o direito da personalidade, mas a projeção de seus efeitos patrimoniais, quando haja”.¹⁶⁹ Ainda, quando se analisa a questão da autolimitação, Paulo Lôbo igualmente observa que “não é o direito da personalidade que pode ser autolimitado, mas exclusivamente seu exercício, em tempo definido”.¹⁷⁰

A compreensão dessas características dos direitos da personalidade é fundamental para assimilar que, em relação aos dados e informações pessoais, também deve ser reconhecida uma negociabilidade limitada.

Em relação a negociabilidade limitada dos dados e informações pessoais, no contexto da doutrina estrangeira, discutiu-se muito se os dados pessoais poderiam ou deveriam ser considerados “bens negociáveis”. Além disso, essa discussão também se pautou, por diversas vezes, na compreensão e definição de quais seriam os “limites morais do mercado” em relação a temática de proteção à privacidade.

Neste sentido, Beat Rössler, que também examina principalmente a temática da publicidade comportamental e o processo de “comoditização” dos dados e informações pessoais (assuntos também já analisados, no primeiro capítulo deste trabalho).¹⁷¹ Com efeito, o autor também ressalta as potencialidades, advindas da negociação de dados e informações pessoais, em relação a práticas discriminatórias e o agravamento de desigualdades entre os indivíduos.

¹⁶⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil**, *op. cit.*, 2012, p. 133-134.

¹⁷⁰ LÔBO, Paulo. **Direito à privacidade e sua autolimitação**, *op. cit.*, 2019, p. 29.

¹⁷¹ RÖSSLER, Beate. Should personal data be a tradable good? On the moral limits of markets In *privacy*. n B. Roessler & D. Mokrosinska (Eds.), **Social Dimensions of Privacy: Interdisciplinary Perspectives**. – Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 141-161. doi:10.1017/CBO9781107280557.009

Entretanto, Beat Rössler sustenta que, apesar das críticas possíveis em relação ao processo de “comoditização”, há como se pensar em limites, mesmo no contexto de mercado, que não implique numa “mercantilização por completo”¹⁷² das informações pessoais, a depender do contexto em que esses dados estão inseridos e serão comercializados.

Segundo Beat Rössler, além de ressaltar a fragilidade do modelo de consentimento individual (tema que será melhor explorado no subcapítulo 2.4 abaixo), o limite seria justamente o momento em que a negociabilidade se tornar prejudicial e perigosa para as pessoas e suas relações sociais. Deste modo, o autor conclui que:

“So what can we learn from the debate on the moral limits of markets? The perspective from the market in personal data demonstrates the need for moral norms that are not primarily based on individual consent and control of privacy violations, or, for that matter, on the idea of contextual integrity of information flows, but that take into account how the market in personal data can transform our social lives in ways that are harmful, detrimental or injurious. This moral and ethical dimension of the consequences of the marketization of personal data can only be captured when we take up the perspective of the moral limits of markets. Personal or private data are de facto a tradable good; and even if these norms do not tell us where precisely to stop with commodification, the task for ethics and political theory is to criticize tradability if it becomes harmful and dangerous for people and their social relations. The norms that guide the limitation of a market in personal data are necessary if we want to hold on to the idea of a flourishing and well-lived social life”.¹⁷³ (grifos inexistentes no original).

Sublinha-se, deste modo, que as legislações contemporâneas que tratam do direito à proteção de dados pessoais reconhecem essa negociabilidade limitada deste “novo” direito da personalidade (como no caso da LGPD, no Brasil), mas, sobretudo, visando ao afastamento de um indesejável cenário, onde a utilização de dados pessoais sirva para finalidades inidôneas e

¹⁷² O autor se vale do conceito de “*incomplete commodification*”, com referência a autores como Radin e O’Callaghan, para sustentar uma “posição intermediária” acerca da negociabilidade dos dados e informações pessoais. RÖSSLER, Beate. Should personal data be a tradable good? On the moral limits of markets In *privacy*., *op. cit.*, 158.

¹⁷³ Em uma tradução livre: “Portanto, o que podemos aprender com o debate sobre os limites morais dos mercados? A perspectiva do mercado de dados pessoais demonstra a necessidade de normas morais que não se baseiem principalmente no consentimento individual e no controle de violações de privacidade, ou, nesse sentido, na ideia de integridade contextual dos fluxos de informação, mas que levem em conta como o mercado de dados pessoais pode transformar nossas vidas sociais de forma nociva, prejudicial ou injuriosa. Essa dimensão moral e ética das consequências da mercantilização de dados pessoais só pode ser captada quando assumimos a perspectiva dos limites morais dos mercados. Os dados pessoais ou privados são de fato um bem comercializável; e mesmo que essas normas não nos digam exatamente onde parar com a mercantilização, a tarefa da ética e da teoria política é criticar a negociabilidade se ela se tornar prejudicial e perigosa para as pessoas e suas relações sociais. As normas que orientam a limitação de um mercado de dados pessoais são necessárias se quisermos manter à ideia de uma vida social florescente e bem vivida”. RÖSSLER, Beate. Should personal data be a tradable good? On the moral limits of markets In *privacy*., *op. cit.*, 159.

que também não impliquem na "coisificação" do próprio titular.¹⁷⁴

Este assunto em específico será retomado mais a frente, no subcapítulo 2.4, quando serão abordados os fundamentos da proteção conferida aos dados pessoais.

Por fim, cabe destacar que a categoria dos direitos da personalidade é dotada de uma tipicidade aberta (ou atipicidade). Isto quer dizer que não há uma taxatividade ou rol fechado de direitos da personalidade (todos os tipos não se encontram expressamente previstos no ordenamento jurídico). Neste sentido, Eroulths Cortiano Junior afirma que:

“(...) a ideia de que os direitos subjetivos são poderes exercitáveis apenas quando previstos (ou na medida de sua previsão) no direito objetivo leva – num raciocínio lógico – à necessidade da previsão legal de todos os direitos exercitáveis, incluindo os direitos da personalidade. (...) a pessoa humana é um dado pré-jurídico e, por consequência, a proteção de seu núcleo fundamental (sua personalidade e dignidade) desnecessita de expressa previsão legal (...). Assim, a noção de pessoa não é construída pelo ordenamento jurídico, mas é recebida”.¹⁷⁵⁻¹⁷⁶

Por isso que, como também indica Paulo Lôbo, “quando o juiz se deparar com situação fática que não se enquadra nos tipos legais de direitos da personalidade, mas que evidencia a violação a esta, deve verificar se é cabível, no caso, a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana”.¹⁷⁷ Como também destaca o mesmo autor, “essa operação hermenêutica de reenvio ao princípio assegura a plena aplicabilidade dos direitos da personalidade”.¹⁷⁸

Justamente em razão da característica da atipicidade dos direitos da personalidade, diversos autores, inclusive no Brasil, há muito tempo já reconheciam e tratavam especificamente sobre o direito à proteção de dados pessoais, sustentando, sobretudo, que este era um desdobramento do próprio direito à privacidade e intimidade.¹⁷⁹

¹⁷⁴ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p. 273.

¹⁷⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade., *op. cit.*, 2000, p. 43-45.

¹⁷⁶ O mesmo autora ainda complementa que: “a “tipificação dos direitos da personalidade deve ser entendida e operacionalizada em conjunto com a proteção de um direito geral da personalidade (um e outro se completam). Onde não houver previsão tipificada, o operador do direito leva em consideração a proteção genérica.” (CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade., *op. cit.*, 2000, p. 47).

¹⁷⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil**, *op. cit.*, 2012, p. 136.

¹⁷⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil**, *op. cit.*, 2012, p. 136.

¹⁷⁹ Esta é a posição que já era adotada, por exemplo, por Ingo Sarlet. SARLET, Ingo Wolfgang; *et al.* **Curso de direito constitucional**. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 434.

Contudo, há uma enorme importância e relevância em se disciplinar as questões atinentes ao direito à proteção de dados pessoais, de maneira expressa e mais aprofundada, pelo direito positivo. Não se trata de mero simbolismo.

Uma primeira razão evidente, se relaciona precisamente com não precisar ter de se socorrer de analogias, ou da hermenêutica de reenvio ao princípio da dignidade da pessoa humana (como visto acima, em relação a característica da atipicidade dos direitos da personalidade), quando se pretender afirmar e requer tutela do direito à proteção de dados pessoais – de maneira autônoma ao direito de proteção à privacidade, entre outros.

Além disso, pautado na defesa da necessidade de conferir uma autonomia própria em relação ao direito à privacidade, Bruno Bioni explicita que:

“O direito à privacidade deve ser alocado como uma nova espécie do rol aberto de direitos da personalidade, dando elasticidade à cláusula geral da tutela da pessoa humana. Caso contrário, corre-se o risco de ele não se desprender das amarras conceituais e da dinâmica do direito à privacidade e, em última análise, inviabilizar uma normatização própria para regular o fluxo informacional como fator promocional da pessoa humana”.¹⁸⁰

Para além disso, como se buscará demonstrar na sequência, uma regulação expressa e pormenorizada também é fundamental para que conferir maior segurança jurídica aos próprios agentes (públicos ou privados), a partir da definição dos limites das atividades de tratamento.

Avançando, passa-se a tratar da importância do reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo, com o intuito de examinar os seus efeitos concretos na sistemática jurídica e para a dinâmica de proteção dos indivíduos, enquanto titulares de dados pessoais.

¹⁸⁰ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p. 100.

2.3. A proteção aos dados pessoais como um direito fundamental autônomo

Como visto no subcapítulo anterior, os direitos da personalidade consistem em atributos essenciais da pessoa humana, cujo reconhecimento jurídico resulta de uma contínua marcha de conquistas históricas – notadamente a partir da segunda metade do século XIX e com seu apogeu após a segunda metade do século XX, no período pós-guerras.

No decorrer dos últimos séculos, entretanto, o tema foi tratado sob diferentes enfoques e com uma variedade de denominações distintas.¹⁸¹

Inobstante a existência de uma variedade de termos (direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade), não há propriamente uma confusão entre cada um dos conceitos. Afinal, todas as designações buscam contemplar atributos da personalidade humana que são merecedores de proteção e tutela jurídica. Como muito bem explica Anderson Schreiber, “[o] que muda é tão somente o plano em que a personalidade humana se manifesta”¹⁸².

Neste sentido, a expressão “direitos humanos” é tipicamente utilizada no contexto do plano internacional. Por sua vez, “direitos fundamentais” é normalmente empregado para designar direitos positivados numa constituição de um determinado Estado.¹⁸³⁻¹⁸⁴ Por fim, o termo “direitos da personalidade” é utilizado para fazer alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no contexto das relações privadas – isto é, na relação entre particulares (ainda que também possuam validade e eficácia no contexto das relações com o Poder Público).

Inobstante essa diferenciação quanto aos “planos” (que representa quase que uma espécie de diferenciação topológica), é bastante comum tais direitos possuam variadas fontes normativas, como fundamento constitucional ou em regras protetivas estabelecidas em

¹⁸¹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade.**, *op. cit.*, 2013, p. 13

¹⁸² SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade.**, *op. cit.*, p. 13

¹⁸³ Este é o elemento distintivo apresentado por diversos doutrinadores, notadamente por Ingo Sarlet. SARLET, Ingo Wolfgang; et al. **Curso de direito constitucional.** – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 261.

¹⁸⁴ A proteção do homem contra o Estado foi recepcionada pelas Constituições dos países democráticos. As Constituições do pós-Guerra passam a ter um compromisso político com a tutela da pessoa humana. Neste sentido, conferir: CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade., *op. cit.*, 2000, p. 36

diplomas legais nacionais ou internacionais.¹⁸⁵

Acerca do conceito de direito fundamental, que apresenta simultaneamente um sentido formal e material, Ingo Sarlet enfatiza que:

“no sentido jurídico-constitucional, determinado direito é fundamental não apenas pela relevância do bem jurídico tutelado considerado em si mesmo (por mais importante que seja), mas especialmente pela relevância daquele bem jurídico na perspectiva das opções do constituinte, acompanhada da atribuição da hierarquia normativa correspondente e do regime jurídico-constitucional assegurado pelo constituinte às normas de direitos fundamentais. (...) Assim sendo, (...) é possível definir direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal”.¹⁸⁶

Neste sentido, do ponto de vista hierárquico-normativo, os direitos da personalidade integram, inegavelmente, o rol de direitos fundamentais e preenchem os critérios (dupla e simultaneamente, no sentido formal e material) necessários para o reconhecimento da fundamentabilidade das normas, na medida em que estas visam tutelar a pessoa humana e o seu livre desenvolvimento.

Como visto anteriormente (no subcapítulo 2.2 acima), os direitos da personalidade não são taxativos, isto é, composto por um rol do tipo aberto.

Em geral, ao tratar da “extensão” do direito à privacidade, boa parte da doutrina sempre buscou associá-lo a tantas outras espécies de direitos da personalidade, como, por exemplo, os direitos à intimidade¹⁸⁷, à vida privada, ao sigilo, à imagem e, só mais

¹⁸⁵ “É no próprio ser humano, como pessoa destinatária de dignidade, e no próprio Estado Democrático de Direito, titular do papel de garantidor desta dignidade, que reside a fundamentação e a epistemologia tanto dos direitos fundamentais quanto dos direitos humanos, em qualquer uma das suas acepções”. BRANCO, Maurício de Melo Teixeira; BARROS, Renato da Costa Lino de; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. Fundamentação material dos direitos fundamentais na contemporaneidade. In: SIQUEIRA, Natércia Sampaio. XEREZ, Rafael Marcílio. (orgs.). **Desafios à concretização dos direitos fundamentais na sociedade da informação**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 175.

¹⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; *et al.* **Curso de direito constitucional**. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 280-281.

¹⁸⁷ Neste sentido, Luiz Otávio Rodrigues Junior comenta que: “Em mais uma demonstração do paralelismo dos direitos fundamentais em relação aos direitos da personalidade, tem-se a previsão do art. 21, Código Civil, quanto à inviolabilidade da vida privada da pessoa natural, que encontra seu espelho no direito fundamental previsto no inciso X do art. 5º, CF/1988. Não há uniformidade doutrinária quanto ao conceito de privacidade. O núcleo essencial desse direito é usualmente assim delimitado: a) sentimentos; b) autodeterminação religiosa, moral, sexual e ideológica; c) sigilo de correspondência, memórias e de dados; d) formas de lazer; e) direito de estar só; f) direito a apagar dados; g) direito ao esquecimento. Menciona-se a existência de uma esfera da

recentemente, passou-se a reconhecer a autonomia do direito à proteção de dados pessoais.

Inclusive, especificamente em relação às categoria “intimidade” e “vida privada”, qualquer tentativa de distinção nunca é uma tarefa fácil.¹⁸⁸ Neste sentido, como também ressalta Paulo Lôbo acerca da dificuldade da distinção entre essas categorias:

“A distinção entre intimidade e vida privada nem sempre é fácil, pois está condicionada aos variados ambientes culturais e às mutações ocorridas no tempo, razão por que quase sempre essas expressões estão conjugadas, como optou a Constituição. A alusão a uma é quase sempre abrangente da outra. De toda a forma, quando a norma jurídica referir a uma delas, o intérprete deve considerar como implicitamente referida a outra”.¹⁸⁹

Inobstante a importância de assimilação do conteúdo de cada uma dessas categorias, qual sejam, “intimidade” e “vida privada” (esta última, inclusive, como sendo o termo utilizado pelo Código Civil, nos termos do artigo 21, quando trata sobre a inviolabilidade), como uma forma de se poder compreender no que consiste a amplitude e abrangência do direito à privacidade, apesar da dificuldade de distinção, são conceitos que não se confundem. Para além disso, também não pode se confundir ou se admitir como plausível a equivocada interpretação, como é geralmente feita, inclusive pelos próprios Tribunais¹⁹⁰, no sentido de

privacidade, compreensiva de um "círculo de vivências, acontecimentos e informações" que a pessoa deseja "legitimamente guardar para si e subtrair aos olhos do público, por se referirem a experiências íntimas que deseja manter como tais". RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade.*, *op. cit.*, 2018, p. 698.

¹⁸⁸ Conforme demonstra Otávio Luiz Rodrigues Junior: “A privacidade, em muitos aspectos é confundida com o direito à intimidade, igualmente reconhecido como direito fundamental no inciso X do art. 5º, CF/1988, posto que não referido no art. 21, Código Civil. Não é incomum encontrar a expressão ‘proteção da intimidade da vida privada’: na qual se incluiriam: a) relações amorosas (flertes, namoros e noivados); b) renúncias, sacrifícios, êxitos, zangas e reconciliações da vida de um casal ou de membros da comunidade familiar; c) a nudez; d) comportamentos sexuais. Rigorosamente, contudo, os dois conceitos são distintos, como afirma Silmara Juny de Abreu Chinellato, porquanto “vida privada e intimidade não são sinônimos. Aquela tem âmbito maior, que contém a intimidade. Ou seja, vida privada e intimidade podem ser consideradas círculos concêntricos. O Código foi omissivo quanto ao segredo [...]”, que é um círculo menos amplo que a intimidade.” RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade.*, *op. cit.*, 2018, p. 698.

¹⁸⁹ LÔBO, Paulo. *Direito à privacidade e sua autolimitação.*, *op. cit.*, 2019, p. 20.

¹⁹⁰ No artigo escrito por Iuri Bolesina e Tássia Gervasoni, já citado diversas vezes neste trabalho, os autores realizaram levantamento de julgados, de diversos tribunais brasileiros, que ainda adotam este tipo de visão equivocada e conservadora acerca do direito à intimidade (como uma espécie de “dever” do indivíduo). Dentre os exemplos, cabe mencionar: o caso dos autos nº 2502627-65.2009.8.13.0701, julgado pela 16ª Câmara Cível, do TJMG, “em que o argumento vencedor foi de que a vítima, ao enviar fotos nuas para seu namorado, deu causa e teve culpa nos danos que sofreu tempos depois, quando do fim do seu relacionando, por ocasião de uma retaliação do ex-namorado que publicizou as imagens na rede (*revenge porn*)”; “o caso da bombeira que realizou um ensaio fotográfico sensual e foi assediada e punida por isso”; “o caso da servidora da Câmara de Vereadores de Cárceres-MT que foi exonerada depois de publicar um ensaio artístico sensual” e, o que ganhou mais notoriedade, o caso objeto do REsp nº 595.600-SC, de 2003, julgado pelo STJ, no qual se debatia a publicação não autorizada de uma mulher, na praia, realizando topless. Conferir: BOLESINA, I; GERVASONI, T. A curiosa tutela do direito à intimidade como “dever de intimidade”. *op. cit.*, 2020, p. 23-32.

haver um suposto “dever de intimidade”.¹⁹¹

Neste sentido, em artigo que analisa criticamente a tutela do direito à intimidade como um “dever de intimidade” – para ao final concluir que essa interpretação equivocada é, em parte, conservadorismo e, doutra parte, fruto da ignorância em relação a própria dimensão atualmente deduzível do direito à privacidade –, Iuri Bolesina e Tássia Gervasoni explicam no que consistiria essa desacertada leitura em relação a um suposto “dever de intimidade”:

“O dever de intimidade é, em síntese, a interpretação segundo a qual a intimidade deve ser fruída especialmente na solidão e no recôndito, não vindo vir a público ou ao social; segundo a qual certos conteúdos devem ser grandes segredos, porque imorais. Se alguém apresenta voluntariamente sua intimidade nesses cenários, o “dever de intimidade” afirma que tal pessoa abre mão do seu direito ou está em situação de autoviolação, em qualquer dos casos desprovido de plena tutela jurídica. Viram-se alguns casos nos quais a doutrina e a jurisprudência trataram a intimidade como dever e, coincidentemente (ou não), eram situações envolvendo a sexualidade e/ou o erotismo”.¹⁹²

Feita essa ressalva, volta-se a tratar da proteção e tutela conferida aos dados pessoais, enquanto espécie de direito da personalidade que, atualmente, teve sua autonomia reconhecida em relação as demais categorias tradicionais, notadamente em relação ao direito à privacidade, mas também em relação a outras categorias já mencionadas anteriormente acima, como o exemplos da honra e imagem, entre outras. Neste preciso sentido, Rafael Corrêa sustenta que:

“A noção de dados pessoais está intimamente ligada com a definição jurídica de personalidade e a projeção de direitos que dela parte, os quais gozam e demandam tutela da cláusula geral de proteção definida no próprio texto constitucional. Do retrato dessa ramificação é que se captura a noção dos direitos postos na categoria examinada, como a honra, imagem e privacidade, apenas para citar alguns exemplos. Quando se fala hodiernamente em dados pessoais, há uma imediata – e correta – associação com a ideia de privacidade, aliada à proteção necessária para tal direito. Assim como no caso da imagem, é no campo da privacidade que o indivíduo compõe e baliza traços e atributos de sua personalidade, que irão defini-lo para si e também perante aos demais, na irrefreável coexistência que alia os seres humanos em sociedade”.¹⁹³

É precisamente neste sentido de que Rafael Corrêa, referenciando reflexão e

¹⁹¹ Acerca da importante temática envolvendo a exposição não autorizada de fotos íntimas (temática que ficou conhecida pela expressão, em inglês, “*revenge porn*”), conferir pesquisa realizada por Alice Lana sobre o assunto (LANA, Alice de Perdigão. **Mulheres expostas: revenge porn, gênero e o marco civil da internet** [meio eletrônico]. **Dissertação (mestrado)** – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2018.)

¹⁹² BOLESINA, I; GERVASONI, T. A curiosa tutela do direito à intimidade como “dever de intimidade”. *op. cit.*, 2020, p. 31-32.

¹⁹³ CORRÊA, Rafael. Do direito de estar só à autodeterminação informativa, *op. cit.*, 2019, p. 17

realizado por João Carlos Zanon, também reforça a proposição de que “a proteção de dados pessoais deve ser concebida como um direito autônomo ao invés de ser simplesmente albergado pelo imenso pálio da privacidade, isso porque as resultantes práticas da privacidade e da proteção aos dados pessoais são distintas em diversas medidas”.¹⁹⁴

Como já dito, não se ignora que há algum tempo, boa parte da doutrina, mesmo no contexto brasileiro, já reconhecia e afirmava a autonomia do direito à proteção de dados pessoais, como uma espécie de desdobramento (ainda que implicitamente) dos direitos à privacidade e intimidade (inclusiva com a utilização de expressões conjugadas como “intimidade informática”¹⁹⁵), exigindo-lhe, assim, uma proteção específica e por certa equivalência.

Afinal, como já afirmado anteriormente, os dados pessoais são projeções diretas da personalidade e como tal devem ser considerados.

Entretanto, foi só a partir de um movimento estrangeiro, sobretudo europeu, e relativamente recente, e cada vez mais crescente em todo o mundo¹⁹⁶, preocupado com as questões relativas à regulamentação jurídica e a necessidade de uma tutela mais adequada do direito à privacidade e da necessidade de definição de limites quanto a utilização de dados pessoais pelos agentes de tratamento (públicos e privados), que essa autonomia se consolidou e ganhou força.

Aqui vale uma retrospectiva acerca da evolução do que se costuma chamar de “gerações”¹⁹⁷ de normas e leis de proteção de dados pessoais, ainda que a maior parte dos exemplos destacáveis sejam quase todos oriundos do contexto europeu.¹⁹⁸

No contexto internacional, verifica-se que as primeiras normas específicas de

¹⁹⁴ CORRÊA, Rafael. Do direito de estar só à autodeterminação informativa, *op. cit.*, 2019, p. 25.

¹⁹⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. A suprema inviolabilidade: a intimidade informática e o sigilo bancário. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica.** – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹⁹⁶ Referencia-se levantamento relativamente recente, no qual se apurou que em pelo menos 142 (cento e quarenta e dois) países do mundo existem legislações versando sobre privacidade e proteção de dados pessoais. (GREENLEAF, 2020).

¹⁹⁷ Termo geralmente utilizado pela própria doutrina especializada, em referência a classificação proposta por Viktor Mayer-Schönberger, *v.g.*, DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**, *op. cit.*, 2019, p. 174-180.

¹⁹⁸ MAYER-SCHÖNBERGER, V. Generational development of data protection in Europe. In: P. E. Agre; M. Rotenberg (Orgs.); **Technology and privacy: the new landscape.** p.219--241, 1997. Cambridge, MA, USA: MIT Press.

proteção de dados surgiram na década de 1970. Como exemplos, é possível citar principalmente: as leis do Estado alemão de Hesse (1970), a Lei de Dados da Suécia (1973), o Estatuto de Proteção de Dados do Estado alemão de Rheinland-Pfalz (1974); e a Lei Federal de Proteção de Dados da Alemanha (1977).

Como comenta Laura Schertel Mendes, o impulso para o surgimento dessa primeira geração de normas “foi o contexto generalizado do Estado Social, que requeria, para o funcionamento de sua burocracia, de planejamento sofisticado, o que, por sua vez, somente poderia ser alcançado por meio da coleta e do processamento dos dados dos cidadãos”.¹⁹⁹ No contexto norte-americano, cabe citar como a reação popular foi determinante para que o projeto “*National Data Center*”²⁰⁰, proposto em 1965, não saísse do papel.

É importante notar, como é inclusive destacado pela própria Laura Schertel Mendes, como, já neste período, grande parte das leis da primeira geração já adotavam uma perspectiva funcional e certa uma racionalidade regulatória com exigência de medidas prévias (*ex ante*), “na medida em que buscava controlar que os bancos de dados estivessem condicionados ao prévio registro dos indivíduos perante os órgãos competentes”.²⁰¹⁻²⁰²

¹⁹⁹ MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, *op. cit.*, 2019, p. 37.

²⁰⁰ O projeto, ligado ao Escritório de Orçamento (*Bureau of Budget*) norte-americano, consistia na ideia de construir uma central única de armazenamento de informações pessoais sobre os cidadãos estadunidenses, a partir da unificação dos cadastros do Censo, registros trabalhistas, do fisco e da previdência social. O projeto não teve apoio do Congresso norte-americano, após algumas discussões públicas, acarretando no fracasso da proposta. Neste sentido, conferir: KRAUS, Rebecca S. Statistical Dèjà Vu: The National Data Center Proposal of 1965 and Its Descendants. *Journal of Privacy and Confidentiality*. 5, Number 1, 2013, p. 1–37.

²⁰¹ MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, *op. cit.*, 2019, p. 38.

²⁰² Conferir, também, acerca do processo de cadastro nos Estados Unidos, da população mais vulnerável e seus riscos decorrentes do fornecimento massivo de dados, para o Conselho de Segurança Social: IGO, Sarah E. **The Known Citizen: a history of privacy in modern America**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. 2018, p. 55-98. Segundo Sarah Igo: “Divulging personal information about one’s religion or ethnicity via telling a surname on an official form would have been especially worrisome for Americans already at risk for discrimination. Of particular concern was the chance that these details would make their way back to employers. (...) On their part, hundreds of working women reportedly called the Social Security Board to ask whether their bosses would be alerted to their age or marital status, information women often falsified in order to get or keep a job. Married women workers, often blamed for taking jobs that were rightfully men’s, were greeted with hostility during the Depression if were not fired outright. Registering one’s date of birth was also quite nettlesome for female employees. Employers favored Young, single women because they were inexpensive to hire and judge least likely to quit to start a Family. And so, on both counts, women workers were inclined to lie”. (p. 74). Tradução livre: “A divulgação de informações pessoais sobre religião ou etnia, por meio de um sobrenome em um formulário oficial teria sido especialmente preocupante para os americanos já em risco de discriminação. De particular preocupação era a chance de que esses detalhes chegassem aos empregadores. (...) Por um lado, centenas de mulheres trabalhadoras teriam telefonado para o Conselho de Previdência Social para perguntar se seus chefes seriam alertados sobre sua idade ou estado civil, informações que as mulheres muitas vezes falsificavam para conseguir ou manter um emprego. As trabalhadoras casadas, muitas vezes acusadas de aceitar empregos que eram legitimamente masculinos, foram recebidas com hostilidade durante a Depressão [1929] se

Entretanto, os planos estatais ambiciosos de construção de um banco de dados centralizado acabaram não se concretizando efetivamente. Além disso, apesar da grande proliferação da quantidade de bancos de dados existentes, Laura Schertel Mendes ressalta que este período serviu para expor “a fragilidade da regulamentação das normas de primeira geração que estabeleciam procedimentos em detrimento de direitos”.²⁰³

Já a segunda geração de normas de proteção de dados pessoais é marcada por uma maior preocupação em tratar prioritariamente do direito à privacidade em si, ainda que sob uma perspectiva de liberdade negativa (o que já representava um importante avanço em relação a primeira geração de normas, que priorizava o controle rígido de procedimentos).

Exemplos marcantes são as inserções de disposições acerca da privacidade informacional em constituições de países como Áustria, Espanha e Portugal; no plano infraconstitucional, novas leis editadas também na Áustria, França, Dinamarca e Noruega. Este período também foi importante e representativo de um fortalecimento institucional, na medida em que houve “a ampliação dos poderes das autoridades administrativas encarregadas da proteção de dados”.²⁰⁴

Além disso, a segunda geração de normas também foi importante na medida abriu espaço para discussões relativas à “efetividade do consentimento do cidadão e do real exercício de sua liberdade de escolha, em um contexto no qual a não disponibilização dos dados pode acarretar a sua exclusão social”.²⁰⁵ Neste sentido, também cabe citar trecho da análise feita por Laura Schertel Mendes, em relação ao desafio de se conformar regras de proteção à privacidade com o desenvolvimento do mercado de consumo:

“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”.²⁰⁶

não fossem demitidas imediatamente. Registrar a data de nascimento também era bastante incômodo para as funcionárias. Os empregadores preferiam mulheres jovens e solteiras porque eram baratas para contratar e julgavam menos propensas a pedir demissão para começar uma Família. E assim, em ambos os casos, as trabalhadoras tendiam a mentir”.

²⁰³ MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, *op. cit.*, 2019, p. 39.

²⁰⁴ MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, *op. cit.*, 2019, p. 39.

²⁰⁵ MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, *op. cit.*, 2019, p. 39.

²⁰⁶ MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, *op. cit.*, 2019, p. 39.

A terceira geração de normas é marcada, notadamente, pela decisão do Tribunal Constitucional alemão que declarou a inconstitucionalidade de parte da Lei do Censo, em 1983.²⁰⁷ Em apertada síntese, o Tribunal reinterpreto a lei federal de proteção de dados pessoais alemã, à luz da Lei Fundamental de Bonn, para declarar que os cidadãos possuíam o direito à autodeterminação informativa (tema que será abordado de forma específica, no subcapítulo 2.5 abaixo), “radicalizando a ideia do controle do indivíduo no processamento de seus dados”²⁰⁸.

Para além da importante decisão do Tribunal Constitucional alemão, a principal diferença da terceira geração em relação à segunda geração de normas, “é que a participação do cidadão no processamento de seus dados passa a ser compreendida como um envolvimento contínuo em todo o processo, desde a coleta, o armazenamento e a transmissão e não apenas como a opção entre ‘tudo ou nada’”.²⁰⁹ São exemplos da terceira geração: a emenda à lei federal de proteção de dados pessoais alemã de 1990, a emenda da lei da Áustria de 1986, a alteração da lei da Noruega e a previsão constitucional da proteção de dados pessoais da Holanda.²¹⁰

Entretanto, também em relação às normas que integram o período da terceira geração, Laura Schertel Mendes observa que “mais uma vez, pode-se dizer que o ideal participativo dos cidadãos no controle das informações pessoais, consubstanciado na ideia de autodeterminação informativa, provou-se não ser factível no mundo real”. Segundo análise feita pela mesma autora, isso deu basicamente porque, semelhante ao que ocorreu com a normas da segunda geração, “os cidadãos não estavam dispostos a arcar com os altos custos monetários e sociais de exercer o seu direito e, por consequência, serem privados do acesso a

²⁰⁷ Como relata Danilo Doneda sobre o caso: “O estopim da sentença foi a própria lei que organizava o censo, aprovada em 1982. Essa lei previa que cada cidadão deveria responder 160 perguntas, a serem posteriormente submetidas a tratamento informatizado. Alguns pontos da lei geraram controvérsias, entre eles: - a possibilidade de que os dados obtidos pelo censo fossem confrontados com os dados do registro civil para eventual retificação do próprio registro; - a possibilidade de que estes mesmos dados, desde que não identificados com o nome do titular, pudessem ser transmitidos às autoridades federais e aos *Länder* [estados]; - a existência de multa pecuniária, relativamente elevada, para os que não respondessem ao questionário, bem como um mecanismo de favorecimento àqueles que denunciasses tais pessoas. Estes e outros pontos fomentaram um sentimento generalizado de insegurança, aliado à impressão de que o governo poderia se valer dos dados obtidos – que, a princípio, serviriam a finalidades estatísticas – para realizar um controle capilar das atividades e da condição pessoa dos cidadãos”. DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**, *op. cit.*, 2019, p. 165-166.

²⁰⁸ MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, *op. cit.*, 2019, p. 40.

²⁰⁹ MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, *op. cit.*, 2019, p. 40.

²¹⁰ Conferir, também: POULLET, Yves. About the E-Privacy Directive: Towards a Third Generation of Data Protection Legislation? In: POULLET, Yves et al. (Org.). **Data Protection in a Profiled World**. Dordrecht: Springer, 2010, p. 7.

bens e serviços ou a benefícios”.²¹¹

Já o que marcou a “quarta geração” de normas de proteção de dados pessoais, foram precisamente as diversas tentativas de tentar resolver os problemas que haviam sido verificados nos períodos anteriores, sobretudo, visando ao fortalecimento da posição dos indivíduos (titulares) e a efetivação do autocontrole sobre os dados pessoais. É neste período que também surge e ganha destaque o conceito de “dados pessoais considerados sensíveis”²¹², para se referir aos dados relativos à etnia, opção sexual, opinião política e religião, cujo o tratamento impõe responsabilidades maiores e mais específicas aos agentes de tratamento.²¹³

Ainda com relação às características da quarta geração de normas de proteção de dados pessoais, Laura Schertel Mendes registra que:

“Outra característica bastante interessante da quarta geração de normas de proteção de dados pessoais consiste no fato de que, em diversos países, normas gerais sobre a proteção de dados são complementadas com normas setoriais. Tal fato tem como finalidade ampliar a proteção do indivíduo nos diversos setores em que é possível o tratamento dos seus dados pessoais, de modo que a legislação possa contemplar as diversas especificidades setoriais existentes. Assim, na maioria dos países europeus, percebe-se a existência de uma regulamentação geral sobre proteção de dados, mas com códigos de conduta setoriais suplementares.”²¹⁴ (grifos inexistentes no original).

Por fim, já há autores que afirmam a ocorrência de uma atual “quinta geração” de proteção de dados pessoais, fazendo referências principalmente aos episódios mais recentes como: a “revisão pela OCDE das Diretrizes relativas à proteção de dados pessoais e ao fluxo de dados transfronteiriços de 2013, a edição do Regulamento Geral de Proteção de Dados na Europa, em 2016, que entrou em vigor em 25 de maio de 2018, assim como a recém-aprovada Lei de Proteção de Dados da Califórnia [*California Consumer Privacy Act (CCPA)*, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2020]”.²¹⁵

Já no contexto do Brasil, quando comparado com o exame da evolução das gerações de normas de proteção de dados pessoais que se sucederam pelo mundo (como se buscou fazer na análise feita sucintamente acima), especialmente marcado pelas experiências e legislações que surgiram na Europa, verifica-se que o desenvolvimento do mesmo tema

²¹¹ MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, *op. cit.*, 2019, p. 40.

²¹² Cf. Mulholland, C. S. Dados Pessoais sensíveis e a Tutela De Direitos Fundamentais: Uma análise à Luz Da Lei Geral De proteção De Dados (Lei 13.709/18). *Rev. Dir. e Garantias Fundamentais*, 19, 2018, p. 159-180.

²¹³ MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, *op. cit.*, 2019, p. 41.

²¹⁴ MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, *op. cit.*, 2019, p. 42.

²¹⁵ MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, *op. cit.*, 2019, p. 42.

ocorreu de maneira bastante distinta no ordenamento jurídico pátrio.

Isto porque, no contexto brasileiro, até o advento da LGPD, o tema era regulado por diversas leis setoriais, o que suscitava bastantes críticas, tendo por fundamento a enorme fragilidade que esse modelo acarretava para a proteção do cidadão, enquanto titular de dados pessoais. Por isso, inclusive, que costumava-se afirmar que essa regulação por diversas leis setoriais formavam “uma verdadeira colcha de retalhos normativa”.²¹⁶ Explica-se.

No Brasil, antes da Constituição Federal de 1988, a intimidade e a vida privada não encontravam um espaço normativo relevante. Anteriormente, em todas as demais constituições não há disposições que – do império até a república (1824, 1891, 1934, 1937 e 1946) só previam disposições acerca da inviolabilidade do domicílio; enquanto que nas Cartas de 1967 e 1969, para além do domicílio, passou a contar com as garantias relativas ao sigilo de correspondências e de comunicações telegráficas.²¹⁷

Assim, somente a partir de 1988, é que o direito de se decidir sobre o acesso e fluxo de dados pessoais passou a ser costumeiramente associado, pela doutrina, com a proteção constitucional conferida à intimidade e acerca das disposições sobre as interceptações de comunicações, nos termos do art. 5º, inc. X e XII, respectivamente, da Constituição Federal de 1988. Já em relação ao direito à informação, com o conteúdo normativo estabelecido no art. 5º, inciso XIV, da CF/88.²¹⁸⁻²¹⁹

Além disso, também cumpre fazer referência ao direito de cada pessoa ter acesso aos seus dados, inclusive para retificação e complementação do registros de informações, por intermédio da utilização do remédio constitucional do *habeas data*, previsto no art. 5º, inciso LXXII do texto constitucional e que foi regulamentado pela Lei 9.507/1997.²²⁰

Logo após os primeiros anos do regime democrático e civil, consolidado pela Constituição cidadã de 1988, o Brasil editou uma legislação muito benéfica e avançada para a proteção do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, CDC).

²¹⁶ MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, *op. cit.*, 2019, p. 44.

²¹⁷ LÔBO, Paulo. Direito Civil., *op. cit.* p.152.

²¹⁸ GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Proteção jurídica de dados pessoais, *op. cit.*, 2008, p. 147.

²¹⁹ DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental., *op. cit.*, 2011., p. 103.

²²⁰ DONEDA, Danilo., A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental., *op. cit.*, 2011, p.104.

A doutrina costuma apontar a relevância do CDC, que dispõe de regras que protegem o consumidor, como uma normativa importante para a evolução do conceito e do próprio direito à proteção de dados, na medida em que código protetivo das relações de consumo demanda a necessidade de obtenção de consentimento do consumidor para criação de “bancos de dados e cadastros”.²²¹ Neste sentido, como observou Danilo Doneda ao comentar acerca do advento do CDC:

“Ao gerar um sistema moderno, efetivamente preocupado com a proteção do consumidor, o CDC inevitavelmente deparou-se com o problema representado pela utilização abusiva da informação sobre consumidores em bancos de dados. As disposições do CDC revela, como foco da preocupação do legislador, o estabelecimento de limites ao uso da informação sobre o consumidor pelo fornecedor (que estaria justificado, de certo ponto de vista, na efetivação da transação com mais segurança)”.²²² (grifos inexistentes no original).

Ainda durante a década de 1990, pouco se avançou na regulação jurídica sobre o tema, valendo mencionar apenas a edição da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997), que dispõe sobre a necessidade de que as prestadoras de serviços respeitem o direito à privacidade na utilização dos dados pessoais dos usuários.

Já em 2001, houve o advento da Lei de Sigilo Bancário (Lei Complementar nº 105) que impôs normas em face das instituições financeiras também acerca da utilização de bancos de dados do seus consumidores e titulares de contas.²²³

Acerca das disposições do Código Civil brasileiro de 2002, contudo, Anderson Schreiber afirma a sua insuficiência em relação ao tratamento que foi dado em relação à tutela da privacidade, frente aos desafios deste séc. XXI, nos seguintes termos:

“A verdade é que o Código Civil brasileiro deu à privacidade um tratamento inadequado. Em primeiro lugar, dedicou um único artigo à matéria [art. 21], cuja importância se renova a cada dia na sociedade contemporânea. Nesse dispositivo solitário, o legislador limitou-se (...) a um enunciado genérico, que não acrescenta rigorosamente nada ao que já se encontrava previsto na Constituição. Perdeu, assim, a oportunidade de oferecer parâmetros para a solução de diversos conflitos concretos ligados à tutela da privacidade. (...) Não bastasse isso, empregou a expressão vida privada, revelando certa indiferença à recente evolução do conceito de privacidade, que abandonou uma concepção mais restrita, limitada ao círculo da intimidade da pessoa humana, para abarcar a proteção aos dados e informações pessoais. Sobre

²²¹ Referencia-se, para tanto, as disposições acerca dos bancos de dados de consumo, conforme previsto nos artigos 43 e 44 do CDC.

²²² DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**, *op. cit.*, 2019, p. 265.

²²³ 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. 452.

esse último aspecto, a codificação não trouxe uma palavra sequer. Não é exagero dizer que o Código Civil ignorou a vasta amplitude do tema, cuja compreensão é essencial para perceber o importante papel reservado à tutela da privacidade no século XXI.²²⁴ (grifos inexistentes no original).

Em 2011, houve um tímido avanço no quadro geral a partir da Lei nº 12.414 (conhecida como “Lei do Cadastro Positivo” – LCP) que criou regras específicas para bancos de dados do setor privado, especialmente para proteção do consumidor e mediante a exigência de consentimento prévio para criação do “cadastro positivo”. Esta lei, especificamente, de acordo com o texto constante da sua própria exposição de motivos, trouxe ferramentas que tinha o objetivo de permitir “a ampliação das relações comerciais, estimulando o empresariado à redução de juros a partir da gestão de uma gama maior de dados dos consumidores”.²²⁵

Nessa medida, a LCP foi bastante festejada principalmente pelas instituições financeiras, igualmente sob o argumento de que, a partir do conhecimento das informações de crédito e inadimplência dos consumidores (a partir de uma lógica de estabelecimento de uma pontuação ao consumidor, o que costuma ser chamado pelo termo, em inglês, “*scoring*”), seria possível abaixar as taxas de juros (costumeiramente indicado pelo termo econômico, em inglês, “*spread*”) aplicadas no país.

Por outro lado, a Lei do Cadastro Positivo trouxe contribuições importantes no tocante ao direito à proteção de dados pessoais.²²⁶ Isto porque, a LCP trouxe uma maior sistematização sobre a proteção de dados pessoais (ainda que de relevância creditícia), e também foi responsável por, sobretudo, assegurar um espaço de maior trânsito para o

²²⁴ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**, *op. cit.*, 2013, p.134.

²²⁵ 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: 01.09.2020.

²²⁶ Registra-se, entretanto, que, recentemente a LCP foi substancialmente alterada, pela LC nº 166/2019, que deu origem a diversas críticas, na medida em que subverteu a lógica de coleta das informações e, conseqüentemente, também implicou em fragilização e redução das garantias e proteções em favor dos titulares de dados. Neste sentido: “A Lei complementar 166/2019, 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 out*”); (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”. MECABÔ, Alex. **Para Além Da Privacidade: Proteção De Dados Pessoais E Desafios À Regulação. Dissertação (Mestrado)**. – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2021.

autogerenciamento pelos consumidores (igualmente titulares de dados e cidadãos).²²⁷

Concretamente, cabe destacar que a lei passou a impedir a coleta e uso de informações excessivas ou sensíveis e a vedar a destinação dos dados para fins estranhos à atividade de crédito²²⁸. Para além disso, a norma também inovou na medida em que passou a prever expressamente a possibilidade do direito dos titulares de pedirem uma revisão das decisões automatizadas²²⁹ (art. 5º, inc. VI, da LCP).

Avançando, no mesmo ano (2011), houve o advento da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011), diploma legal que disciplina as diretrizes que garantem o acesso a informações detidas por entes públicos ou por entidades privadas.²³⁰

Foi somente em 2014, a partir da edição da Lei nº 12.965/2014, batizada como “Marco Civil da Internet” (MCI), é que alguns avanços mais concretos e efetivos foram realizados no plano normativo para a proteção de dados pessoais no Brasil.²³¹ Além disso, é possível afirmar que o MCI foi a primeira legislação que versou, no país, com amplitude e especificidade na matéria, sobre o ambiente digital.

Para além de estabelecer a proteção de dados pessoais como um princípio expresso (art. 3º, inciso III), o Marco Civil da Internet esboçou os primeiros e efetivos direitos do titulares acerca do fluxo informacional dos seus dados. Além disso, o MCI conferiu um certo protagonismo ao consentimento do usuário para captação e uso dos seus dados pessoais²³² (art. 7º, inc. IX).

²²⁷ Conferir, precisamente em relação à Lei de Cadastro Positivo e as polemias envolvendo as dificuldades do sistema de *opt-out*: RENZETTI, P. Bruno; ALMEIDA, Luis Felipe R. de; BANHOS, Tiago Paes de A. Implicações da Lei de Cadastro Positivo para a Proteção de Dados Pessoais no Brasil: As Dificuldades do Sistema de *Opt-Out*. p. 129-170. In: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **A lei geral de proteção de dados brasileira: uma análise setorial** (volume I). – 1. ed. – São Paulo: Almedina, 2021.

²²⁸ BIONI, Bruno. Proteção de dados pessoais, *op. cit.*, 2019, p.

²²⁹ Cf. LIMA, Taisa Maria Macena de; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. Inteligência artificial e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: o Direito à explicação nas decisões automatizadas. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil** | Belo Horizonte, v. 26, p. 227-246, out./dez. 2020.

²³⁰ Sobre os possíveis diálogos entre a LGPD e a Lei de Acesso à Informação, conferir: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Diálogos entre a Lei Geral de Proteção de Dados e Lei de Acesso à Informação. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo. OLIVA, Milena Donato. (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. - 1. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 199-218.

²³¹ ZANATTA, Rafael A. F. A Proteção de Dados entre Leis, Códigos e Programação, *op. cit.*, 2015, p. 452-453.

²³² 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.

Importante frisar que o MCI determina que consentimento do usuário deve ser sempre: livre (ou seja, corresponder à vontade legítima do sujeito), expresso e objetivo (no sentido de haver um registro e/ou prova da manifestação de concordância pelo usuário), e ainda informado (elemento de validade e eficácia, na medida em que sua validade está condicionada à suficiência das informações ao titular sobre o contexto de tratamento dos dados e a sua consequência de escolha).

Por fim, também é destacável que o MCI igualmente trouxe um relevante e significativo avanço para a matéria de proteção de dados pessoais, na medida em que passou a prever o direito de o usuário requerer a exclusão definitiva do seus dados pessoais a determinada aplicação de internet, ao término da relação entre as partes, ressalvadas hipótese em que a guarda de registros é obrigatória e prevista em lei (art. 7º, inciso X, MCI).

Assim, é preciso notar que, muito embora o contexto normativo infraconstitucional brasileiro das últimas recentes décadas, especialmente por meio da aplicação simultânea do Código de Defesa do Consumidor e do Marco Civil da Internet ao tratamento de dados pessoais dos consumidores no ambiente virtual, já fosse possível se extrair um direito básico em relação à proteção de dados pessoais, a regulação jurídica operada até então se revelava como esparsa, incipiente e até mesmo insuficiente.²³³

Afinal, conforme afirma Rafael Zanatta, seria ilusório pensar que a solução para os vários problemas jurídicos do uso da internet e em relação à proteção de dados pessoais estariam resolvidos apenas com as disposições do Marco Civil.²³⁴ Isto porque o MCI apenas define minimamente a existência do direito à proteção de dados, mas não trata sobre as consequências e no que consistiria o uso indevido das informações pessoais, Além de diversas tantas outras situações em relação ao uso e tratamento de dados, que demandavam normas específicas de como cada um dos agentes envolvidos poderiam ou deveriam proceder.

É neste sentido que uma lei geral de proteção de dados para o Brasil, tal qual a recente edição da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, se revela como um importante marco²³⁵, que se fazia extremamente necessário, justamente para aumentar a proteção

²³³ CUEVA, Bôas Villas Ricardo. A insuficiente proteção de dados pessoais no Brasil. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 13, ano 3. p. 59-67. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2017.

²³⁴ ZANATTA, Rafael A. F. A Proteção de Dados entre Leis, Códigos e Programação, *op. cit.*, 2015, p. 462-463

²³⁵ Mulholland, C. S. (Org.) **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil**. – Porto Alegre: Editora

conferida ao titulares dos dados pessoais (precipuamente por meio de normas que conferem autonomia informativa e controle sobre as informações pelos titulares, que podem ser objeto de solicitações administrativas ou até mesmo demandas judiciais), bem como para equilibrar os limites de atuação dos agentes envolvidos.

Neste sentido, ainda em relação a “evolução legislativa” até a chegada na LGPD, cabe colher os comentários feitos por Laura Schertel Mendes:

“Como se percebe, até a edição da LGPD no ano de 2018, o Brasil não dispunha de uma regulamentação geral sobre proteção de dados pessoais. O tema era regulado por diversas leis setoriais, formando uma verdadeira "colcha de retalhos normativa", o que suscitava inúmeras críticas, seja pela fragilidade da proteção do titular de dados pessoais, seja pela insegurança jurídica à qual se submetiam empresas que tinham como um dos pilares de seus negócios o tratamento de dados. Nesse sentido, há tempos se ouviam vozes na academia brasileira e de atores de diferentes setores defendendo a edição de uma lei geral, apta a formar um sistema coerente de regras e parâmetros mínimos para o tratamento de dados no país. A aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados pode ser vista, assim, como um resultado, em parte, desse reconhecimento interno da academia e *stakeholders* brasileiros. Não obstante, importantes fatores externos contribuíram de forma decisiva também para o processo de aprovação dessa legislação, podendo se citar a entrada em vigor do Regulamento Geral sobre Proteção de Dados (UE 2016/679) na Europa, em 25 de maio de 2018, bem como os acontecimentos relacionados à empresa *Cambridge Analytica* acerca da utilização de dados do *Facebook* para *microtargeting* na campanha eleitoral americana de 2016, em violação às normas de proteção de dados.”²³⁶

Neste sentido, em uma análise do processo legislativo, dos antecedentes e a da “conjunção favorável” que culminou na aprovação da LGPD²³⁷, costuma-se ressaltar que ela foi resultado de uma construção multissetorial. Isto porque o longo processo legislativo até a aprovação é marcado pela participação de múltiplas partes (dos setores público, privado e representantes do terceiro setor), fato bastante positivo na medida em que, como afirma Bruno Bioni, “enriqueceu e trouxe maior legitimidade ao processo”.²³⁸

Importante registrar e perceber, entretanto, que multissetorialismo da LGPD representou uma “união de diferentes perspectivas e não, necessariamente, a obtenção de

Arquipélago, 2020.

²³⁶ MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, *op. cit.*, 2019, p. 44-45.

²³⁷ Para uma análise mais aprofundada e detalhada acerca das propostas legislativas que tramitaram no Congresso Nacional e os movimentos políticos que antecederam a aprovação da LGPD, conferir: BIONI, Bruno. **Xeque-Mate: o tripé de proteção de dados pessoais no xadrez das iniciativas legislativas no Brasil**. – Projeto de pesquisa Privacidade e Vigilância. São Paulo: Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas Para o Acesso à Informação da Universidade de São Paulo GPOPAI/USP, 2015.

²³⁸ BIONI, Bruno Ricardo (org.). **Proteção de dados: contexto, narrativas e elementos fundantes**. – 1. ed. – Curitiba: Editora Appris, 2022, p. 31.

consensos”.²³⁹ Como é típico e salutar do próprio processo democrático.

É importante notar também que, inobstante a aprovação da LGPD tenha ocorrido em 2018, todo essa movimentação multissetorial segue atuante de maneira intensa, inclusive nesses últimos anos. Verificou-se o surgimento de diversas organizações e instituições de ensino e de pesquisas, especificamente voltadas para a temática da proteção de dados e tantas outras iniciativas importantes para a criação de uma cultura entorno do direito à proteção de dados pessoais. No Congresso Nacional, o processo legislativo também seguiu versando sobre a questão.

Exemplo destacável é o da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 17/2019, que resultou na aprovação da Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, cujo conteúdo versa justamente sobre direito à proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental.

Foi desta forma que, por fim, justamente a partir da aprovação da EC nº 115, ocorreu a alteração na Constituição Federal Brasileira de 1988, especificamente para realizar a inclusão do direito à proteção de dados pessoais dentre os direitos e garantias fundamentais. Além disso, a EC nº 155/2022 também incluiu previsão constitucional como sendo de competência da União a organização e fiscalização da proteção e o tratamento de dados pessoais; bem como, por fim, como sendo de competência privativa da União, legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Concretamente, a EC nº 115/2022 operou as seguintes modificações: acrescentou o inciso LXXIX ao artigo 5º; o inciso XXVI ao artigo 21; e, por fim, o inciso XXX no artigo 22 da Constituição Federal.

Por óbvio que a relevância da inserção (positivação no texto constitucional) do direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo e expresso não é algo meramente simbólico, mas do qual surgem efeitos jurídicos relevantes.

Como mencionado na anteriormente (no subcapítulo 2.2 acima), uma primeira razão se relaciona precisamente com não precisar ter de se socorrer de analogias, ou da hermenêutica de reenvio ao princípio da dignidade da pessoa humana, para se afirmar e requer tutela do direito à proteção de dados pessoais.

²³⁹ BIONI, Bruno Ricardo (org.). **Proteção de dados**, *op. cit.*, 2022, p. 31.

Além disso, ao elevar as normas que versem sobre o direito à proteção de dados pessoais a categoria de direito fundamental, agora expressamente disposto no artigo 5º da Constituição Federal (isto é, no rol de direitos e garantias fundamentais assegurados a todos os indivíduos e também, por consequência, recebe o *status* de cláusula pétrea, *ex vi* art. 60, §4º, inc. IV, da CF/88), também implica no efeito prático de que a sua tutela pode ser exigida (em termos processuais e em caso de violações) da mesma forma que os demais direitos fundamentais, inclusive por intermédio das ações constitucionais (para além de servir de baliza para controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, de outras normas do ordenamento jurídico brasileiro); e, por fim, também como inegável matéria de competência do Supremo Tribunal Federal (STF), como, por exemplo, fundamento para a interposição de recursos como Recurso Extraordinário etc.

Por fim, cabe reforçar que uma regulação expressa e pormenorizada também é fundamental para que conferir segurança jurídica aos próprios agentes (públicos ou privados), a partir da definição dos limites das atividades de tratamento.

Passa-se a tratar dos fundamentos do direito à proteção de dados pessoais, também com o objetivo de adentrar no conteúdo da LGPD e analisar as normas que agora regulamentam as atividades de tratamento de dados pessoais no Brasil.

2.4. Os fundamentos da proteção aos dados pessoais

*“So we had better call upon our lawyers, politicians, philosophers, and event poets to turn their attention to this conundrum: how do you regulate the ownership of data? This may well be the most important political question of our era”.*²⁴⁰

Como visto pelos subcapítulos anteriores deste trabalho, relevância da tutela jurídica e da proteção aos dados pessoais emerge no âmbito da sociedade da informação, como uma possibilidade de tutelar a personalidade do indivíduo, contra potenciais riscos a serem causados pelos processos de tratamento dessa categoria de dados que identifica, ou pode identificar, uma dada pessoa (definição dita como “expansionista”²⁴¹, expressamente adotada pela LGPD, nos termos do art. 5º, inciso I).

Contudo, conforme destaca Laura Schertel Mendes, “a sua função não é a de proteger os dados *per se*, mas, sim, a pessoa que é titular desses dados”.²⁴²

Em uma tentativa de resumir o que visto até aqui, durante o desenvolvimento de trabalho, verificou-se que: se por um lado se reconhece ser o desafio e as grandes dificuldades inerentes a qualquer proposta de regulação do uso dos dados pessoais, tido como a matéria-prima do modelo econômico vigente; por outro lado, direitos da personalidade não podem ser simplesmente esvaziados ou a eles negados vigência, mesmo frente às novas tecnologias e, sobretudo, em privilégio dos interesses exclusivamente dos agentes de mercado (ou ainda apenas dos interesse do poder público estatal).

Vale dizer: a eventual dificuldade em conter uma conduta danosa não pode servir de justificativa para o afastamento das responsabilidades de quem a promove ou, ainda, de quem dela se aproveite. Afinal, é papel e dever da sistemática jurídica (e também de seus operadores) garantir a existência de mecanismos de efetivação e de proteção a qualquer categoria de direito (ainda que se destaque a relevância dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais, visto que ligados ao princípio basilar da dignidade da pessoa humana, conforme visto nos subcapítulos 2.1. e 2.2 acima).

²⁴⁰ Tradução livre: “Portanto, é melhor chamarmos nossos advogados, políticos, filósofos e até mesmo poetas para que eles voltem sua atenção para este enigma: como você regula a propriedade dos dados? Esta pode muito bem ser a questão política mais importante da nossa era.” HARARI, Yuval N. **21 lessons for the 21st century.**, *op. cit.*, 2018, p. 67.

²⁴¹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p. 67-68.

²⁴² MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: um modelo de aplicação em três níveis. **Caderno Especial LGPD**. – São Paulo: Ed. RT, nov. 2019, p. 35.

E ainda, no caso de violações, também é igualmente papel e dever da sistemática jurídica se certificar da aplicação das sanções (das cominações que estejam previa e expressamente previstas), seja pela via legal, seja pela estruturação de uma autoridade reguladora etc. Além disso, sempre também pautado na premissa básica de que qualquer tipo de excessos, abusos ou violações (independente de quem seja o ofensor ou o ofendido), não pode contar com a aquiescência, ou ainda com a indiferença ou qualquer tipo de aceitação pela sociedade, quanto menos pelo próprio poder público estatal.

Reafirmada essas premissas básicas do Direito, passa-se a tratar sobre os fundamentos da proteção que deve ser conferida aos dados pessoais, de maneira mais pormenorizada.

Neste sentido, Laura Schertel Mendes propõe que, para aplicação da LGPD, deve ser compreendido que a legislação apresenta um modelo que ela identifica como sendo em *três níveis*. Conforme explica a própria autora acerca do conteúdo desse modelo de três níveis:

“(...) em primeiro lugar, é preciso analisar quais são as condições de legitimidade para se realizar o tratamento de dados pessoais; em seguida, são estabelecidos os procedimentos para a garantia desse direito; e, por fim, se determinam quais as consequências administrativas e civis decorrentes da violação das fases anteriores. O modelo proposto pode ser sumariamente apresentado da seguinte forma:

- a) qualquer tratamento de dados pessoais somente pode ser iniciado se atendidas as condições para a sua legitimidade (**condições de legitimidade**);
- b) atendidas as condições de legitimidade, todo o tratamento de dados deve cumprir determinados procedimentos, que se encontram na Lei tanto na forma de direitos do titular como de obrigações dos agentes de tratamento (**procedimentos para garantir a proteção de dados pessoais**); e
- c) em caso de violação a esse direito, são aplicáveis sanções administrativas e civis (**sanções e reparação**).”²⁴³ (destaques não existentes no texto original).

A proposição da autora, de aplicação em três níveis, é totalmente compatível e vai ao encontro dos motivos e fundamentos que estimularam uma “busca permanente pela evolução”, quando examinada a perspectiva evolucionária das “gerações” de normas protetivas de dados pessoais, no subcapítulo anterior (2.3 acima), principalmente com o manifesto intuito que a que a regulação não se torne obsoleta frente aos constantes desafios oriundos dos “novos desenvolvimentos tecnológicos e das práticas sociais e econômicas propiciadas pela tecnologia”.²⁴⁴

²⁴³ MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, *op. cit.*, 2019, p. 46-47.

²⁴⁴ MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, *op. cit.*, 2019, p. 56.

A partir do visto até aqui, é possível se afirmar que o direito básico à proteção de dados pessoais também envolve, em um só tempo, uma *dupla dimensão*²⁴⁵, qual seja: 1º) a tutela do indivíduo (seja como cidadão ou quando qualificado como consumidor) contra os riscos que ameaçam a sua personalidade, em face das atividade de tratamento e circulação de dados pessoais; e 2º) a atribuição da garantia, ao titular do dado, deste poder controlar²⁴⁶⁻²⁴⁷ o fluxo das suas informações no contexto da Sociedade Informacional.

Assim, a partir dessa normatização também ambivalente (procedimental e substancial), a LGPD busca garantir autonomia ao cidadão para capacitá-lo em relação ao controle do fluxo de seus dados pessoais (como já anunciado, o que se compreende por autodeterminação informacional – e que será objeto específico do próximo subcapítulo, 2.5, abaixo), uma vez que este está inserto em uma relação assimétrica e deve ter garantias que visam à sua liberdade de maneira positiva.

Ocorre que, notadamente a partir do fenômeno da hipercomplexidade²⁴⁸⁻²⁴⁹ das

²⁴⁵ A afirmação da característica de uma dupla dimensão é feita a partir de outro estudo, já referenciado acima neste trabalho, de Laura Schertel Mendes, que trata sobre os diálogos entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor (MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor., *op. cit.*, 2016).

²⁴⁶ Os mecanismos normais para o exercício do controle informacional pelo titular de dados estão diretamente relacionados com os “direitos básicos” descritos no art. 18 da LGPD (além do importante direito de garantia do pedido revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizados, na prevista no art. 20 da Lei), sendo que o referido art. 18 dispõe expressamente que: “O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: I - confirmação da existência de tratamento; II - acesso aos dados; III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei; V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial; VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei; VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa; IX - revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei.”

²⁴⁷ Conforme também explicita Laura Schertel Mendes: “Os direitos mais básicos atribuídos ao titular dos dados pelas diversas legislações nacionais e tratados internacionais para o controle do fluxo de seus dados são conhecidos pela sigla "ARCO", que é uma abreviação dos direitos de acesso, retificação, cancelamento e oposição. Afinal, à luz do paradigma do controle, entende-se que o titular deve ter livre acesso aos seus dados (direito de acesso), deve poder corrigir dados equivocados e desatualizados (direito de retificação) e deve poder cancelar dados que foram indevidamente armazenados ou cujo consentimento tenha sido revogado por ele (direito de cancelamento)”. MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, *op. cit.*, 2019, p. 50.

²⁴⁸ Neste sentido: “a hipercomplexidade das relações contratuais em massa trouxe outro fenômeno que não pode ser ignorado: a hipervalorização da informação. Deter e tratar informação significa, em tempos de modernidade líquida, poder”. (MATOS, Karla Cristina da Costa e Silva. **O valor econômico das informações...**, *op. cit.*, 2012, p. 14).

relações negociais (marcado, sobretudo, pela “massificação” das contratações)²⁵⁰ e da valorização da informação pessoal (que como visto, passou a ser a principal matéria-prima da Sociedade Informacional e que passou por um forte processo de monetização), percebeu-se a potencialidade de surgimento de situações de vulnerabilidade do cidadão (enquanto titular destes dados pessoais) quando não existem normas que lhe garantam proteção face ao massivo ganho de escala das atividades de tratamento (como sempre frisado: tanto por agentes privados quanto pelo próprio Poder Público).

Neste sentido, observa-se que o modelo da presunção de consentimento²⁵¹ (fundamento e procedimento mais comum até então, também conhecido por sua expressão em inglês, “*notice-and-consent*”, que, em apertada síntese, presume a compreensão e concordância do contratante [neste caso, na condição de titular de dados pessoais] acerca dos instrumentos amplamente adotados e denominados de “termos de uso e políticas de privacidade”) se revelou fracassado²⁵² exatamente porque a lógica estritamente contratualista não demonstrou como adequada diante da fática realidade de uma pulsante economia de vigilância e de um modelo de varejo de dados pessoais que se vivencia na Sociedade da Informação.

É neste sentido que parte da doutrina contemporânea que se já se debruçou sobre o

²⁴⁹ Como explicita Cláudia Lima Marques: os “tempos modernos são um verdadeiro desafio para o Direito Civil, pois são tempos de ceticismo quanto a capacidade de da ciência do direito de dar respostas adequadas e gerais aos problemas que perturbam a sociedade atual e modificam-se com uma velocidade assustadora. Tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, que acabam por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do Direito Civil, que acabam por forçar a evolução dos conceitos do direito, a propor uma nova jurisprudência dos valores, uma nova visão dos princípios do Direito Civil, agora muito mais influenciada pelo direito público e pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos”. (MARQUES, Claudia Lima. Proteção do Consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado, p. 825-882. In: WALD, Arnold (org.). **Direito empresarial: teoria geral**, v. 1. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 831-832)

²⁵⁰ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, *passim*.

²⁵¹ Cabe apontar que, no contexto europeu, o RGPD: “Como forma de proteger mais intensamente os titulares dos dados sensíveis, o GDPR qualificou de maneira mais restrita o consentimento do titular dos dados sensíveis, passando a exigir que, além de expresso, a manifestação consentida deve ser livre, explícita, inequívoca, informada e específica”. Mulholland, C. S. Dados Pessoais sensíveis e a tutela de Direitos Fundamentais., *op. cit.*, 2018, 166-167.

²⁵² Em seu trabalho, Bruno Bioni busca, ao discutir as funções e limites do consentimento (na intenção do que ele denominou de “uma reavaliação procedimental”, “atacar” (termo também usado pelo próprio autor) o modelo “*notice-and-consent*” e refutar, sobretudo, a visão de que haveria uma “troca” (*trade-off*) entre o fornecimento dos dados pessoais, pelo titular, e a possibilidade de fruição de um determinado produto ou serviço – relacionado, principalmente, com a ideia de usuário “*freemium*”, conforme analisado no subcapítulo 1.2 deste trabalho. Neste sentido, Bruno Bioni chega a usar a expressão “falácia do consentimento”, sobretudo para criticar esse modelo, a partir do argumento no sentido de que: “a contratualização da autodeterminação informacional – políticas de privacidade -, que tem se mostrado como um mecanismo ineficiente para capacitar o cidadão a controlar seus dados pessoais” (BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p. 139-275).

tema, em especial autores como Bruno Bioni, propõem e defendem que o tema exige uma regulação jurídica que implique em uma maior intervenção na economia de informação, “seja para reduzir a assimetria existente seus agentes econômicos, seja para limitar a autonomia da vontade de que é sua parte (hiper)vulnerável²⁵³ – o titular dos dados pessoais”.²⁵⁴

Assim, Bruno Bioni, pretendendo o “empoderamento do (hiper)vulnerável”²⁵⁵, chega até mesmo a propor um “um dirigismo dessa relação de consumo do século XXI, mas que não se confunde com aquele carreado no século passado”²⁵⁶.

Com isso, o mesmo autor busca explicar e defender que o foco não é uma mera intervenção dos arranjos contratuais desse tipo de relações em específico, mas, como forma de proteger e garantir o seu fluxo informacional.²⁵⁷ Também por isso até que se observa que o autor utiliza a expressão “dirigismo informacional”, precisamente na intenção de buscar marcar a diferença da sua proposição em relação a superada ideia de dirigismo contratual²⁵⁸ (que tem suas origens, sobretudo, no modelo e contexto do *fascismo* italiano, das décadas de 1920 a 1940, e que tinha como premissa e objetivo tutelar uma suposta “parte débil” da relação jurídica, de modo a pretender justificar um maior intervencionismo).

Ainda que possa ser criticável a opção de escolha pelo termo “dirigismo”, em razão

²⁵³ Ainda que se compreenda as razões pelas quais o autor utilizou o termo de maneira superlativa, é importante registrar as recentes críticas doutrinárias acerca de conceitos e categorias que são acrescidos dos prefixos “hiper” “super” etc. A exemplo da crítica feita por Carlos Konder: “A utilização do conceito jurídico de hipervulnerabilidade se insere em um movimento salutar de preocupação com a proteção da dignidade da pessoa humana em seus aspectos mais essenciais e de adequar a dogmática tradicional do direito privado à ordem constitucional que privilegia os imperativos de solidariedade social. No entanto, a construção da categoria da “hipervulnerabilidade” é também reflexo da proliferação das referências, em contextos e com significados diversos, do conceito de vulnerabilidade, o que gera o receio de superutilização desta categoria, que lhe venha a esvaziar o conteúdo normativo. Esse tipo de processo de banalização de conceitos, impondo a construção de novas categorias, demanda atenção e cuidado, pois pode transformar importantes instrumentos jurídicos de alteração da realidade em meras invocações retóricas, sem força normativa efetiva”. Conferir: KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. Da vulnerabilidade à hipervulnerabilidade: exame crítico de uma trajetória de generalização. *Int. Públ.* – IP, Belo Horizonte, ano 23, n. 127, p. 53-68, maio/jun. 2021., p. 53-54.

²⁵⁴ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p. 161.

²⁵⁵ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p. 210.

²⁵⁶ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p. 274.

²⁵⁷ “De início, a LGPD adota uma forte fundamentação no consentimento do titular de dados para admitir o tratamento dos dados pessoais. Significa dizer que será permitido o tratamento de dados pessoais em havendo manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada (art. 5º, XII). Em complementação, a LGPD estabelece restrições importantes quando diante do tratamento de dados sensíveis, e em relação ao consentimento, estabelece a necessidade de que ele seja realizado de forma específica e destacada, para finalidades singulares também (artigo 11, I, LGPD)”. (Mulholland, C. S. *Dados Pessoais sensíveis e a tutela de Direitos Fundamentais*, *op. cit.*, 2018, p. 168).

²⁵⁸ Cf. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos Contratos e Regulação do Mercado*. In: **Direito dos Contratos**: Estudos. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 57 – 74.

da forte carga histórica como um modelo de intervencionismo falho, equivocado e indesejável (sobretudo diante das existências de teorias mais modernas e refinadas acerca do tema²⁵⁹), Bruno Bioni também chega a tentar justificar sua proposição – além de referências e descrições a diversos estudos empíricos para demonstrar as assimetrias e a conclusão pela (hiper)vulnerabilidade dos titulares de dados pessoais – no que ele descreveu como “uma *pitada de paternalismo* para que efetivamente seja alcançada uma autonomia por parte do elo mais fraco no processo de tomada de decisão”.²⁶⁰⁻²⁶¹

Neste sentido, também cabe perceber que, e uma análise conjugada dos fundamentos e dos princípios explicitamente enunciados pela LGPD (art. 2º e 6º da Lei²⁶²⁻²⁶³), verifica-se que a legislação adota uma racionalidade regulatória e normativa prévia (costumeiramente denominado pela doutrina como um tipo de racionalidade “*ex ante*”²⁶⁴ – conceito regulatório que será melhor examinado no terceiro e último capítulo deste trabalho) que “procura

²⁵⁹ Refere-se, principalmente, ao “paradigma da intervenção sensata”, que será melhor explorado no último capítulo deste trabalho. Cf. MOREIRA, Egon Bockmann; CUELLAR, Leila. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 53-98.

²⁶⁰ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p. 168.

²⁶¹ O próprio autor faz a ressalva no sentido que tem conhecimento acerca das diferenças entre paternalismo e paternalismo libertários (*soft paternalismo*). Por isso que, ele também busca explicar ressaltando que “[a] ideia é arquitetar sistemas (estratégias regulatórias) que facilitem o processo de tomada de decisão para que o sujeito, tido como vulnerável, supere sua debilidade para empreender decisões genuínas” BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p. 169.

²⁶² Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I - o respeito à privacidade; II - a autodeterminação informativa; III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

²⁶³ Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; VII - segurança: utilização de medidas 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 difusão; VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

²⁶⁴ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p. 173.

empoderar o cidadão com o controle dos seus dados pessoais, o que extrapola o momento de que quando essa questão ganha roupagem contratual”.²⁶⁵

Vale dizer: ao mesmo tempo em que a LGPD busca garantir a proteção dos titulares dos dados pessoais, explicitando a dignidade, a autodeterminação informativa, as liberdades de manifestação de opinião e o livre desenvolvimento da personalidade como fundamentos específicos, a mesma legislação também tem como objetivo expresso, extraível dos fundamentos e princípios da lei, conferir segurança jurídica para que os agentes realizem as atividades de tratamento (sejam eles do setores privados ou do setor público).²⁶⁶

Bruno Bioni também destaca que “(...) historicamente, normas de proteção de dados pessoais sempre tiveram a *dupla função* de não só garantir a privacidade e outros direitos fundamentais, mas também fomentar o desenvolvimento econômico”.²⁶⁷

Assim, verifica-se essa *dupla função* na LGPD, na medida em que a legislação reconhece que as atividades de tratamento de dados também promovem o desenvolvimento econômico e tecnológico, principalmente a partir de soluções inovadoras, e, conseqüentemente, a LGPD também se demonstra em consonância com as normas e os ditames constitucionais, notadamente, com o valor da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência.²⁶⁸ Deste modo, como também afirma Bruno Bioni, “[a] LGPD estabelece, portanto, uma *dialética normativa* de conciliação entre todos esses elementos”.²⁶⁹

Além disso, denota-se que a LGPD também adota um modelo de proteção de dados pessoais que explicitamente se afasta e manifestamente não adota aquela superada concepção de privacidade sob uma lente egoística e individualista, reforçando a sua alocação dogmática junto aos direitos da personalidade em oposição ao direito de propriedade (em acolhimento da

²⁶⁵ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p. 274-275.

²⁶⁶ Como observa Laura Schertel Mendes: “Como visto, o ordenamento jurídico brasileiro já contava com algumas normas setoriais de proteção de dados, mas não havia ainda uma lei aplicável horizontalmente a todos os setores econômicos e também ao setor público, como é o caso da LGPD. Outra inovação, que também não estava presente ainda no nosso sistema jurídico, é a ideia de que todo o tratamento de dados deve se amparar em uma base legal. Essas bases são variadas e estão previstas no art. 7º da Lei, destacando-se, entre elas, o consentimento, a execução de um contrato, o dever legal do controlador, o tratamento pela administração pública, o legítimo interesse, entre outros.” (MENDES, Laura Schertel. *A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: um modelo de aplicação em três níveis.*, *op. cit.*, 2019, p. 46).

²⁶⁷ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p. 108.

²⁶⁸ Sendo que estes também são elencados como fundamentos da República Federativa do Brasil, bem como princípios da ordem econômica, nos termos do artigo 1º e do art. 170, ambos da Constituição Federal de 1988.

²⁶⁹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p. 109-110.

evolução histórica em relação ao direito à privacidade, analisada no item 2.1 supra).

Isso porque a LGPD reconhece a negociabilidade limitada destes “novos” direitos da personalidade, visando ao afastamento de um indesejável modelo em que a existência de bases legais²⁷⁰ que autorizam a utilização de dados pessoais sirva para finalidades inidôneas e também não impliquem na “coisificação” do próprio titular dos dados pessoais”.²⁷¹

Afinal, como bem observa Ana Frazão, ao realizar análise acerca do papel e da missão da nova legislação protetiva de dados pessoais, a autora afirma que a LGPD tem como objetivo estabelecer “um equilíbrio entre inovação e eficiências econômicas, por um lado, e preservação dos direitos dos indivíduos e da própria sociedade, por outro”.²⁷²

Essa busca de um equilíbrio entre a dinâmica de proteção dos indivíduos (titulares de dados pessoais) e o fomento do desenvolvimento econômico e tecnológico será retomado no último capítulo deste trabalho, especialmente quando será examinado o modelo metarregulatório (subcapítulo 3.5 abaixo).

Como já adiantado no decorrer dos temas examinados nos subcapítulos anteriores, identificou-se que o controle do fluxo das informações pelo titular de dados pessoais recebe, de grande parte da doutrina nacional e estrangeira, a denominação de “autodeterminação informativa”.

Prosseguindo, assim, em razão da sua enorme relevância para a sistemática jurídica e dinâmica de proteção de dados pessoais, se faz necessário examinar mais detalhadamente o seu significado e conteúdo, conforme se passará a fazer mais detalhadamente a seguir no próximo subcapítulo, o qual fechará este segundo capítulo do trabalho.

²⁷⁰ Cf. FRAJHOF, Isabella Z; MANGETH, Ana Lara. As bases legais para o tratamento de dados pessoais. *In*: Mulholland, C. S. (Org.) **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil**. *op. cit.*, p. 71-110.

²⁷¹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p. 273.

²⁷² FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais, *op. cit.*, p. 25.

2.5. A autodeterminação informativa do titular de dados

A construção histórica da autonomia privada ocorre na conjugação entre liberdade negativa e liberdade formal. O conceito de liberdade negativa consiste no espaço de ausência de coerção (ausência de restrições externas, especialmente pelo Estado). Este espaço de ausência de coerção no campo jurídico é assegurado por meio da liberdade formal, ou seja, da liberdade abstratamente considerada, independentemente da sua possibilidade efetiva de exercício na esfera concreta de cada um dos cidadãos.²⁷³

É neste sentido que se faz importante compreender o sentido do conceito de autodeterminação²⁷⁴, bem como a forma como o ordenamento jurídico a apreende.

Conforme explicita Manuela Pereira Galvão da Silva, em seu trabalho de dissertação que versou sobre a autodeterminação existencial sob a perspectiva do Direito civil-constitucional:

“A expressão autodeterminação vem sendo frequentemente utilizada no âmbito do Direito Civil para designar uma esfera de eticidade, vinculada à possibilidade de definição dos rumos da própria vida, às escolhas pessoais, à autorregulamentação dos interesses e ao controle das próprias informações e dados. Esses usos da expressão ganharam intensidade com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a enunciação da dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Desde então, a autodeterminação tem sido cada vez mais mencionada pela literatura jurídica e nas decisões judiciais, para sustentar a necessidade de defesa de direitos das minorias frente a posições e cosmovisões hegemônicas ou para referenciar questões afetas à vida privada, como o direito de família, os direitos da personalidade e os aspectos existenciais relacionados à identidade, à sexualidade, ao uso de dados pessoais e às convicções religiosas”.²⁷⁵ (grifos inexistentes no original).

²⁷³ Carlos Pianovski Ruzyk, em sua tese, trabalha com a pluralidade do conceito de liberdade, notadamente, com a sua “dimensão emancipatória” com o objetivo de repensar a “dimensão funcional” de diversas categorias basilares do direito privado (como o contrato, a propriedade e a família). Assim, o autor começa explorando as “múltiplas acepções” a respeito da liberdade, sobretudo para reconhecer a impossibilidade de uma unicidade conceitual. Precisamente acerca do conceito de liberdade negativa, Pianovski, após examinar os conceitos proposto por autores como Locke, Hayek, Isah Berlin e Robert Nozick, afirma que esse “perfil negativo” da liberdade “(...) se situa assim, no reverso do Estado: trata-se da possibilidade de fazer escolhas que será tão mais ampla quanto menor for a coerção estatal. Ao mesmo tempo, porém, pressupõe a proteção do Estado, por meio da lei, a esse espaço em que não há restrições” (p. 31). (Cf. PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s)**, *op. cit.*, 2011, p. 24-38; p. 211-329).

²⁷⁴ Conforme observa Francisco Hupsel, “inequivocamente, não há unanimidade no reconhecimento da autodeterminação como componente jurídico da autonomia privada, em razão do que aquela seria alçada a um aspecto muito mais dilatado que esta. O poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com suas preferências seria um conceito de valor em estágio pré-jurídico”. HUPSEL, Francisco. **Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais**. – Salvador: JusPodivm, 2016., p. 75.

²⁷⁵ SILVA, Manuela Pereira Galvão da. **Autodeterminação existencial: uma análise sob a perspectiva do direito civil-constitucional. Dissertação (Mestrado)**. Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2021, p. 13.

Em reflexão sobre o conceito de autonomia privada, Francisco Hupsel adverte que, apesar já terem sido apresentadas diversas propostas doutrinárias que buscam conceituá-lo, “tomando-o por sistema, não se deve abandonar o seu foco, lucidamente dirigido à alteridade e à convivência humana. À vida, portanto. É forçoso, assim, reter-se que ou o Direito *é a regulação da vida* e, por conseguinte, das relações que nela se processam, ou *ai está a sua função*”.²⁷⁶

Para além disso, é de suma importância compreender, no entanto, pensando, por exemplo, no contexto contemporâneo do direito privado e em aspectos das relações negociais, que uma análise funcional de cada relação contratual não deve ser entendida como uma negação da livre iniciativa, da autonomia privada ou da liberdade de contratar, mas sim como a valorização de uma conformação de um perfil de liberdade que vai além da liberdade negativa.²⁷⁷

Sendo assim, no contexto do objeto do presente trabalho, que analisa a dinâmica da proteção de dados pessoais, cabe verificar se a moldura jurídica atualmente vigente, é adequada para dar autonomia ao cidadão (titular do dado), bem como para capacitá-lo com o controle dos seus dados pessoais, uma vez que, por se tratar de uma relação assimétrica, deve haver garantias que compreendam as dimensões do perfil da liberdade positiva²⁷⁸, bem como que visem, como um fim (ainda que como um ideal), uma liberdade substancial.²⁷⁹

²⁷⁶ HUPSEL, Francisco. **Autonomia privada na dimensão civil-constitucional**, *op. cit.*, 2016. p. 29.

²⁷⁷ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s)**, *op. cit.*, 2011, p. 24-38; p. 269-313.

²⁷⁸ Como aponta Carlos Pianovski Ruzyk: “[a] liberdade positiva, no legado liberal – ainda que sem unanimidade – é pensada como situada na seara do público, como autonomia pública” (p. 32). E, ainda, o mesmo autor prossegue, para destacar que “reconhecer que a liberdade positiva é pertinente, sim, ao espaço público, mas é também relevante no espaço privado. (...) Quando se reconhece, por exemplo, com *status* constitucional, a relevância de modos de ‘criar, fazer, e viver’, está-se a afirmar que também as formas de pertencimento exercidas ‘por grupos fornecedores da sociedade brasileira’, e que integram a constituição de suas identidades coletivas – e da identidade, sobretudo, de cada uma das pessoas que forma esse coletivo – devem ser apreendidas e chanceladas pelo Direito, na coletividade que decorre dessa liberdade coexistencial vivida, na autodeterminação que se verifica nesses modos de viver. Trata-se de liberdade positiva”. PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s)**, *op. cit.*, 2011, p. 37.

²⁷⁹ A dimensão substancial de liberdade é definida e estudada, dentre outros autores como Sygmun Baumann e John Rawls, com bastante ênfase, pelo economista indiano, ganhador do prêmio Nobel de Economia (1998), Amartya Sen. Para o autor, a liberdade substancial (ou efetiva) é definida pelo conjunto capacitatório que oferece a possibilidade real de fazer aquilo que se valoriza. Neste sentido, conferir: SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010; e PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos**

Neste sentido, como analisa Bruno Bioni, precisamente acerca do tema dos perfis de liberdade negativa e positiva (inclusive resgatando a mudança de paradigma anunciada por Stefano Rodotà):

“o conceito de privacidade (...) é um direito permeado pela dicotomia entre o público e o privado e encarado como uma liberdade negativa. Um direito estático à espera de que seu titular delimite quais fatos da sua vida deveriam ser excluídos ou de domínio público. Por outro lado, a ‘evolução’ do direito à privacidade, que englobaria o direito à proteção de dados pessoais, consistiria em uma proteção dinâmica e em uma liberdade positiva do controle sobre as informações pessoais. A *esfera privada* não seria algo já posto à espera de uma violação, mas um espaço a ser construído *a posteriori* e dinamicamente mediante o controle das informações pessoais. Haveria, por isso, uma mudança qualitativa representada pela transposição do eixo antes focada no trinômio ‘pessoa-informação-sigilo’ ao eixo agora composto por quatro elementos – ‘pessoa-informação-circulação-controle’”.²⁸⁰ (grifos inexistentes no original).

Como visto, quando feito o exame das gerações de normas de proteção de dados pessoais, o conceito de autodeterminação informativo foi amplamente debatido na Alemanha, notadamente a partir de decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional alemão.

Destacadamente, quando do julgamento do “caso Eppler” (em 1980), o Tribunal Constitucional alemão proferiu decisão no sentido de que o direito geral de personalidade se baseia na ideia da autodeterminação; por sua vez, “o direito da personalidade geral significa, principalmente, o direito da pessoa em decidir por si mesma como ela deseja se apresentar em público.”²⁸¹

Ainda, conforme resume Laura Schertel Mendes, acerca da construção do conceito de autodeterminação informativa pelo Tribunal Constitucional alemão:

“Resumindo, pode-se dizer que dessa série de casos resulta uma nova abordagem em termos de direitos fundamentais, consubstanciado no direito geral de personalidade. Seu surgimento significa uma tentativa de superar os déficits e limitações da concepção da esfera privada e, conseqüentemente, criar para o indivíduo uma proteção ampliada na sociedade moderna. As propriedades do direito da personalidade geral podem ser resumidas no seguinte tripé: proteção abrangente, conceito de autodeterminação e abstração. O direito geral de personalidade representa uma ampliação da proteção perante a concepção da esfera privada ao abranger, agora, não somente a estreita esfera privada, mas toda a personalidade. Isso é perceptível, sobretudo, nos casos Böll e Eppler, uma vez que se trata, em

Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s), *op. cit.*, 2011, p. 56-78.

²⁸⁰ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p. 96-97.

²⁸¹ Conforme trecho da decisão, transcrita e traduzida por Laura Mendes: “[O] indivíduo deve basicamente [...] poder decidir por si mesmo como ele deseja se apresentar frente a terceiros ou ao público, se e em que medida terceiros podem dispor de sua personalidade; disto também faz especialmente parte a decisão de como ele quer se colocar em evidência com suas próprias palavras. (BVerfGE 54, 148 (155), Eppler)”. MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa, *op. cit.*, 2020, p. 9.

especial, de proteção da honra e da atribuição de supostas declarações públicas. Evidentemente, nenhuma das duas tem relação com a esfera íntima ou privada; trata-se, exclusivamente, da personalidade dos interessados, especialmente da apresentação da pessoa em público”.²⁸² (grifos inexistentes no original).

Assim, em resumo e para finalizar a análise das contribuições oriundas da Alemanha acerca do conceito em análise, acordo com a jurisprudência lá construída, notadamente a partir das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional alemão, se faz necessário compreender que o direito da autodeterminação informativa se baseia principalmente em três propriedades. Explicando no que consistem essas três propriedades, Laura Schertel Mendes ensina que:

“Primeiramente, o poder de decisão é formulado como o âmbito de proteção do direito, de tal modo que o indivíduo pode decidir, ele próprio, sobre a coleta e utilização de informações de cunho pessoal. (...) Daí resulta a segunda propriedade, qual seja, a de que o direito fundamental à autodeterminação informativa não abrange um teor de proteção fixo e definido, desviando-se, assim, do modelo de esfera privada de atribuição de dados a uma esfera íntima. Em terceiro lugar, a referência pessoal do dado atua decisivamente sobre o teor da proteção na medida em que cada registro que se revela como pessoal é merecedor de proteção”.²⁸³

Já no contexto brasileiro, cabe apontar primeiramente que a autodeterminação informativa é expressamente apontada como um dos fundamentos da Lei Geral de proteção de Dados brasileira (art. 2º, inc. II, da Lei 13.709/2018).

Acolhendo as contribuições advindas da experiência europeia, a doutrina também descreve que compreensão da categoria da autodeterminação informativa perpassa pelo reconhecimento do direito de cada pessoa (titular de dados pessoais) poder controlar e manter o fluxo dos seus dados e das informações pessoais.

Neste sentido, conforme descreve Rafael Corrêa, acerca do conceito de autodeterminação informativa:

“(…) a definição de privacidade como *autodeterminação informativa*, que possibilita a cada pessoa o controle sobre o fluxo de suas próprias informações e, como consequência, por meio de tal via, constitui também uma ferramenta de consolidação da própria esfera pessoal de personalidade, análise que culmina, a seu turno, na ponderação de uma proteção específica dos dados pessoais, principalmente no meio digital”.²⁸⁴ (grifos inexistentes no original).

²⁸² MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa, *op. cit.*, 2020, p. 9.

²⁸³ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa, *op. cit.*, 2020, p. 12.

²⁸⁴ CORRÊA, Rafael. Do direito de estar só à autodeterminação informativa, *op. cit.*, 2019, p. 24.

De maneira mais aprofundada, Laura Schertel Mendes²⁸⁵ – resgatando os perfis de liberdade que foi analisado no início deste subcapítulo – explicita que o direito à autodeterminação informativo representa uma superação do conceito de privacidade que se limitava a perspectiva de deveres negativos²⁸⁶ (como visto também quando examinado a tutela do direito à privacidade, no subcapítulo 2.1). Nas palavras da autora:

“da dimensão objetiva do direito à autodeterminação informativa decorre não apenas um dever de proteção contra o conhecimento não autorizado por terceiros, mas também um dever de proteção contra o consentimento meramente aparente (ou fictício) quanto ao tratamento de dados. Dos deveres de proteção decorrentes do direito à autodeterminação informativa resulta, assim, um controle judicial específico também de contratos que regulam o tratamento de dados”.²⁸⁷

Assim, também é preciso compreender a abrangência e limitações do conceito, sempre com bastante cautela, visto que a autodeterminação informativa também não é uma garantia ilimitada das pessoas contra a ingerência externa sobre o fluxo de suas próprias informações, entretanto, é uma forma de lhe conferir o gerenciamento de sua autoexposição social.²⁸⁸⁻²⁸⁹

Em síntese: percebe-se que o direito à proteção de dados pessoais envolve, em só tempo, uma *dupla dimensão*, qual seja: 1º) a tutela da personalidade titular contra os riscos que ameaçam a sua personalidade, em face das atividade de tratamento que envolvam dados

²⁸⁵ Ainda acerca da evolução do tema a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a autora explica que: “a concepção do direito à proteção da esfera privada se apoia na caracterização de um âmbito que distingue o privado e o não privado. Seu objetivo não é criar um âmbito de isolamento do indivíduo, mas garantir a segurança esperada do caráter sigiloso de dados ou informações designados como “privados”. Assim, trata-se, em primeiro lugar, da proteção da confiança, na medida em que aquilo que é entendido como privado permanece protegido contra a divulgação no ambiente externo. Ainda que a concepção da esfera privada tenha importante papel na jurisprudência constitucional, as críticas à relatividade da esfera privada e ao contexto do uso dos dados evidenciaram seus déficits no contexto da sociedade da informação e ensejaram uma evolução desse conceito. Assim, surgiu o direito geral de personalidade. Todavia é importante notar que, na jurisprudência do Tribunal Constitucional, a concepção da esfera privada ainda continua a ser aplicada quando se fala do caráter privado de determinadas informações. Contrariamente à fórmula da esfera privada, o direito geral de personalidade se desenvolveu, sobretudo, de modo abstrato e combinado com a ideia de autodeterminação pessoal. (...) Assim, esse direito herda as propriedades do direito da personalidade geral, mais precisamente: a abstração, a forma procedimental e a associação com a concepção de autodeterminação.” MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa, *op. cit.*, 2020, p.15-16.

²⁸⁶ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. **Pensar**, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-18, out./dez. 2020.

²⁸⁷ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa, *op. cit.*, 2020, p. 15.

²⁸⁸ LANA, Alice Perdigão de; CORTIANO, Marcelle. Direito à autodeterminação informativa e o exercício democrático: reflexões sobre as experiências alemã e brasileira. In: WACHOWICZ, Marcos. **Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do direito comparado**. – Curitiba: Gedai, UFPR, 2020, p. 356-385.

²⁸⁹ CRUZ E SILVA, Rodrigo; Laísa Fernanda Alves, VIEIRA. A Sociedade De Vigilância Digital: o controle da informação e o princípio da autodeterminação informativa. In: WACHOWICZ, Marcos. **Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do direito comparado**. – Curitiba: Gedai, UFPR, 2020, p. 204.

peçoais; e 2º) a atribuição de garantia ao titular do dado de poder controlar o fluxo das suas informações, notadamente a partir da concretização do princípio da autodeterminação informativa.

Neste sentido, tendo por base os fundamentos examinados no subcapítulo 2.4 acima, partir de uma normatização ambivalente (procedimental e substancial), a verifica-se que LGPD busca precisamente conferir autonomia ao cidadão para capacitá-lo com o controle de seus dados pessoais (autodeterminação informacional), uma vez que este está inserto em uma relação assimétrica e deve ter garantias que visam à sua liberdade de maneira positiva (visando, ao menos como um fim ideal, uma noção de liberdade substancial).

Por outro lado, entretanto, LGPD também tem como objetivo permitir e assegurar um fluxo informacional que conforme e compatibilize a proteção dos desdobramentos do direito à privacidade – que visa a garantia do livre desenvolvimento da personalidade do titular (e se relaciona com o conceito de autodeterminação informacional, aqui analisado) – com a proteção do *valor* da livre iniciativa²⁹⁰, na medida em que também reconhece a necessidade de se garantir o necessário desenvolvimento socioeconômico, inclusive por intermédio do surgimento de relevantes inovações tecnológicas, que se revelam como verdadeiros contributos gerados neste novo modelo do sistema capitalista.

Afinal de contas, como já destacado anteriormente, todos vieses são igualmente reconhecidos como fundamentos da própria Lei, expressamente indicados no art. 2º da LGPD.

Por fim, cabe citar novamente a doutrina de Laura Schertel Mendes, ainda que novamente baseada nas contribuições advindas da experiência alemã, sobretudo construída pela jurisprudência do Tribunal Constitucional, mas que servem para compreender que há

²⁹⁰ Como explica Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk: “O sentido constitucional de “valor social”, não raro, é equivocadamente confundido com a noção de “função social”, como se a livre iniciativa se sujeitasse, constitucionalmente, a uma função social. Não é o que emerge do texto constitucional. A propriedade tem função social, assim como os contratos também podem tê-la. A Ordem Econômica Constitucional – que tem na própria livre iniciativa um dos seus fundamentos – também tem uma função social, que pode se estender ao conceito de empresa. A livre iniciativa, porém, não tem função social – ao menos não no sentido normativo próprio de função social, que consiste na imposição, cogente, pela norma jurídica, da geração de contributos socialmente úteis. Ela tem sim, um “valor social”, que lhe é inerente. Em outras palavras: a Constituição reconhece que a livre iniciativa tem, em si mesma, qualidade que a torna socialmente valorosa, seja por ser expressão da liberdade, como macro-princípio, seja pela aptidão intrínseca de produção de contributos aos agentes que a exercem e a terceiros que deles se beneficiam – independentemente da imposição externa de uma função cogente, de caráter normativo”. PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. O valor social da livre iniciativa e a função social dos contratos na MP 881. **Portal Jota**. 15/05/2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-valor-social-da-livre-iniciativa-e-a-funcao-social-dos-contratos-na-mp-881-15052019>. Acesso em agosto de 2022.

uma “tensão” entre o conceito puramente formal de privacidade e o seu conceito mais objetivo, que abrange o conceito de risco, tido como decorrentes do uso das informações.

Nas palavras da autora:

“A questão a respeito de como o quadro jurídico para a proteção individual pode ser realizado, no tocante ao tratamento de dados e informações, continua a ser cunhada pela ambivalência evidenciada pela sentença do Tribunal relativa ao recenseamento: por um lado, há a abordagem de proteção procedimental, isto é, que se orienta pela decisão do interessado e revela um caráter individual; por outro, há a concepção que se fixa nos riscos decorrentes do uso das informações, aplicando conceitos substanciais e exigindo limites em determinados casos. Trata-se de tensão entre o conceito puramente formal de privacidade, em que apenas a decisão e a vontade do interessado têm um papel a desempenhar, e outro conceito mais objetivo, no qual a situação objetiva de risco individual também ganha importância”.²⁹¹ (grifos inexistentes no original).

Para compreender melhor esse último ponto, que no próximo capítulo, terceiro e último deste trabalho, serão analisadas as temáticas da emergência da noção de risco, o modelo europeu, denominado abordagem baseado em risco (“*based-risk approach*”) e quais foram as suas influências sobre o ordenamento jurídico brasileiro, a partir das normas que foram incorporadas pela LGPD.

Na sequência, também serão examinados os assuntos relacionados ao papel das autoridades nacionais de proteção de dados e, por fim, as características da metarregulação, precisamente por ser esse o modelo aderido pelo Brasil, a partir do que se pode extrair das normas da LGPD.

²⁹¹ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa, *op. cit.*, 2020, p. 16.

CAPÍTULO III – A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO REGULAÇÃO BASEADA NO RISCO

3.1. A superação do debate sobre a *deregulation*

Como resume Danilo Doneda, “[a] origem do discurso em torno de *regulation* e *deregulation* é a discussão sobre as modalidades de controle do mercado e das atividades privadas”.²⁹² Neste sentido, em obra que enfrenta o tema do debate acerca da *deregulation*, os autores Ian Ayres e John Braithwaite buscam sintetizar as críticas dirigidas às iniciativas regulatórias, tanto pelos representantes de partidos de ideologias de direita quanto de esquerda, do seguinte modo:

“The *deregulation* debate stems in large part from dissatisfaction with the efficacy of the contemporary regulatory state. On the right, critics claim that regulation is an inefficient and stifling force that drives them to *laissez-faire* prescriptions. The political left, however, often views contemporary regulation as ineffectual or coopted. The resulting crisis in confidence leads these camps to strongly divergent proposals for reform”.²⁹³

Em apertada síntese, a *deregulation* pode ser genericamente identificada como uma “eliminação, redução, relaxamento de regras e vínculos ditados pela Autoridade Reguladora; bem como uma eliminação, redução, relaxamento de regras ditadas por uma outra autoridade normativa, p. ex.: menos legislação ou uma regulação menos restritiva”.²⁹⁴

Por outro lado, a noção de *regulation*, inobstante a pluralidade de correntes e os mais variados termos utilizados para se referir as mais diferentes formas de regulação, tem como elemento comum a atuação do Estado para dirigir um determinado setor da economia, notadamente como uma forma de correção de uma determinada atividade de mercado.²⁹⁵

Fruto de uma longa evolução histórica em que se discute as premissas e os limites

²⁹² DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**, *op. cit.* 2019, p. 312.

²⁹³ Tradução livre: “O debate sobre a *deregulation* decorre em grande parte da insatisfação com a eficácia do Estado regulador contemporâneo. Por parte da direita, os críticos reclamam que a regulação é uma força ineficiente e sufocante que remete ao modelo *laissez-faire* [expressão francesa que simboliza o liberalismo econômico que é contrária ao intervenção do Estado na economia]. Enquanto que os partidos de esquerda, entretanto, muitas vezes veem a regulamentação contemporânea como ineficaz ou cooptada. A crise de confiança resulta em propostas de reformas que são fortemente divergentes”. AYRES, Ian; BRAITHWAITE, J. **Responsive Regulation: transcending the deregulation debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 158

²⁹⁴ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**, *op. cit.*, 2019, p. 312-313.

²⁹⁵ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**, *op. cit.*, 2019, p. 313

que permitiriam a intervenção nas relações privadas²⁹⁶, a regulação da atividade econômica é reconhecida como uma conquista das sociedades organizadas que visa conter ou controlar eventuais abusos dos poderes privados²⁹⁷, notadamente a partir do reconhecimento da existência de “falhas de mercado”.²⁹⁸

Neste sentido, Calixto Salomão Filho defende que “[a] discussão regulação vs. desregulamentação é coisa do passado, dos anos 80 ou 90 do século passado. O direito do século XXI deve olhar por trás das nomenclaturas de ordem político-ideológica e identificar o que realmente está ocorrendo”.²⁹⁹ O autor prossegue para afirmar que é preciso “compatibilizar funcionamento da atividade econômica privada com regulação interventiva e reestruturadora é uma exigência de nossos tempos de escassez e concentração de poder e renda”.³⁰⁰

De forma mais contextualizada ao objeto de estudo deste trabalho de dissertação, cita-se que, ao tratar especificamente sobre privacidade e a circulação das informações entre regras e mercado, Stefano Rodotà igualmente observa que:

“Geralmente as resistências contra a intervenção legislativa encontram hoje maior atenção do que no passado, graças ao clima criado pelos defensores da *deregulation*. Por um lado, reaparecem as ilusões de uma espécie de auto-ordenação das novas tecnologias, que já estava presente quando do surgimento dessas discussões. E, por outro lado, propõe-se decididamente deixar tudo à regulação do mercado, seja de modo geral, seja especificamente no que se refere à matéria da privacidade”.³⁰¹

Stefano Rodotà ainda prossegue, em resposta aos defensores da *deregulation*, manifestando-se contrário aos seus argumentos, sustentando precisamente que:

“O problema, na verdade, não se coloca em termos de ‘regulação, sim ou não’, de direito ou não direito. A verdadeira questão diz respeito à possibilidade de atribuir um valor orientador, para o futuro, a categorias e conceitos que, como o dos contratantes hipossuficientes ou da privacidade, foram elaborados para situações em que a informação como um recurso não ocupava a posição central. Trata-se, portanto, de criar instituições adequadas à nova situação (afinal, de que forma o direito moderno, filho da revolução industrial, substituiu o feudal?), no âmbito das quais cabe responder também aos interesses e às exigências que, por costume ou

²⁹⁶ RIBEIRO, Joaquim de Souza. **Direito dos Contratos: estudos**. – Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 58-60

²⁹⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**, *op. cit.*, 2015, p. 111

²⁹⁸ Cf. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Direito dos Contratos e Regulação do Mercado**. In: **Direito dos Contratos: Estudos**. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 57 – 74.

²⁹⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. Princípios e fundamentos jurídicos. – 3. ed. – São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 309-311.

³⁰⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**, *op. cit.*, 2021, p. 311

³⁰¹ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**, *op. cit.*, 2008, p. 51.

falta de imaginação, continuamos a chamar pelos nomes antigos. (...) A era da informação pede também que sejam reescritas as tábuas de valores, justamente para garantir a plena expansão daquilo que sinteticamente indicamos com os termos liberdade e democracia. (...) Não parece somente inadequada, portanto, a tendência da *deregulation* e do mercado, mas parece pobre também uma perspectiva ligada apenas a um fortalecimento das defesas individuais ‘passivas’, feitas de proibições da coleta de determinadas informações e de direitos ‘indisponíveis’, subtraídos às transações consensuais. Tudo isso certamente continua sendo necessário: porém, como um ponto de partida, não de chegada. Garantidos em tais posições fundamentais, indivíduos e grupos devem então serem dotados de instrumentos que lhes permitam fazê-las valer dinamicamente. Este é o caminho que para que a proteção de dados não se resolva em um mero empobrecimento dos fluxos de informação, em um corte na comunicação social, mas que permita a transparência dos processos de decisão, capacidade de controle difuso dos detentores do poder, possibilidade de fazer surgir novas identidades coletivas. Neste contexto, as razões dos indivíduos seriam exaltadas, e não mortificadas”.³⁰²
(grifos inexistentes no original).

Inobstante os inegáveis contributos do recente avanço tecnológico na Sociedade Informacional, como, por exemplos, o surgimento de ferramentas de controle e gerenciamento que permitem um processamento mais célere e massivo de informações (mecanismos que podem ser bastante úteis para reguladores e de controle), devemos estar atentos a crítica feita por Evgeny Morozov ao modelo que ele denomina de “regulação algorítmica”.³⁰³⁻³⁰⁴

Inclusive, como lembra e observa Danilo Doneda, “a disciplina de proteção de dados pessoais teve como um dos seus fundamentos a reação contra certos impulsos tecnocráticos dentro da administração pública”.³⁰⁵

Já a advertência feita pelo autor bielorrusso, em sua obra que tem como provocativo subtítulo a frase “a ascensão dos dados e a morte da política”, Evgeny Morozov critica precisamente a ingenuidade dos defensores de um modelo de “regulação algorítmica” e também, principalmente, para refutar o argumento no sentido de que este modelo seria supostamente representativo de uma teoria “política apolítica”.³⁰⁶

Neste sentido, Morozov adverte que essa suposição é equivocada (não há “política

³⁰² RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**, *op. cit.*, 2008, p. 57-58.

³⁰³ MOROZOV, Evgeny. **Big Tech: a ascensão e a morte da política**, *op. cit.*, 2018, p. 81-101

³⁰⁴ O autor bielorrusso que explora a interessante e provocativa ideia de uma “regulação algorítmica” (notadamente para realizar uma comparação crítica com os tecnocratas do passado, para rechaçar os que acreditam no “solucionismo tecnológico” como um transcendência da política e revelar como trata-se apenas do formato tecnológico da proliferação dos mecanismo de controle e gerenciamentos, inclusive com referências a Giorgio Agamben e Michel Foucault) –, com o objetivo final de responder a indagação: “a ascensão dos dados representaria a morte da política?”.

³⁰⁵ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**, *op. cit.*, 2019, p. 174.

³⁰⁶ MOROZOV, Evgeny. **Big Tech: a ascensão e a morte da política**, *op. cit.*, 2018, p. 92.

apolítica”; bem como não há “neutralidade algorítmica”, na medida em que não passa de uma linguagem em código matemático/computacional – logo, escrita por alguém) e por isso que o autor manifesta uma clara preocupação com o rumo atual, onde se caminha para um “regime político no qual todas as decisões serão tomadas pelas empresas de tecnologia e pelos burocratas estatais”.³⁰⁷

Por isso que, ao final da sua obra, Morozov defende, em referência a trecho da obra de Stanislaw Lem, que devemos efetivamente não deixar que a sociedade desista de decidir sobre o próprio destino, em abdicação das suas liberdades em prol de um suposto “regulador cibernético”.³⁰⁸

Os teóricos da regulação econômica costumam apontar que um dos objetivos e fundamentos para a criação de normas que disciplinem a atuação dos agentes (sejam eles públicos ou privados) é a de realizar correções frente as imperfeições no funcionamento dos mercados. Essas “imperfeições” e “distorções” decorreriam, sobretudo e basicamente, das assimetrias de informações.³⁰⁹

Como observa Calixto Salomão Filho, essas assimetrias geralmente “decorrem [especialmente em economias em desenvolvimento] de dificuldades sociais de acesso à informação e de dificuldades impostas em função do diferente poder que têm no mercado os agentes econômicos”.³¹⁰

Dentro do contexto específico dos setores de tecnologia e que envolve concorrência em novas redes, Calixto Salomão Filho também destaca como os mercados como o da internet e de telecomunicações são marcados por envolverem uma alta assimetria informação e, precisamente por isso, demandam a necessidade de se criar mecanismos independentes que consigam lidar com a enorme influência e a capacidade predatória de monopólios (referindo-se, logo na sequência, às empresas “*Big techs*”).

Nas palavras do próprio autor:

“Nesses mercados de alta tecnologia, poder sobre redes e assimetria de informação estão fortemente correlacionados. A dominação da rede permite ao titular da rede ter

³⁰⁷ MOROZOV, Evgeny. **Big Tech: a ascensão e a morte da política**, *op. cit.*, 2018, p. 101.

³⁰⁸ MOROZOV, Evgeny. **Big Tech: a ascensão e a morte da política**, *op. cit.*, 2018, p. 101.

³⁰⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**, *op. cit.*, 2021, p. 151.

³¹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**, *op. cit.*, 2021, p. 150.

informação extensa sobre padrões de uso e gosto do consumidor. Mais informação que qualquer concorrente – especialmente novo entrante – pode ter sobre os padrões de uso do consumidor. Mais que isso. O titular da rede detém mais informações sobre o padrão de uso do consumidor de seus serviços que o consumidor tem ou terá sobre as formas de utilização da nova tecnologia. Ou seja, a assimetria de informação em favor dos titulares da rede já existe não só em relação aos concorrentes, mas também em relação aos consumidores.”³¹¹ (grifos inexistentes no original).

Perceba-se como a visão apresentada por Calixto Salomão Filho, inobstante tenha sido escrito dentro de uma obra que versa sobre a regulação da atividade econômica, pautada na ideia de que as iniciativas regulatórias têm como objetivo e fundamento realizar correções frente as imperfeições no funcionamento dos mercados, também (não por mera coincidência) manifesta as mesmas preocupações – ainda que focado na perspectiva concorrencial – que foram ressaltadas no primeiro capítulo deste trabalho.

Aqui, desde logo, vale a pena trazer também uma perspectiva mais contemporânea (até porque se pretende retomá-la no último subcapítulo (3.5) deste trabalho, quando será examinado o modelo metarregulatório adotado pela LGPD) – e atenta aos ditames constitucionais que são apresentados e exigidos pela Constituição Federal de 1988 (sobretudo norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana) – que é apresentado por Egon Bockmann Moreira, sob a denominação de “Paradigma da Intervenção Sensata” (que também tem como seu componente, o princípio da subsidiariedade). Nas palavras do autor:

“O Direito Administrativo da Economia institucionaliza uma série de parâmetros legais que disciplinam a atuação dos agentes econômicos e o exercício de seu respectivo poder no mercado. Submete o poder econômico a limites legais, subvertendo o conceito de “poder” ao impedir que a *rationale* do mercado sejam sempre aquela de que determina decisões autônomas de alguns agentes fixem as condutas de todos os demais participantes do mercado – em detrimento destes. (...) A Constituição assim prevê esse pacto de legitimidade às normas primárias que se impõe às forças sociais. Depois, o reino do Direito torna-se concreto através do conjunto de órgãos e agentes públicos que implementam a intervenção na economia (Administração e Judiciário). Assim está disposto no art. 174 da Constituição, que outorga ao Estado o título de “agente normativo e regulador da ordem econômica”, cabendo-lhe o dever de fiscalizá-la. A intervenção do Estado na Economia é feita pelo poder público em consonância aos princípios do *caput* do art. 37 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência)”.³¹²

Retornando ao objeto deste trabalho, como já afirmado anteriormente em outro estudo, que versava sobre a compreensão do conteúdo da base legal aberta do legítimo

³¹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**, *op. cit.*, 2021, p. 151.

³¹² MOREIRA, Egon Bockmann; CUELLAR, Leila. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 78-79.

interesse³¹³ (base legal bastante polêmica, mas, que busca ser uma “cláusula de abertura”, nos moldes da RGPD europeu³¹⁴), “existe a possibilidade de nos desprendermos da lógica simplória e maniqueísta (que apenas rivalize os modelos da *deregulation*, heterorregulação e autorregulação) para pensar em uma alternativa que implique em um modelo de correção ou metarregulação”³¹⁵⁻³¹⁶ (como dito acima, tema que será melhor analisado ao final, no último subcapítulo (3.5) deste trabalho).

Para o momento, é importante destacar que este novo modelo busca conformar o que há de melhor entre os modelos anteriores, a partir de uma perspectiva que é possível uma interação e harmonização entre os modelos da heterorregulação estatal, da autorregulação pelo mercado, além de alternativas apresentadas pela via da própria tecnologia.

Assim, antes de tratar propriamente do modelo da metarregulação, será necessário compreender no que consiste a chamada “abordagem baseada em risco” (*data-risk approach*), base regulatória eminentemente europeia e que associa a proteção de dados pessoais a perspectiva de risco, para, na sequência, analisar como este modelo influenciou o modelo brasileiro e está inserido nas normas jurídicas advindas da própria LGPD.

³¹³ Cf. MAIA, Roberto Mauro Medina. O Legítimo interesse do controlador e o término dos tratamentos de dados pessoais. In: Mulholland, C. S. (Org.) **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil**, *op. cit.*, 2020.

³¹⁴ Acerca do tema, conferir: OLIVEIRA, Ricardo. COTS, Márcio. (coord.). **O legítimo interesse e a LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. – 1. ed. – São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

³¹⁵ RÖDER, Marcus Paulo. LANA, Pedro de Perdigão. A cláusula aberta dos interesses legítimos e as autoridades nacionais: análise comparativa entre LGPD e RGPD. In: WACHOWICZ, Marcos. **Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do direito comparado**. – Curitiba: Gedai, UFPR, 2020. p. 214-215.

³¹⁶ BINNS, Reuben. Data Protection Impact Assessments: a meta-regulatory approach., *op. cit.*, 2017, p. 22-35.

3.2. A emergência da regulação do risco

*“a ciência moderna se baseia na sentença latina ignoramus – ‘nós não sabemos’. Presume que não sabemos tudo. O que é ainda mais crucial, aceita que as coisas que achamos que sabemos podem se mostrar equivocadas à medida que adquirimos mais conhecimento. Nenhum conceito, ideia ou teoria é sagrado ou inquestionável”.*³¹⁷

A vida humana é marcada pelo desafio de quotidianamente ter de enfrentar perigos, das mais diversas matizes, e nunca foi isenta de adversidades. Neste sentido, como observa Eduardo Luiz Busatta, ao ressaltar os efeitos colaterais latentes do processo de modernização:

*“A vida tornou-se uma contínua vivência sujeita a riscos, como efeitos colaterais latentes do processo de modernização. E tais riscos vão desde um acontecimento individual, como um acidente de trânsito decorrente de uma falha de segurança de um pneu, por exemplo, até riscos globais, como mudanças climáticas, catástrofes com energia nuclear, pandemias etc.”*³¹⁸

No mesmo sentido, logo no início do primeiro capítulo da sua obra “Sociedade de Risco”, Ulrich Beck já anuncia que “[n]a modernidade tardia, a produção social de *riqueza* é acompanhada sistematicamente pela produção social de *riscos*”.³¹⁹ O sociólogo alemão, apesar das diversas críticas que recebeu por afirmar uma certa perda da importância do conceito de classes sociais³²⁰, busca descrever, na obra supramencionada, a maneira pela qual a sociedade moderna se organiza frente a noção de risco.

Quando se refere a “riscos”, Beck está a se referir aos perigos e inseguranças induzidas e introduzidas pela própria modernização.³²¹ A obra de Beck foi lançada no mesmo ano do desastre nuclear ocorrido em Chernobyl (acidente ocorrido na Ucrânia, em 26 de abril de 1986) – expressamente abordado pelo autor³²² –, e precisamente por isso tem como pano

³¹⁷ HARARI, Yuval Noah. **Sapiens. Uma breve história da humanidade**. Trad. Janaína Marco Antonio. Porto Alegre, RS: L&PM, 2016, p. 261.

³¹⁸ BUSATTA, Eduardo Luiz. Do dever de prevenção em matéria de proteção de dados pessoais. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo. (Coord.). **Direito Civil e tecnologia**. – Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 33.

³¹⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a outra modernidade**. trad. Sebastião Nascimento. – São Paulo: Editora 34, 2011., p. 23.

³²⁰ Essa visão está bem descrita principalmente no capítulo 3 da obra, intitulada “Para além da classe e do estrato”, onde o autor afirma que “[o] fim da sociedade tradicional de classes é o início da *emancipação das classes em relação às restrições regionais e particulares*” e advoga a necessidade de um novo capítulo da história das classes, que devem corresponder a uma modernização no capitalismo de bem-estar social, que ainda precisa ser escrito e decifrado. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. *op. cit.*, p. 113-148).

³²¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. *op. cit.*, p. 275.

³²² Cabe citar o trecho onde Beck, tratando especificamente sobre o “acidente” em Chernobyl, diferencia risco de

de fundo as origens e consequências da degradação ambiental no contexto da modernidade (pós-industrial).

Também é célebre e bastante citada pela doutrina, a obra do economista norte-americano Peter Bernstein (1996) que versa sobre a história do risco. Bernstein afirma que a palavra risco tem origem no italiano primitivo e que tem como significado correspondente o verbo “desafiar”. Neste sentido, para o autor, é importante compreender que a noção de risco pressupõe uma escolha do próprio indivíduo e não corresponde a um “destino”.

Verifica-se que Bernstein buscou frisar que a compreensão do risco se relaciona com as ações (novamente: a escolhas) livremente tomadas pelos indivíduos – um “dato histórico” que define uma característica do significa ser um ser humano. Nas palavras do autor:

“The word risk derives from the early italian *risicare*, which means “to dare”. In this sense, risk is a choice rather than a fate. The actions we dare to take, which depend on how free we are to make choices are what the story of risk is all about. And that story helps define what it means to be a human being”.³²³

Já dentro do contexto específico da Sociedade Informacional, Ulrich Beck acrescenta que o risco apresenta características particulares precisamente porque diz respeito a um risco criado voluntariamente pela ação do homem, que toma decisões para produzi-lo e por vezes independentemente de levar em consideração questões éticas ou morais. Isto porque a sociedade da informação é criadora de mecanismos de tomada de decisões que são fortemente induzidos pela própria tecnologia, a partir da adoção de raciocínios matemáticos que busca prever efeitos futuros a partir de análises estatísticas.³²⁴

O risco possui dois elementos distintivos: prever eventos futuros (negativos e positivos) e tomar decisões com base nisso, em outras palavras, isso significa que o risco não possui um significado dualista, não se trata de ter ou não ter risco. O risco existe e é inerente, se trata, portanto, de quanto risco um agente é capaz de assumir e o quanto de risco ele

catástrofe: “Longe daqui, no oeste da União Soviética, ou seja, de agora em diante, em nosso entorno próximo, aconteceu um *acidente* – nada deliberativo ou agressivo, na verdade algo que de fato deveria ter sido evitado, mas que, por seu caráter excepcional, também é normal, ou mais, é humano mesmo. Não é a falha que produz a catástrofe, mas os sistemas que transformam a humanidade do erro em inconcebíveis forças destrutivas. Para a avaliação de riscos, todos dependem de instrumentos de medição, de teorias e, sobretudo: de seu *desconhecimento* – inclusive os especialistas que ainda há pouco haviam anunciado o império de 10 mil anos da segurança probabilística atômica e que agora enfatizam, com uma segurança renovada de tirar o folego, que o perigo jamais seria *agudo*.” BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. *op. cit.*, p. 8-9.

³²³ BERNSTEIN, Peter L. **Against the Gods: The Remarkable Story of Risk**. New York: John Wiley & Sons, 1996, p. 8.

³²⁴ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**, *op. cit.*, 2019, p. 52.

consegue mitigar.³²⁵

Assim, quando se avalia sobre qual será a tomada de decisão associada aos riscos, também está sendo avaliada a *distribuição* desses riscos; é precisamente o que Ulrich Beck chama de distribuição de riscos sob uma perspectiva compreendida como sociológica.³²⁶

Inobstante os interessantes desdobramentos que surgem a partir da temática do risco (sobretudo do ponto de vista filosófico e sociológico), para o objeto deste trabalho, entretanto, se faz necessário focar em como a noção de risco aparece na sistemática jurídica e, especificamente, qual a relevância para a dinâmica de proteção e para tutela do direito à proteção de dados pessoais.

Assim, pensando primeiramente apenas no contexto do ordenamento jurídico brasileiro (no próximo subcapítulo (3.3) será analisado como o conceito também aparece na sistemática europeia, ainda que exclusivamente sob a perspectiva de proteção a dados pessoais), como bem lembra Maria Cecília de Oliveira Gomes em artigo sobre o tema³²⁷, o termo e a noção de risco já existem, inclusive com exposto conteúdo normativo, em diversas legislações, nas mais diversas searas do ordenamento jurídico pátrio.

Assim, para citar apenas alguns exemplos, ainda que rapidamente (e sem adentrar nos pormenores e na acepção de cada um), cabe lembrar que a noção de risco aparece na Constituição Federal de 1988 (v.g., nos dispositivos que versam sobre a tutela à saúde e ao meio ambiente), no Código de Defesa do Consumidor de 1990 (v.g., integrando o *rol* de direitos básicos, estabelecidos pelo art. 6º do CDC), no Código Civil de 2002 (v.g., quando disciplina os contratos de seguro), entre outros diplomas normativos brasileiros.

Cabe mencionar também, o exemplo oriundo das recentes modificações advindas da Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/19), que, apesar de diversas menções ao termo “risco” em seu próprio conteúdo (como quando define o conceito de “atividade econômica de

³²⁵ GOMES, Maria Cecília O. Entre o método e a complexidade: compreendendo a noção de risco na LGPD. *In.: Temas atuais de proteção de dados*. PALHARES, Felipe (Coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 250.

³²⁶ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a outra modernidade.*, *op. cit.*, 2011., p. 23-60.

³²⁷ GOMES, Maria Cecília O. Entre o método e a complexidade: compreendendo a noção de risco na LGPD. *In.: Temas atuais de proteção de dados*. PALHARES, Felipe (Coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 245-271.

baixo risco”³²⁸), alterou o Código Civil de 2002 para incluir o “art. 421-A, inc. II”, que diz respeito aos direitos dos contratos, notadamente para inserção de regra interpretativa que dispõe que: “a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada”.

No entanto, por mais que a presença da noção de risco exista há um certo tempo no ordenamento jurídico brasileiro e que seja um tema amplamente debatido em algumas diversas teorias, como a da responsabilidade civil, quando se fala sobre proteção de dados e risco, ainda pairam algumas muitas dúvidas e incertezas.

Deve-se reconhecer e ponderar, entretanto, que sobretudo em razão da relativa “novidade” da LGPD, que só passou a ter vigência plena em agosto de 2021, e do tempo ainda necessário para a consolidação da estruturação e efetiva atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, também criada com o advento da legislação em comento.

Assim, avançando na tentativa de se buscar compreender melhor como a noção de risco se apresenta quando relacionada à tutela do direito à proteção de dados pessoais, sobretudo, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro – a partir das novas normas advindas do modelo adotado pela LGPD, cujo o qual, como já ressaltada por diversas vezes neste trabalho, é fortemente influenciada pelo modelo europeu, notadamente a partir da atual dinâmica e sistemática consolidada no Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), que entrou em vigência em maio de 2018, em substituição da Diretiva 95/46/CE – passa-se a tratar finalmente no que consiste a denominada “abordagem baseada em risco” (expressão original, em inglês, “*risk-based approach*”).

³²⁸ Cf. MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Coord.). **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019** – São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

3.3. A proteção de dados pessoais e a abordagem baseada em risco

Há certo consenso na literatura que o fenômeno da “risquificação” é um processo eminentemente europeu.³²⁹⁻³³⁰ Contudo, a adoção de instrumentos regulatórios de risco não é fenômeno exclusivo da Europa no âmbito da proteção de dados pessoais.³³¹

Como visto no subcapítulo anterior, a sociedade da informação é criadora de mecanismos de tomada de decisões que são fortemente induzidos pela própria tecnologia, a partir da adoção de raciocínios matemáticos que busca prever efeitos futuros a partir de análises estatísticas.

Entretanto, como também ressaltado no primeiro e segundo capítulos deste trabalho, o desenvolvimento tecnológico acelerado, na forma em que se vem vivenciando no presente séc. XXI, também é marcado pelo surgimento de mecanismos e dispositivos que podem ser perniciosos na medida em que são potenciais ofensores a direitos fundamentais, como quando viabilizadores de práticas ilícitas e discriminatórias, que violam os direitos da personalidade e seu livre desenvolvimento, além das situações em que são capaz de por em risco a própria Democracia.

Assim, sobre o reconhecimento do tratamento de dados pessoais como atividade de risco, Danilo Doneda explicita que:

“[o] tratamento de dados pessoais, em particular por processos automatizados, é, no entanto, uma atividade de risco. Risco que se concretiza na possibilidade de exposição e utilização indevida ou abusiva de dados pessoais, na eventualidade

³²⁹ Neste sentido, conferir: SPINA, A. A Regulatory Marriage de Figaro: risk regulation, data protection, and data ethics. In **European Journal of Risk Regulation**, 8, 2017, p. 88-94.

³³⁰ Conforme observou Maria Cecília de Oliveira Gomes, “apesar de os relatórios de impacto serem novos em termos de instrumento previsto na legislação brasileira, a bem da verdade é que eles já eram uma ferramenta existente há pelo menos duas décadas na legislação de proteção de dados na União Europeia (UE), a qual foi uma das fontes de inspiração para a elaboração da LGPD. (...) os primeiros *Privacy Impact Assessment* (PIA) foram previstos na Diretiva nº 95/46/EC e estavam relacionados a prevenção e mitigação de riscos envolvendo possíveis violações aos direitos dos titulares. Mas um fato curioso é que antes mesmo de serem indicados na Diretiva, eles foram inspirados através da ideia da legislação ambiental na UE, que adotava, em um primeiro momento, uma perspectiva de risco e, em um segundo momento, a necessidade de apreciação dos riscos em avaliações de impacto que tinham como objetivo a prevenção desses riscos para o meio ambiente e para os seres humanos. Em outras palavras, a base regulatória europeia do relatório de impacto está intimamente associada a uma perspectiva de risco, ou seja, identificar, mitigar e, principalmente, prevenir riscos ao meio ambiente e a indivíduos que possam ser afetados”. Conferir: GOMES, Maria Cecília O. Relatório de Impacto a Proteção de Dados. Uma breve análise da sua definição e papel na LGPD. **Revista do Advogado AASP**, n. 144 – São Paulo, 2019.

³³¹ Cf. BENNETT, Colin J. **Regulating Privacy: data protection and public policy in Europe and the United States**. Cornell University Press, 1992., p. 45-94; p. 116-152.

desses dados não serem corretos e representarem erroneamente seu titular, em sua utilização por terceiros sem o conhecimento deste, somente para citar algumas hipóteses reais. Daí resulta ser necessária a instituição de mecanismos que possibilitem à pessoa deter conhecimento e controle sobre seus próprios dados – que, no fundo, são expressão direta de sua própria personalidade. Por este motivo, a proteção de dados pessoais é considerada em diversos ordenamentos jurídicos como um instrumento essencial para a proteção da pessoa humana e como um direito fundamental”.³³²

Por sua vez, Rafael Zanatta define o processo de “risquificação” da proteção de dados pessoais da seguinte forma:

“por risquificação da proteção de dados pessoais entende-se esse processo de reformatação jurídica a partir da ampliação da tutela coletiva e sua imbricação com a autoridade independente de proteção de dados pessoais, a disseminação de instrumentos regulatórios *ex ante* e o uso intensivo de metodologias de gestão de risco e calibragem entre riscos, inovações e imunidades – um processo de “negociação coletiva” que supera a tradicional concepção bilateral entre sujeito de direito e aquele que processa dados pessoais”.³³³

O mesmo autor também ressalta como o modelo teórico passou a ser aplicado na tutela e proteção de dados pessoais, a partir do que ele denomina de “reformatação” e adoção de um prisma de direito regulatório mais complexo. Nas palavras do autor:

“O modelo teórico da regulação do risco, aplicável à proteção de dados pessoais, está relacionado a autores que analisam a “reformatação” da proteção de dados pessoais por um prisma mais complexo do direito regulatório, envolvendo mecanismos de contenção de abusividade e técnicas de prevenção e mitigação a riscos a direitos e liberdades em uma perspectiva coletiva”.³³⁴

Rafael Zanatta também prossegue para descrever quais são os elementos que compõe este tipo de modelo de regulação que se pauta no risco:

“No modelo tipológico da regulação do risco, a proteção de dados pessoais ‘*risquificada*’ passa a ter os seguintes elementos: (i) instrumentos de tutela coletiva e participação de entidades civis no diálogo preventivo com autoridades independentes de proteção de dados pessoais, (ii) obrigações e instrumentos de regulação *ex ante* atribuídas aos controladores para identificação de riscos a direitos e liberdades fundamentais, (iii) disseminação de metodologias de ‘gestão de risco’ e calibragem entre riscos gerados pelo tratamento e uso de dados pessoais e imunidades jurídicas construídas pela discussão ética sobre os limites do progresso técnico”³³⁵

³³² DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011, p. 92

³³³ ZANATTA, Rafael A. F. Proteção de dados pessoais como regulação de risco, *op. cit.*, 2017, p. 184.

³³⁴ ZANATTA, Rafael A. F. Proteção de dados pessoais como regulação de risco: uma nova moldura teórica? **I Encontro da Rede de Pesquisa em Governança da Internet**, Rio de Janeiro, 14 de novembro de 2017. Disponível em: http://www.redegovernanca.net.br/public/conferences/1/anais/ZANATTA,%20Rafael_2017.pdf. Acesso em agosto de 2022., 2017, p. 181.

³³⁵ ZANATTA, Rafael A. F. Proteção de dados pessoais como regulação de risco, *op. cit.*, 2017, p. 183.

Por fim, Rafael Zanatta, na mesma medida que afirma que o processo de risquificação é relevante porque “significa a superação de um olhar voltado exclusivamente à regulação *ex post*, ou seja, às formas de punição e reparação por instrumentos civis e penais após a ocorrência de um dano, retomando um debate sobre precaução³³⁶ e proteção de dados pessoais”³³⁷ e que igualmente, também, “força uma aproximação com teorias de ‘regulação do risco’ utilizadas em outras áreas como nanotecnologia, engenharia genética e regulação ambiental – e muito pouco conhecidas no debate sobre proteção de dados pessoais, notadamente marcado por um viés de direito civil e direito do consumidor”³³⁸, por outro lado, o mesmo autor também apresenta algumas indagações bastante interessantes ao explicitar que o processo de “risquificação”:

“incita a formulação de novos problemas pouco discutidos na literatura brasileira: quais os riscos sociais existentes em inovações tecnológicas e processos de coleta e análise de dados pessoais? Como empresas de tecnologia e governos, que fazem uso intensivo de dados, podem dimensionar e mitigar “riscos a liberdades fundamentais”? Como contestar, individualmente e coletivamente, “análises de impacto à proteção de dados pessoais” (...) eivadas de vício ou mal formuladas? Como combinar o direito civil com um conjunto regulatório, que combina técnicas de regulação de comando-e-controle e instrumentos de correção, para formação de um “direito do risco”?”^{339- 340}

Neste sentido, cabe perceber, relacionado às indagações que Rafael Zanatta faz sobre o processo de “risquificação”, que ao menos no contexto europeu³⁴¹, que – como já dito

³³⁶ Acerca do princípio da precaução, especificamente em relação as preocupações relativas à regulação da inteligência artificial, conferir: BIONI, Bruno Ricardo; LUCIANO, Maria. O princípio da precaução na regulação de inteligência artificial: seriam as leis de proteção de dados o seu portal de entrada? In: **Inteligência Artificial E Direito - Ética Regulação E Responsabilidade**. – 2. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

³³⁷ ZANATTA, Rafael A. F. Proteção de dados pessoais como regulação de risco, *op. cit.*, 2017, p. 189.

³³⁸ ZANATTA, Rafael A. F. Proteção de dados pessoais como regulação de risco, *op. cit.*, 2017, p. 189.

³³⁹ ZANATTA, Rafael A. F. Proteção de dados pessoais como regulação de risco, *op. cit.*, 2017, p. 189.

³⁴⁰ O mesmo autor também comenta que: “[e]ssas são apenas algumas questões, não respondidas, que compõem parte da agenda de risquificação da proteção de dados pessoais e que, por influência do debate europeu, aos poucos se descortina na América Latina e no Brasil. Além dessas questões, a agenda de pesquisa do campo pode se direcionar para uma profunda comparação entre o desenvolvimento histórico da tutela coletiva e da regulação do risco no campo ambiental e a atual risquificação da proteção de dados pessoais, em busca de divergências, convergências e aproximações entre os instrumentos de regulação *ex ante*.” (ZANATTA, Rafael A. F. Proteção de dados pessoais como regulação de risco, *op. cit.*, 2017, p. 189).

³⁴¹ Como observa Alessandro Spina: “In reality, the “riskification” of data protection legislation in the GDPR has a much more profound underpinning, which goes well beyond considering “risk-based” as a model for enforcement. First, the idea of the control of risks marks the essence of the new regulatory tool that data controllers should use to measure the impact of new technologies, the “Data Protection Impact Assessment” or DPIA – Article 35 of Regulation (EU) 679/2016. Second, whilst Directive 95/46/EC mentioned, but did not describe what the risks to the rights and freedoms of individuals are, the GDPR presents a detailed overview of the criteria for the definition of the risks. (...) This is, then, followed by a reference to the objective assessment needed to evaluate these risks depending on the likelihood and severity and by a reference to the code of conducts and guidelines that could provide best practices “to mitigate the risk”. There is a need for more in-depth

diversas vezes, foi o modelo que influenciou o modelo adotado no Brasil e pela LGPD –, Claudia Quelle, ao tratar sobre a abordagem baseada em riscos (“*risk-based approach*”) no Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)³⁴², a autora sustenta que:

“A abordagem baseada em riscos não substitui os princípios e regras de proteção de dados. Em vez disso, exige que os controladores calibrem o que significa, de acordo com a lei, proteger os direitos e liberdades dos titulares dos dados. [...] Em outras palavras, a abordagem baseada no risco, como a conhecemos, não reduz a legislação de proteção de dados à análise de risco. Em vez disso, usa a noção de risco para regular como os controladores devem implementar a lei na prática. [...] torna o GDPR mais proibitivo com relação às operações de processamento arriscadas e exige mais dos controladores quando isso é apropriado à luz dos direitos, mas também pode dar origem a outras limitações dos direitos do titular dos dados. [...] É

analysis of the severity of these risks and for a refinement of the language used to describe negative events resulting from unlawful processing of personal data. The severity of risks depends, in the final analysis, on the evaluation of the harmful consequence by size or nature of the unwanted event occurring. It remains to be seen whether the highly individualized set of attitudes to avoid privacy risks could result in a more homogenous baseline of events that could be assessed in an objective manner, depending on the likelihood and severity of risks. Although the GDPR makes reference to risks in other instances, the introduction of the principle of accountability grounds the idea of risk control at the very heart of the new enforced self-regulation model adopted to guarantee compliance with the provisions of the legislation. A set of governance measures to control risks will be available to data controllers, including the performance of DPIAs but also the appointment of data protection officers (DPOs), and the adoption of regulatory strategies to embed data protection principles “by design” and “by default” in new data processing systems”. (SPINA, A. A Regulatory Marriage de Figaro: risk regulation, data protection, and data ethics., *op. cit.*, 2017, p. 90-91). Tradução livre: “Na realidade, a “risquificação” da legislação de proteção de dados no GDPR tem um fundamento muito mais profundo, que vai muito além de considerar “baseado em risco” como um modelo de aplicação. Em primeiro lugar, a ideia de controle de riscos marca a essência da nova ferramenta regulatória que os responsáveis pelo tratamento devem utilizar para medir o impacto das novas tecnologias, o “*Data Protection Impact Assessment*” ou DPIA [Relatório de Impacto de Proteção de Dados] – artigo 35.º do Regulamento (UE) 679/2016. Em segundo lugar, enquanto a Diretiva 95/46/EC menciona, mas não descreve quais são os riscos para os direitos e liberdades dos indivíduos, o RGPD apresenta uma visão detalhada dos critérios para a definição dos riscos. (...) Assim, então, uma referência à avaliação objetiva necessária para avaliar esses riscos em função da probabilidade e gravidade e uma referência ao código de condutas e diretrizes que poderiam fornecer as melhores práticas “para mitigar o risco”. Há necessidade de uma análise mais aprofundada da gravidade desses riscos e de um refinamento da linguagem usada para descrever eventos negativos resultantes do processamento ilegal de dados pessoais. A gravidade dos riscos depende, em última análise, da avaliação da consequência danosa pelo tamanho ou natureza do evento indesejado ocorrido. Resta saber se o conjunto altamente individualizado de atitudes para evitar riscos de privacidade pode resultar em uma linha de base de eventos que podem ser avaliados de forma objetiva, dependendo da probabilidade e gravidade dos riscos. Embora o RGPD faça referência a riscos em outras instâncias, a introdução do princípio da responsabilidade (“*accountability*”) fundamenta a ideia de controle de risco no próprio coração do novo modelo de autorregulação forçada, adotado para garantir o cumprimento das disposições da legislação. Um conjunto de medidas de governança para controlar os riscos estará disponível para que os controladores de dados, incluindo o desempenho dos DPIAs, mas também a nomeação de encarregados de dados (DPOs) e a adoção de estratégias regulatórias para incorporar princípios de proteção de dados “*by design*” e “*by default*” em novos sistemas de processamento de dados.”

³⁴² “Nos “considerandos” do GDPR, a explicação (51) estatui que “merecem proteção específica os dados pessoais que sejam, pela sua natureza, especialmente sensíveis do ponto de vista dos direitos e liberdades fundamentais, dado que o contexto do tratamento desses dados poderá implicar riscos significativos para os direitos e liberdades fundamentais”. Ademais, no comentário (71) do GDPR, fica consignado que “(...) o responsável pelo tratamento deverá (...) proteger os dados pessoais de modo a que sejam tidos em conta os potenciais riscos para os interesses e direitos do titular dos dados e de forma a prevenir, por exemplo, efeitos discriminatórios contra pessoas singulares em razão da sua origem racial ou étnica, opinião política, religião ou convicções, filiação sindical, estado genético ou de saúde ou orientação sexual, ou a impedir que as medidas venham a ter tais efeitos”. Mulholland, C. S. Dados Pessoais sensíveis e a tutela de Direitos Fundamentais., *op. cit.*, 2018, p. 167.

impossível exigir que os controladores implementem o GDPR de forma que os riscos aos direitos e liberdades dos titulares dos dados sejam levados em consideração, mantendo, ao mesmo tempo, a validade das normas jurídicas em mesma intensidade. [...] Muitas das normas do GDPR se submetem à calibração da *risk-based approach* e podem ser facilmente aprimoradas dessa maneira”.³⁴³

Assim, vale colher a perspectiva positiva e otimista, afirma pela doutrina europeia, em relação a abordagem baseada no risco, na medida que, como visto pela afirmação feita pela pesquisa holandesa colacionada acima, essa opção regulatória não reduz a legislação de proteção de dados à análise de risco. Em vez disso, usa a noção de risco precisamente para regular como os controladores devem implementar a lei na prática.

Além disso, como igualmente examina a temática e afirma Raphaël Gellert, “a abordagem baseado no risco não é algo ruim”. Neste sentido, como conclui o referido autor acerca do tema:

“Underscoring the granular dimension of compliance and transforming it as a matter of risk-taking is in line with the role and added value of the risk-based approach as it was envisaged in early documents laying the ground for the adoption of the GDPR. (...) Thus, and as a way to conclude one can indeed see that the GDPR has enshrined a notion of compliance risk. Such compliance risk manages to reconcile both the rights-based dimension of the EU fundamental right to the protection of personal data as well as the fact that data controllers are now explicitly tasked with managing the risks created by their processing operations. The potential violations of the data subjects’ rights and freedoms stemming from processing activities can be factored in such compliance risk by bearing in mind that they are the consequences of low levels of compliance. In doing so, compliance risk ensures that in conformity with the rights-based approach the data protection principles remain upheld in all situations, and simultaneously allows for the taking into account of the broader dimension of data processing activities”.³⁴⁴

Retornando ao texto de Rafael Zanatta, que foi escrito um pouco antes da aprovação da LGPD no Brasil (o artigo citado é de 2017, enquanto que a LGPD foi aprovada em 2018),

³⁴³ QUELLE, Claudia. Enhancing Compliance under the General Data Protection Regulation: The Risky Upshot of the Accountability and Risk-based Approach. *In: European Journal of Risk Regulation*. Vol. 9:3, 2018. p. 502-526.

³⁴⁴ Tradução livre: “Ressaltar a dimensão granular da conformidade e transformá-la como uma questão de risco está alinhado com o papel e o valor agregado da abordagem baseada em risco, conforme previsto nos primeiros documentos que preparam o terreno para a adoção do GDPR. (...) Tal modelo de conformação do risco consegue conciliar tanto a dimensão baseada em direitos do direito fundamental da UE à proteção de dados pessoais, bem como o fato de que os controladores de dados estão agora explicitamente encarregados de gerenciar os riscos criados por suas operações de processamento. As potenciais violações aos direitos e liberdades dos titulares de dados decorrentes de atividades de processamento podem ser consideradas nesse processo de conformidade frente ao risco, tendo em mente que são consequências de baixos níveis de conformidade. Ao fazê-lo, o processo de conformidade frente ao risco garante que, em conformidade com a abordagem baseada em direitos, os princípios de proteção de dados permaneçam mantidos em todas as situações e, simultaneamente, permite levar em consideração a dimensão mais ampla das atividades de processamento de dados.”) GELLERT, Raphaël. Why the GDPR risk-based approach is about compliance risk, and why it's not a bad thing, **Trends and Communities of legal informatics: IRIS 2017 - Proceedings of the 20th International Legal Informatics Symposium**. Schweighofer, E., Kummer, F. & Sorge, C. (eds.). Austrian Computer Society, 2017, p. 527-532).

o autor apontava, em suas conclusões, feitas à época, em um contexto em que o debate já estava bastante intenso acerca de qual seria o modelo regulatório que seria adotado pelo Brasil, que:

“é preciso um debate qualificado, por toda a comunidade acadêmica e prática, sobre os “riscos da risquificação” em proteção de dados pessoais. Ou seja, a possibilidade de que uma “abordagem baseada em riscos” no Brasil seja utilizada estrategicamente para deslocar a linguagem dos direitos fundamentais e isolar o cidadão comum dos impasses jurídicos da proteção de dados pessoais, fazendo com que as tensões e “negociações coletivas” ocorram somente entre empresas de tecnologia, autoridade reguladora e entidades civis altamente especializadas. Há também o risco de que, diante de metodologias mal formuladas para identificação de potenciais lesões a direitos por parte de empresas intensivas em dados, haja alto grau de judicialização de medidas regulatórias e administrativas, com o travamento estratégico do processo de regulação por interesses econômicos específicos. Pensar nessa nova moldura teórica implica, também, no enfrentamento dessas difíceis questões.”³⁴⁵

Neste sentido, verifica-se que, agora, a partir das normas expressas que foram positivadas no texto legal da LGPD no Brasil – seguindo o modelo adotado pelo RGPD na Europa – é possível afirmar que sua estrutura regulatória expressamente adota um modelo que pode ser definido como de metarregulação, na medida em que estabelece “que os agentes reguladores e os agentes regulados exercem forças que contribuem para o desenvolvimento de uma estrutura onde a regulação é construída de forma colaborativa”.³⁴⁶

É precisamente a partir dessa opção pela metarregulação que é possível compreender o aparecimento, no âmbito da legislação brasileira, especificamente na LGPD, dos chamados Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais³⁴⁷ (RIPDP) – cuja a definição está expressa no inciso XVII, do artigo 5º da Lei³⁴⁸ –, bem como das disposições sobre regras de Boas Práticas e de Governança³⁴⁹ (no Capítulo VII, Seção II, da Lei).

Esses conceitos, expressamente adotados pela LGPD, também estão diretamente relacionados e ligados ao que costumeiramente se chama de Programas de *Compliance*, que

³⁴⁵ ZANATTA, Rafael A. F. Proteção de dados pessoais como regulação de risco, *op. cit.*, 2017, p. 190.

³⁴⁶ GOMES, Maria Cecília O. Entre o método e a complexidade: compreendendo a noção de risco na LGPD., *op. cit.*, 2020, p. 258.

³⁴⁷ É importante registrar que essa noção não é propriamente nova, visto que o Brasil já possui instrumentos jurídicos semelhantes, mas com natureza e funções diferentes, como, por exemplo: a Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) e o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) previstos na Lei 6.938/81 e a Avaliação de Impacto Regulatória (AIR) prevista no Decreto nº 10.411/2020.

³⁴⁸ A definição trazida pela LGPD é a seguinte: “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;”

³⁴⁹ Cf. PALMEIRA, Mariana de Moraes. A segurança e as boas práticas no tratamento de dados pessoais. *In*: Mulholland, C. S. (Org.) **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil.**, *op. cit.*, 2020.

dizem respeito às iniciativas e as metodologias adotadas no processo de conformidade com a legislação pelos agentes de tratamento.

As suas disposições serão melhor examinadas no subtópico 3.5 abaixo, quando será analisado, de maneira mais pormenorizada, o modelo de metarregulação adotado pela LGPD.

Concretamente, no texto da LGPD existem onze menções ao elemento risco, e em praticamente todas as vezes, percebe-se que o termo “risco” está associado ao Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (RIPDP) ou à Governança de Proteção de Dados.

Todavia, também cabe apontar que, os meios pelo qual o modelo baseado em risco (“*risk-based approach*”) relacionado com a necessidade de preenchimento do conteúdo do princípio de responsabilização e prestação de contas (*accountability*), nos termos definidos pelo art. 6º, inc. X, da LGPD³⁵⁰ – ainda são bastante vagos e carecem de especificação pela autoridade nacional brasileira (ANPD). Além disso, também se faz necessário reconhecer que os efeitos dessa preferência adotada pela legislação ainda permanecem um pouco incertos.

Como já ressaltado no subcapítulo anterior, é necessário ponderar, entretanto, que notadamente em razão da relativa “novidade” da LGPD, que só passou a ter vigência plena em agosto de 2021, e do tempo ainda que ainda se faz como necessário para se aguarda uma maior consolidação da estruturação e efetiva atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, também criada com o advento da legislação em comento.

De todo modo, sob uma perspectiva crítica, Maria Cecília de Oliveira Gomes – notadamente preocupada com uma certa superficialidade com que alguns agentes de tratamento lidam com o processo de busca de conformidade com a LGPD –, observa que:

“Avaliar riscos se transformou numa tarefa pura e simples de checar conformidade com a Lei, avaliando se as operações de tratamento de dados possuem base legal, se elas atendem aos princípios, se os dados estão sendo eliminados ao final do tratamento, tudo isso, para mitigar o risco de sanções e para demonstrar *accountability*. Ou seja, uma empreitada muito mais voltada ao risco (regulatório) da organização que trata dados pessoais, do que um exercício de mensuração dos possíveis efeitos adversos para o titular dos dados”.³⁵¹

³⁵⁰ Inobstante já ter sido colacionado o texto legal contendo todos os princípios previstos no art. 6º da LGPD, vale aqui repetir o teor do inciso X: “**responsabilização e prestação de contas**: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas” (negritou-se).

³⁵¹ GOMES, Maria Cecília O. Entre o método e a complexidade: compreendendo a noção de risco na LGPD., *op. cit.*, 2020, p. 258.

Com efeito, a autora supramencionada também frisa, fundamentando a sua crítica anunciada acima, que “a análise do risco não deve ser baseada apenas em obrigações gerais da Lei, como um *check list* de compliance – cumprir o máximo possível de obrigações para demonstrar o máximo de conformidade”.³⁵²⁻³⁵³

O objetivo deste subcapítulo era examinar no que consiste a chamada “abordagem baseada em riscos” e também verificar como ela foi adotada pela LGPD, fruto de um inequívoca influência do modelo europeu, notadamente a partir das disposições encontradas no Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD).

Como dito, as disposições acerca dos instrumentos em específico (como Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (RIPDP) e as regras que dispõem sobre o que compreende por boas práticas e de governança) serão melhor examinadas no subtópico 3.5 abaixo, quando será analisado, de maneira mais pormenorizada, o modelo de metarregulação adotado pela LGPD.

Antes, porém, se faz oportuno analisar também o papel das autoridades que são os órgãos responsáveis por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento das leis de proteção de dados pessoais (definição, inclusive, expressa no inciso XIX do art. 5º da LGPD).

³⁵² GOMES, Maria Cecília O. Entre o método e a complexidade: compreendendo a noção de risco na LGPD., *op. cit.*, 2020, p. 263.

³⁵³ A autora, ao formular sua crítica, também faz referência a mesma advertência feita por Claudia Quelle, no âmbito do RGPD europeu, que sustenta que: “The risk-based approach is not a choice internal to the controller in favor of risk-oriented compliance practices, nor does it require controllers to manage risks instead of “ticking the boxes” of purpose limitation, data minimization, transparency and consent. It is a legal requirement for controllers to calibrate their legal obligations in light of the risks to the rights and freedoms of data subjects”. (QUELLE, Claudia. *Enhancing Compliance under the General Data Protection Regulation: The Risky Upshot of the Accountability and Risk-based Approach.*, *op. cit.*, 2018. p. 514.) Em uma tradução livre: “A abordagem baseada em risco não é uma opção interna do controlador em favor de práticas de conformidade orientadas a risco, nem exige que os controladores gerenciem riscos em vez de ‘marcar as caixas’ de limitação de finalidade, minimização de dados, transparência e consentimento. É um requisito legal para os controladores calibrarem suas obrigações legais à luz dos riscos para os direitos e liberdades dos titulares de dados”.

3.4. O papel da Autoridade Nacional de Proteção de Dados

A opção pela institucionalização da proteção de dados pessoais na figura de uma autoridade ou de um conselho foi o caminho trilhado pela maior parte dos países que adotaram uma adequada regulação jurídica sobre o tema, especialmente pelos países europeus.³⁵⁴

A partir de uma análise histórica da atuação destas instituições (principalmente a partir do exitosos exemplos identificáveis no contexto europeu), verifica-se que as autoridades nacionais são importantes não apenas para tutela do cidadão, mas enquanto órgãos responsáveis por implementar e fiscalizar o cumprimento de todo o sistema normativo de proteção de dados, bem como por definir os padrões de aplicação da lei.³⁵⁵⁻³⁵⁶

Ainda, cabe ressaltar que as autoridades também servem para evitar o risco de fragmentação da lei entre tribunais e outros órgãos administrativos com competências eventualmente concorrentes, visando à garantia da uniformidade dos direitos dos titulares e maior segurança jurídica na aplicação da legislação.³⁵⁷

Revelam-se, assim, bastante útil ao setor privado na medida em que esses padrões decisórios poderão servir como diretrizes a serem aplicáveis no exercício das atividades empresariais, de forma preventiva e potencialmente evitando a orientação de natureza punitiva de decisões dos Tribunais.

Nesses casos, se julgam situações particulares e que serão aplicáveis, a princípio, apenas entre os envolvidos no caso concreto (especialmente no pouco harmônico sistema judicial brasileiro, não há segurança jurídica de que a decisão formará um precedente e que será efetivamente vinculante).

Neste sentido, cumpre destacar que as autoridades nacionais possuem o condão de serem protagonistas na garantia da concorrência, na medida em que tem o dever de fiscalizar

³⁵⁴ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Autoridade Nacional de Proteção de Dados...**, *op. cit.*, p. 277-294.

³⁵⁵ RÖDER, Marcus Paulo. LANA, Pedro de Perdigão. A cláusula aberta dos interesses legítimos e as autoridades nacionais, *op. cit.*, 2020, p. 220-221.

³⁵⁶ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Autoridade Nacional de Proteção de Dados...**, *op. cit.*, p. 255-264.

³⁵⁷ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**, *op. cit.*, 2019, p. 315.

e penalizar condutas anticompetitivas e discriminatória.³⁵⁸

No contexto brasileiro, a criação de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais, contudo, foi tema bastante controvertido desde o primeiro momento, já na própria promulgação da Lei 13.709/2018. Isto porque, todo do Capítulo IX da redação original da LGPD (que tratava sobre o tema) foi, em um primeiro momento, integralmente vetado pelo Presidente da República.

Sem a intenção de adentrar profundamente no mérito, as razões do veto indicavam que os dispositivos incorriam em inconstitucionalidade do processo legislativo. Fato é que, na prática, as alterações operadas após o veto implicariam, conseqüentemente, na adoção de um modelo de menor independência do que se pretendia na redação original da LGPD.

Ato contínuo, em 27 de dezembro de 2018, porém, foi editada a Medida Provisória 869/2018 que, para além de tratar de outras matérias da LGPD, recriou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Por sua vez, a MP nº 869/2018 foi convertida na Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019, dando lugar a uma redação que previa sua criação, mas como “órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República.

É importante citar esse vai-e-vem legislativo exatamente porque, muito embora o art. 55-B afirmasse que seria “assegurada autonomia técnica e decisória à ANPD”, precisamente por esta fazer parte da administração direta, a ANPD não possuiria autonomia administrativa e nem personalidade jurídica própria, enquanto parte integrante da Presidência da República.

Por consequência, essa vinculação com o Executivo Federal, deu origem a diversas críticas e desconfianças quanto a plena autonomia da ANPD, enquanto importante órgão regulador, fiscalizador e promotor da normas protetivas da LGPD.

É também verdade, entretanto, que nos termos dos parágrafos do art. 55-A, tal natureza jurídica foi aprovada como transitória e com a possibilidade de ser transformada pelo Poder Executivo em “entidade da administração pública federal indireta, submetida ao regime autárquico especial e vinculada à Presidência da República”.

³⁵⁸ MACHADO, Fernanda Garcia. Plataformas digitais. Repercussões em termos de condutas anticompetitivas discriminatórias. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). **Empresa, mercado, tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 217-233.

A avaliação quanto à transformação deveria ocorrer em até dois anos da entrada em vigor da estrutura regimental da autoridade nacional.

Mais recentemente, em 13 de junho de 2022, foi editada a Medida Provisória nº 1.124, que alterou a LGPD precisamente no intuito de transformar a ANPD em “autarquia de natureza especial”. Pelo texto advindo da MP nº 1.124/2022, a nova redação do mesmo artigo 55-A prevê que a ANPD deverá passar a contar com patrimônio próprio, e com sede e foro no Distrito Federal.

A MP 1.124/2022 ainda aguarda apreciação pelo Congresso Nacional.

A importância de se registrar todo esse imbróglie entorno das diversas mudanças legislativas supramencionadas também se relaciona com a peculiaridade do fato no sentido de que a LGPD entrou em vigor sem que a ANPD estivesse funcionando de fato, visto que o decreto de sua estruturação (Decreto nº 10.474/2020) só foi efetivamente editado em 27 de agosto de 2020.

Mesmo levando-se em conta que as sanções e penalidades administrativas só passaram a ter vigência e eficácia para serem aplicadas pela ANPD (enquanto órgão de controle, fiscalizador, de “*enforcement*”³⁵⁹ da LGPD), a partir de agosto de 2021 (em razão da pandemia e do advento do “Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado – RJET”³⁶⁰), é inegável que todo esse atraso na estruturação da autoridade nacional gerou impactos negativos e impediu que a ANPD já pudesse estar mais consolidada neste momento.

Adentrando nos termos da legislação atualmente vigente, identifica-se que a definição trazida no inciso XIX do art. 5º da LGPD, a ANPD é descrita como sendo o “órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento” da LGPD em todo território nacional.

Já no Capítulo VII da lei, que trata sobre a segurança e boas práticas de governança pelos agentes de tratamento, a LGPD estabelece que a autoridade nacional tem um papel

³⁵⁹ Cabe frisar que, por previsão expressa do art. 5º, inc. XIX, e do art. 55-J (e seus diversos incisos) realizar a implementação da LGPD em todo território nacional. Cf. LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Autoridade Nacional de Proteção de Dados...**, *op. cit.*, p.252-258.

³⁶⁰ Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020.

bastante colaborativo na criação e adoção de tais práticas.

Além das competências previstas no art. 55-J (que é preciso dizer são bastante amplas, com um total de vinte e quatro incisos), também cumpre destacar o teor do art. 51, que determina que a autoridade nacional deve estimular a adoção de padrões técnicos que facilitem o controle pelos titulares dos seus dados pessoais. Assim, importante registrar e explicitar que há um comando normativo expresso que verdadeiramente impõe uma incumbência à autoridade nacional de precisamente estimular a adoção de padrões técnicos.

Para além disso, o §1º do art. 46 da LGPD prevê que “a autoridade nacional poderá dispor sobre padrões técnicos mínimos para tornar aplicável o referido dispositivo aplicável” (referindo-se ao *caput* do art. 46 da LGPD, que versa sobre as medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas) e que se relaciona diretamente com as temáticas de incidente de segura e de dosimetria das penalidades a serem aplicadas em caso infrações e violações das regras protetivas da LGPD.

Ainda, no capítulo que trata sobre a fiscalização e acerca das sanções administrativas (Capítulo VIII), cumpre ressaltar também o disposto no art. 53 da LGPD, que prevê que a autoridade nacional deve definir regulamento próprio sobre as sanções administrativas e infração, porém, expressamente determinando que tal regulamento deve ser objeto de consulta pública. Deste modo, ao conferir atribuições à autoridade nacional, a legislação também determinada a abertura de espaço para participação dos agentes envolvidos (sejam de mercado, sociedade civil, terceiro setor etc.).

Por fim, cabe frisar, até por ser diretamente relacionado ao fio-condutor do presente trabalho, que a partir da verificação competências e atribuições que a Lei definiu e estabeleceu para a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, é possível afirmar que a LGPD, também neste aspecto, buscou conformar a necessidade de se fiscalizar a proteção dos direitos dos titulares de dados pessoais com os interesses dos agentes de tratamentos, sejam estes do setor público ou do setor privado, aproximando-se de um modelo que pode ser denominado de correção ou, ainda, de metarregulação.

Afinal de contas, para além do papel de fiscalizar e garantir a defesa dos direitos dos titulares de dados, também é obrigação do órgão regulador (neste caso, da ANPD) igualmente

proteger o setor empresarial e equilibrar os interesses de todos os envolvidos³⁶¹, aliando-se a outras entidades (governamentais ou não governamentais) que se dedicam ao tema, inclusive, e sobretudo com o próprio Poder Judiciário, de modo a buscar criar e consolidar mecanismos para solução dos impasses associados à Lei. Visando, assim também, sobretudo, um menor dispêndio de recursos privados e/ou públicos.

Para aprofundar a investigação e buscar compreender no que consiste esse modelo regulatório em específico, passa-se a tratar sobre o modelo dito como metarregulatório e com o intuito de demonstra as razões pelas quais é possível se afirmar que este foi o modelo expressamente adotado no Brasil, a partir das normas dispostas na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018).

³⁶¹ Como observa Ana Frazão: “[o]bserva-se claramente que a LGPD pretende operacionalizar a já mencionada cooperação entre heterorregulação e autorregulação, oferecendo desde já os parâmetros para os programas de *compliance*, facilitando a vida dos agentes e econômicos e possibilitando maior segurança jurídica”. (FRAZÃO, Ana. Propósitos, desafios e parâmetros gerais dos programas de *compliance* e das políticas de proteção de dados., p. 33-64. In: CUEVA, Bôas Villas Ricardo; FRAZÃO, Ana. (coord.). **Compliance e Política de Proteção de Dados**. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 60.).

3.5. O modelo metarregulatório adotado pela LGPD

Neste último subcapítulo, o objetivo é examinar no que consiste o modelo denominado por “metarregulatório”³⁶² e investigar como este mesmo modelo foi adotado pela legislação brasileira protetiva de dados, notadamente a partir da LGPD.

Wolfgang Hoffmann-Riem, em artigo que trata sobre os temas da “autorregulação”, “autorregulamentação” e “autorregulamentação regulamentada”, em investigação feita no contexto específico do ambiente digital, o referido autor termina o seu texto, como o último parágrafo, da seguinte forma:

“Aos Estados Democráticos de Direito, na sua forma moderna de Estados-Garantia (*Gewährleistungsstaaten*), cabe essencialmente, em todo caso, a tarefa de aproveitar suas possibilidades de conformar a proteção da liberdade para todas as pessoas por meio do Direito. Nesse sentido, a sociedade civil também deveria aproveitar suas possibilidades de exercer o papel de guardiã e, ao mesmo tempo, incentivadora”.³⁶³

Cita-se essa passagem de Wolfgang Hoffmann-Riem não apenas porque o seu conteúdo se relaciona com o assunto que será abordado neste último subcapítulo, mas, também, precisamente porque o trecho colacionado acima vai completamente de encontro com o fio-condutor deste trabalho.

Como dito, a partir das normas expressas que foram positivadas no texto legal da LGPD no Brasil – seguindo o modelo adotado pelo RGPD na Europa – é possível afirmar que

³⁶² Segundo Reuben Binns: “The notion of meta-regulation, introduced by Christine Parker, describes state efforts to make corporations responsible and accountable for their own efforts to self-regulate *i.e.*, “legal meta-regulation of internal corporate self-regulation”. A purported advantage of meta-regulation over other forms of regulation is that it latches onto companies’ inherent capacity to manage themselves, but without letting them off the hook if their self-regulation efforts fall short of regulator (and *stakeholder*) expectations. It aims to leverage corporations’ existing management structures and internal bureaucratic processes in the pursuit of regulatory goals. Companies may be forced to evaluate and report on their own self-regulation strategies so that regulatory agencies can determine whether the ultimate substantive objectives are being met. Examples include occupational safety or food regulations which require firms to engage in their own processes of hazard identification, risk assessment and risk control”. BINNS, Reuben. *Data Protection Impact Assessments: a meta-regulatory approach*, *op. cit.*, 2017, p. 22-35. Tradução livre: “A noção de metarregulação, introduzida por Christine Parker, descreve os esforços do Estado para tornar as corporações responsáveis e verificáveis por seus próprios esforços de autorregulação: ou seja, “metarregulação legal da autorregulação corporativa interna”. Uma suposta vantagem da metarregulação sobre outras formas de regulação é que ela se apegue à capacidade inerente das empresas de gerenciar a si mesmas, mas sem deixá-las escapar se seus esforços de autorregulação ficarem aquém das expectativas dos reguladores (e das partes interessadas). Tem como objetivo alavancar as estruturas de gestão existentes nas corporações e os processos burocráticos internos na busca de objetivos regulatórios. As empresas podem ser forçadas a avaliar e relatar suas próprias estratégias de autorregulação para que as agências reguladoras possam determinar se os objetivos substantivos finais estão sendo atendidos. Exemplos incluem segurança ocupacional ou regulamentos de alimentos que exigem que as empresas se envolvam em seus próprios processos de identificação de perigos, avaliação de riscos e controle de riscos”.

³⁶³ 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.

sua estrutura regulatória expressamente adota o modelo de metarregulação, na medida em que estabelece que os agentes reguladores e os agentes regulados exercem forças que contribuem para o desenvolvimento de uma estrutura onde a regulação é construída de forma colaborativa.

Assim, acerca do modelo denominado de correção, Rafael Zanatta explicita que "o Estado reconhece a importância da produção espontânea de normas pelo setor privado, mas monitora e também busca validar tais normas".³⁶⁴ Neste sentido, corroborando essa perspectiva e características deste modelo regulatório, Laura Schertel Mendes também descreve precisamente que:

“Característica da geração atual de normas de proteção de dados, que começa a se desenvolver, é a aposta em um sistema de correção, amparado no princípio da *accountability*, isto é, passa-se a entender que a efetividade da proteção de dados não reside mais apenas em ampliar o controle do indivíduo, mas também em atribuir responsabilidade a toda a cadeia de agentes de tratamento de dados pelos riscos do processamento de informações. Isso porque se compreende que tais agentes têm mais condições de implementar medidas técnicas e organizativas capazes de proteger os dados pessoais do titulares. Nesse contexto, as mais recentes legislações, das quais se destaca o Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu, passam a prever novos mecanismos que não estavam presentes nos marcos anteriores, tais como relatórios de impacto, códigos de boas condutas, certificações, programas de governança, bem como normas que incentivam a implementação do conceito de *privacy by design*. Do exposto, percebe-se que o intenso processamento de dados pelo setor público e privado a partir da década de 70 enseja a evolução do direito à privacidade, que passa a abarcar uma dimensão de proteção de dados pessoais, na qual se destaca o controle do indivíduo sobre o fluxo de suas informações na sociedade.”³⁶⁵

Com efeito, em relação ao contexto normativo brasileiro atual, como visto nos subcapítulos 3.3 e 3.4 acima, também quando examinados a adoção da abordagem baseado no risco e o papel da ANPD, são as razões que reforçam a afirmação no sentido de que a LGPD recepciona tal concepção e claramente adota um modelo de correção, que também pode denominado como de metarregulação.

Retomando a análise acerca dos instrumentos deste modelo regulatório em específico, na forma que foram introduzidos na LGPD, – Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (RIPDP) e as regras que dispõem sobre o que se compreende por boas práticas e de governança – como uma forma de buscar compreender, concretamente, como o modelo da metarregulação deve se dar sob uma perspectiva mais prática.

³⁶⁴ ZANATTA, Rafael A. F. A Proteção de Dados entre Leis, Códigos e Programação, *op. cit.*, 2015, p. 450.

³⁶⁵ MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, *op. cit.*, 2019, p. 42-43.

Quando a LGPD dispõe que o Relatório de Impacto (RIDP) é uma documentação que instrumentaliza a forma como ele deve existir e ser apresentado perante a ANPD, ou seja, como um documento formal que deve atender aos critérios descritos na legislação, ou seja, devendo conter 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 risco³⁶⁶” (art. 5º, inc. XVII, da LGPD).

Tais medidas de salvaguarda e mecanismos de mitigação de riscos se relacionam com o princípio da precaução³⁶⁷ (ainda que a LGPD não tenha feito referência, de forma expressa, a tal princípio), bem como todo os demais princípios que são elencados no art. 6º da LGPD.

Cabe destacar que a intenção do legislador não foi que o RIDP fosse uma mera “demonstração do registro de atividades ou um inventário de dados especificamente (...), mas sim que contivesse uma descrição dos procedimentos que envolvem as operações de tratamento de dados, através de uma perspectiva maior de governança de dados”.³⁶⁸

Mais concretamente: o RIDP deve conter as informações pertinentes da organização, com a descrição dos processos e procedimentos que são adotados, levando-se em conta a exigência de medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco, tendo sempre por finalidade, a concreta proteção dos direitos da personalidade (como uma medida diretamente relacionada com conteúdo normativo dos artigos 17³⁶⁹ e 21³⁷⁰ da LGPD), destacadamente,

³⁶⁶ Como adverte Maria Cecília Gomes: “a compreensão do risco em proteção de dados, é que não é possível desassociá-lo da compreensão holística que o risco carrega em suas raízes. Assim como, não é possível compreender o risco em proteção de dados como algo desassociado do uso de ferramentas para gerenciamento de risco, tal como os relatórios de impacto. A forma como o risco será avaliado em operações de tratamento depende intrinsecamente da metodologia que será aplicada, e metodologia é método científico, não é opinião. O mais importante é ter clareza que o referencial dessa metodologia é o próprio titular dos dados, de modo que o produto final seja, de fato, uma documentação que mensura os riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais dos titulares”. (GOMES, Maria Cecília O. Entre o método e a complexidade: compreendendo a noção de risco na LGPD., *op. cit.*, 2020, p. 263).

³⁶⁷ Apesar de ressaltar a pluralidade conceitual e as dificuldades de se definir o conteúdo do princípio da precaução, justamente em razão da enorme abrangência – que tem sua origem, sobretudo, no contexto do direito ambiental –, Bruno Bioni e Maria Luciano destacam três para elaborar estudo que relaciona a proteção de dados pessoais com a regulação de inteligência artificial (os autores, inclusive, afirmam que se tem notícia de mais de onze significados diferentes para o referido princípio). Cf. BIONI, Bruno Ricardo; LUCIANO, Maria. O princípio da precaução na regulação de inteligência artificial: seriam as leis de proteção de dados o seu portal de entrada? *In: Inteligência Artificial E Direito - Ética Regulação E Responsabilidade*. – 2. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

³⁶⁸ GOMES, Maria Cecília O. Relatório de Impacto a Proteção de Dados. Uma breve análise da sua definição e papel na LGPD., *op. cit.*, 2019, p. 10.

³⁶⁹ “Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei”.

relativamente à dimensão da autodeterminação informativa (conceito examinado, de maneira mais pormenorizada, no subcapítulo 2.5 deste trabalho).

Ainda, também cabem observar que a própria ANPD poderá (e espera-se que isso efetivamente aconteça) dispor como esse documento deve ser e o que ele deve conter. Além disso, também vale ressaltar que o texto da LGPD explicitamente associa o RIDP de impacto somente a controladores³⁷¹, porém, obviamente que isso não significa uma vedação no sentido de que os operadores³⁷² também não possam (ou não devam) fazer um relatório, como uma medida de salvaguarda e mecanismo de mitigação de riscos.

Neste sentido, como sintetiza Maria Cecília Gomes, “o papel do relatório de impacto é ser uma ferramenta de governança de dados a ser internalizada no cotidiano da organização, não apenas um documento para ser utilizado durante um processo de adequação regulatória”.³⁷³ Assim, o objetivo da LGPD, ao dispor sobre a exigência de criação de relatórios de impacto, é, precisamente, para que os processos que envolvam tratamento de dados, atuais e novos, de uma determinada organização (seja ela pública ou privada), devam sempre visar à garantia da preservação dos direitos fundamentais dos titulares de dados.

Por fim, cabe apontar importante observação, também feita por Maria Cecília Gomes, acerca do que *não* se espera acerca dos Relatórios de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (RIPDP):

“Todos os dias, trilhões de dados (ou mais) são tratados em nossa sociedade. A proposta da UE com o relatório de impacto, que foi posteriormente tropicalizada no Brasil por meio da LGPD, não foi gerar um calhamaço de documentos para comprovar que está tudo certo dentro das organizações, mas sim e, essencialmente, figurar como uma ferramenta dinâmica, capaz de auxiliar na governança de dados e na mitigação dos riscos associados às operações de tratamento de dados. Guardá-lo em caixinhas é submetê-lo ao esquecimento, esvaziando o seu propósito”.³⁷⁴

Assim, acima de tudo, deve-se perceber que o gerenciamento de risco se resume a um método e a um procedimento, mas que tem que devem estar alinhados com a sistemática e

³⁷⁰ “Art. 22. A defesa dos interesses e dos direitos dos titulares de dados poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente, na forma do disposto na legislação pertinente, acerca dos instrumentos de tutela individual e coletiva”.

³⁷¹ Nos termos da definição trazida pelo inciso VI, do art. 5º da LGPD: “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”.

³⁷² Nos termos da definição trazida pelo inciso VII, do art. 5º da LGPD: “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlado”.

³⁷³ GOMES, Maria Cecília O. Relatório de Impacto a Proteção de Dados. Uma breve análise da sua definição e papel na LGPD., *op. cit.*, 2019, p. 12.

³⁷⁴ GOMES, Maria Cecília O. Relatório de Impacto a Proteção de Dados. Uma breve análise da sua definição e papel na LGPD., *op. cit.*, 2019, p. 14.

a dinâmica protetiva estabelecida pela própria LGPD.³⁷⁵ Vale dizer: “relatório de impacto à proteção de dados não deve ser enxergado na LGPD como uma ferramenta burocrática, mas sim como uma documentação que reflete um processo de aprendizado por agentes de tratamento, que é o de realizar a governança de dados dentro de casa”.³⁷⁶

Além disso, cabe destacar que seus contornos também dependem de uma construção multissetorial, que envolve e depende dos agentes de tratamento (públicos ou privados), da própria sociedade (que é composta por cidadãos, titulares de dados pessoais), mas também, sobretudo, de critérios que poderão ser estabelecidos pela própria ANPD, notadamente a partir de orientações³⁷⁷ (*ex vi*, art. 55-J, inc. XIII), além das contribuições pelo próprio Poder Judiciário (como se deu no modelo alemão, como visto em relação ao relevante papel do seu Tribunal Constitucional). Afinal, como conclui Maria Cecília Oliveira Gomes:

“(…) não existem fórmulas mágicas ou receita de bolo na avaliação do risco, cada operação de tratamento tem sua particularidade, e cada agente de tratamento possui uma estrutura organizacional diferente que eleva ainda mais o número de possibilidades diante dessas operações, tornando-a mais e mais complexa. Portanto, diante da complexidade envolvendo todos os possíveis cenários de operações de tratamento e, de todas as infinitas medidas que podem ser utilizadas para avaliar essa complexidade, não é possível ter uma fórmula padrão para todos os agentes de tratamento de todos os setores. Por isso, para reduzir essa complexidade, é necessário criar diretrizes gerais que ajudem a tornar esse cenário menos complexo e mais fácil de ser racionalizado e compreendido. A ANPD e todos nós temos um papel fundamental na construção desse debate.”³⁷⁸

Avançando, cabe agora examinar as regras que dispõem sobre o que se compreende por “Boas Práticas e de Governança”. Acerca da noção de governança, Júlia Zimmermann Ghisleni, partindo do exame do conceito de “governança corporativa”, explana que:

³⁷⁵ Na medida em que mais de um interesse social pode ser comprometido por uma determinada iniciativa, diferentes tipos de avaliação de impacto podem conviver entre si. A despeito dessa multiplicidade, as avaliações de impacto seguem uma lógica e uma estrutura comum, independentemente do tipo e contexto específico a que se refiram. Em um *paper* escrito por pesquisadores europeus, em 2017, os autores discorrem sobre boas práticas de um modelo genérico de avaliação. Alguns dos elementos por eles enumerados são, quais sejam: i) a existência de recomendações; ii) a documentação; iii) transparência e a participação de stakeholders internos e externos no processo e, por fim; iv) a incorporação de elementos de avaliação de impacto de outras áreas, dentre outros. (Cf. Kloza, D., Van Dijk, N., Gellert, R. M., Borocz, I. M., Tanas, A., Mantovani, E., & Quinn, P. **Data protection impact assessments in the European Union: complementing the new legal framework towards a more robust protection of individuals**. 2017. d.pia.lab Policy Brief, (1/2017), p. 1-4.)

³⁷⁶ GOMES, Maria Cecília O. Relatório de Impacto a Proteção de Dados. Uma breve análise da sua definição e papel na LGPD., *op. cit.*, 2019, p. 14.

³⁷⁷ Aqui também cabe mencionar o exemplo das orientações feitas pelo WP29 (acrônimo de “ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY”, em português, Grupo de Trabalho do Artigo 29, que é uma espécie de conselho/comitê formado por representantes das autoridades centrais de proteção de dados dos Estados Membros da União Europeia), ao Conselho da Europa que também reforçou a recomendação da elaboração de relatórios durante a revisão do texto da Convenção nº 108, em 2018.

³⁷⁸ GOMES, Maria Cecília O. Entre o método e a complexidade: compreendendo a noção de risco na LGPD., *op. cit.*, 2020, p. 266.

“(…) a conciliação de interesses e proteção dos grupos mais vulneráveis das organizações, a governança exerce o seu alcance tendo como suporte quatro princípios: transparência da organização (no que diz respeito às suas informações prestadas perante os interessados); equidade (de tratamento entre sócios e demais interessados); responsabilidade corporativa (perante os interessados, de forma que aja em conformidade com a lei) e accountability. Consequentemente, observa-se igualmente, com isso, que os riscos que podem ser gerados no âmbito da proteção de dados podem ser eficientemente gerenciados pela abordagem da governança corporativa”.³⁷⁹

Avançando para uma análise propriamente acerca da governança de dados no cenário brasileiro, a mesma autora observa que a LGPD apresenta um modelo regulatório que também busca atender as demandas do mercado dos investidores, na medida em que “as exigências tendem a promover valores que reforcem a transparência, a sustentabilidade, bem como a defesa dos interesses de todos *stakeholders*.”³⁸⁰

Além disso, como já dito anteriormente, essa temática se relaciona com o processo de conformidade e adequação com a legislação, costumeiramente denominados de programas de *compliance*.

Uma primeira observação a ser feita diz respeito ao conteúdo normativo disposto §1º do art. 50 da LGPD, que dispõe que “ao estabelecer regras de boas práticas, o controlador e o operador levarão em consideração, em relação ao tratamento e aos dados, a natureza, o escopo, a finalidade e a probabilidade e a gravidade dos riscos e dos benefícios decorrentes de tratamento de dados do titular”.

Esse destaque é feito justamente para frisar como, também em relação ao tema em análise, a LGPD se vale do conceito de “risco” para definir normas que visam à proteção de dados pessoais.

Para além disso, segundo Ana Frazão, “a própria LGPD, além de reconhecer a importância dos programas de *compliance* de dados, procura criar incentivos para a sua adoção”.³⁸¹ Nesta medida, para além de ter o potencial de propiciar a criação e o fortalecimento de uma cultura de proteção de dados dentro das organizações, os programas de

³⁷⁹ ZIMMERMANN GHISLENI, J. GDPR and The Risk-Based Approach to Corporate Governance: The First Measure for the Controller to apply the principles. **e3 - Revista de Economia, Empresas e Empreendedores na CPLP**, [S. 1.], v. 8, n. 1, p. 103–126, 2022, p. 107.

³⁸⁰ ZIMMERMANN GHISLENI, J. GDPR and The Risk-Based Approach to Corporate Governance: The First Measure for the Controller to apply the principles., *op. cit.*, 2022, p. 108.

³⁸¹ FRAZÃO, Ana. Propósitos, desafios e parâmetros gerais dos programas de *compliance* e das políticas de proteção de dados., *op. cit.*, 2021, p. 61.

compliance também se apresenta como um importante investimento por parte dos agentes de tratamento, não apenas para mitigação dos riscos de surgimento de incidentes e das possíveis sanções³⁸², mas, também, a partir de ganhos reputacionais que, por consequência, também se traduzem como um fundamental diferencial competitivo (assunto que será novamente ressaltado, ao final deste subcapítulo).

Neste sentido, como também destacado por Ana Frazão, a LGPD criou incentivos adicionais para a adoção dos chamados programas de *compliance* (que serão melhor examinados no próximo subcapítulo abaixo) que se relacionam com a dosimetria das sanções que poderão ser aplicadas pela ANPD no caso de violações à legislação.

Neste sentido, a autora ressalta que:

“(...) ao tratar das da dosimetria das sanções que podem ser aplicadas pela ANPD em caso de descumprimento da legislação, elenca três parâmetros que estão diretamente relacionados às iniciativas de conformidade, os quais poderão ser utilizados como atenuantes: (i) a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano, voltados ao tratamento seguro e adequado de dados, em consonância com o disposto no inciso II, do §2º do art. 48 (art. 52, §1º, VIII), (ii) a adoção de política de boas práticas e governança (art. 52, §1º, IX) e (iii) a pronta adoção de medidas corretivas (art. 52, §1º, X). Acresce que outro importante parâmetro de dosimetria das sanções administrativas é a boa-fé do infrator (art. 52, §1º, IX), circunstância que normalmente é associada à adoção de um efetivo programa de *compliance*.”³⁸³

Prosseguindo na análise das características que permite a afirmação no sentido de que a LGPD adota um modelo de metarregulação (insista-se: que busca conformar a heterorregulação e a autorregulação), volta-se a examinar como os fundamentos expressamente estabelecidos pela legislação em comento reforça essa percepção e conclusão.

Assim como visto, a partir da análise dos fundamentos expressamente apresentados pela LGPD (descritos no art. 2º da Lei) – na medida em que elenca, ao mesmo tempo, o respeito à privacidade, o desenvolvimento econômico e tecnológico, os valores da livre

³⁸² Neste sentido, é relevante apontar o teor dos §§1º e 2º do art. 48 da LGPD, que trata do dever do controlador comunicar à autoridade nacional acerca da ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares, mas, ao mesmo tempo, exige que sejam apresentados conjuntamente com: “a indicação das medidas técnicas e de segurança utilizadas para a proteção dos dados” (§1, inc. III); “as medidas que foram ou que serão adotadas para reverter ou mitigar os efeitos do prejuízo” (§1, inc. VI); e, ainda, prevê que a ANPD “verificará a gravidade do incidente e poderá, caso necessário para a salvaguarda dos direitos dos titulares, determinar ao controlador a adoção de providências, tais como:” (...) “medidas para reverter ou mitigar os efeitos do incidente” (§2º, inc. II).

³⁸³ FRAZÃO, Ana. Propósitos, desafios e parâmetros gerais dos programas de *compliance* e das políticas de proteção de dados., *op. cit.*, 2021, p. 60.

iniciativa³⁸⁴, da livre concorrência e defesa do consumidor; e, por fim, aos direitos humanos e o livre desenvolvimento da personalidade (para citar apenas alguns e frisar que não há nenhuma incongruência em terem sido apresentados em conjunto, sobretudo porque são fundamentos que também possuem respaldo e previsão constitucional) –, pode-se dizer que a LGPD, na medida em que reconhece a possibilidade de coexistência desses múltiplos fundamentos, acaba por refutar um modelo exclusivamente de autorregulação pelas regras de mercado.

Inclusive, é importante observar e registrar “a tendência do legislador em regulamentar o tratamento de dados com base em princípios, em detrimento da imposição de deveres aos agentes de tratamento de forma específica e taxativa, em decorrência da sua aplicabilidade abrangente”.³⁸⁵

Nesse sentido, é oportuno retornar ao Paradigma da Intervenção Sensata, já examinado no subcapítulo 3.1 acima, quando foi tratado da superação dos defensores do modelo da *deregulation*.

Como visto, o *Paradigma da Intervenção Sensata* busca ponderar os interesses e harmoniza os fundamentos definidos e assegurados pela Constituição (paradigma este que privilegia o princípio fundante da dignidade da pessoa humana e que também como elemento distintivo o princípio da subsidiariedade).

Neste sentido, acerca precisamente do conteúdo do princípio da subsidiariedade, no trabalho já citado de Egon Bockmann Moreira, encontram-se as seguintes explicações acerca do referido princípio – antecedida de uma análise acerca do *Paradigma da Intervenção Sensata* e o princípio da dignidade da pessoa humana:

³⁸⁴ Como muito bem observa Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk: “Reconhecer o valor social da livre iniciativa não é impor aos agentes econômicos a geração cogente de contributos pretendidos pela norma, mas, simplesmente, reconhecer que, no mundo do ser, são gerados contributos benéficos, latentes à ação econômica livre, independentemente de imposição externa. Assim, precisamente por essa aptidão intrínseca de gerar contributos a ela latentes, é que a livre iniciativa tem seu valor inerente proclamado como fundamento da República. Daí porque a intervenção deve ser exceção, e não regra. Não há, na ordem constitucional, de antemão, um dever a priori de intervenção, ou mesmo, de regulação. Diversamente, o que há é o prestígio à livre iniciativa, cabendo a intervenção e a regulação das atividades empresariais e dos contratos quando frustrados concretamente os contributos latentes ao exercício da livre iniciativa – no plano do “ser” – ou quando estes se mostrarem insuficientes – ou mesmo, contrários – à realização de outros valores constitucionalmente contemplados, como, por exemplo, aqueles inerentes a outros direitos e garantias jusfundamentais.” (PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. O valor social da livre iniciativa e a função social dos contratos na MP 881., *op. cit.*, 2019).

³⁸⁵ ZIMMERMANN GHISLENI, J. GDPR and The Risk-Based Approach to Corporate Governance: The First Measure for the Controller to apply the principles., *op. cit.*, 2022, p. 109.

“A intervenção do Estado na ordem econômica é uma exceção cuja implementação é autorizada pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Ou melhor: é funcionalizada por tal princípio, que torna cogente a finalidade de ser perseguida pela Administração Pública quando da atuação no domínio econômico privado. Ora, o Estado não pode intervir instruído apenas por uma concepção pró-mercado e pró-concorrência instruída e desenvolvida com lastro exclusivo na *rationale* de teoria e leis econômicas. Se fosse assim, caberia deixar à “mão invisível” desse sistema autopoietico a solução de seus problemas e dilemas. A sensatez da intervenção pública na Economia é oriunda do atendimento aos interesses postos à guarda do próprio Estado, entre os quais assume o primeiro lugar a dignidade da pessoa humana. (...) Em primeiro lugar, a subsidiariedade diz respeito precipuamente aos lindes da “exploração direta da atividade econômica pelo Estado” (Constituição, art. 173). Envolve uma atuação secundária, suplementar ou complementar num espaço constitucionalmente reservado às pessoas privadas. O Estado atua quando e se absolutamente necessário, dentro dos limites ínsitos a essa indispensabilidade (tal como definida em lei e segundo um regime de Direito Privado). Autoriza-se a intervenção porque requisitada pelas falhas daquele determinado setor econômico. Pode-se, inclusive, cogitar uma subsidiariedade no plano da intervenção regulatória (Constituição, art. 174). A disciplina normativa do setor econômico privado, outorgado à livre iniciativa (esta funcionalizada, é bem verdade), envolve a liberdade de dispor acerca dos contratos e bens, auto-regulando e autodisciplinando os seus próprios interesses num mercado concorrencial. O que se afigura ainda mais claro na hipótese de regulação setorial – quando o Poder Público edita normas a reger um específico setor da economia (p. ex., telefonia ou medicamentos). Logo, a intervenção regulatória merece também ser encarada como secundária a um mercado capitalista”.³⁸⁶

Avançando, pretende-se também realizar uma outra análise, que se relaciona com o fio-condutor anunciado neste trabalho, onde se pretende trazer uma perspectiva comparativa entre a regulação se opera sobre as relações de consumo (que também tem o desafio de conformar a proteção do consumidor e o interesse econômicos dos fornecedores, enquanto agentes econômicos) e a regulação que se dá acerca da dinâmica de proteção de dados pessoais (que como já dito por diversas vezes, que igualmente busca conformar a proteção dos titulares com os interesses econômicos dos agentes de tratamentos), sobretudo com a intenção de buscar demonstrar que há, entre esses dos “mundos” regulados pelo Direito, uma potencialidade comum.

Neste sentido, como visto anteriormente, no segundo capítulo deste trabalho, é possível e interessante perceber também como a necessidade de proteção de dados pessoais se relaciona diretamente com o exemplo da proteção e da tutela jurídica historicamente construída em favor da defesa dos consumidores nas relações de consumo.³⁸⁷ Afinal, quando evidenciado no âmbito e na dimensão das relações de consumo, o direito à proteção de dados não deixava de ser invocado também como um reflexo, no âmbito infraconstitucional, dos

³⁸⁶ MOREIRA, Egon Bockmann; CUELLAR, Leila. **Estudos de Direito Econômico.**, *op. cit.*, 2004, p. 89-93.

³⁸⁷ MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 105, 2016. p. 41.

direito fundamentais de proteção à privacidade, e à inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Assim, a mudança qualitativa que ocorre na contemporaneidade, relativamente às normas que versam sobre direito à proteção de dados pessoais, se dá na medida em que se reconhece a importância do reconhecimento de se dar autonomia a este “novo” direito de proteção à dados pessoais, e também, de maneira mais específica, como uma das formas pela qual a sistemática jurídica lidar e enfrentar a complexidade das questões contemporâneas, sobretudo, para buscar endereçar³⁸⁸ os riscos advindos do desenvolvimento tecnológico, como já amplamente explicitado nos capítulos anteriores.

Só que também é possível ir mais além na comparação e interação feita em relação a regulação jurídica feita a partir das normas do Código de Defesa do Consumidor e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, sob a perspectiva das suas potencialidades. Explica-se.

As normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor visam não apenas à garantia da proteção do consumidor, mas, também, têm o fundamental papel de regulação do mercado. Essa regulação se dá, dentre outras formas, por intermédio da atribuição de deveres e responsabilidades aos agentes envolvidos (aos fornecedores e consumidores) que visam ao aperfeiçoamento do mercado. Em última análise, portanto, essa regulação do mercado, feita a partir de normas protetivas ao consumidor, também se revela como um importante e relevante mecanismo para a retirada de “fornecedores ineficientes”³⁸⁹ (aqui compreendido mais no sentido de violadores das normas protetivas, mas, também, no intuito de manter a igualdade competitiva em relação aos demais agentes).³⁹⁰

³⁸⁸ Como ressalta Laura Schertel Mendes: “a Lei inova ao prever outros princípios, que buscam endereçar os novos riscos e possibilidades da tecnologia da informação, como o princípio da não discriminação pelo tratamento de dados, abordando o potencial discriminatório do uso de dados de algoritmos e de decisões automatizadas, bem como o princípio da prevenção e da responsabilização e prestação de contas, também conhecido pelo anglicismo *accountability*.” (MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, *op. cit.*, 2019, p. 49)

³⁸⁹ MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor., *op. cit.*, *passim*.

³⁹⁰ Como observa, ainda que focado nos gigantes da internet e no exemplo das tecnologias *Big Data*, Thales de Melo e Lemos: “(...) é possível dizer que o *Big Data* é cada vez mais reconhecido como um problema concorrencial. (...) o reconhecimento do impacto competitivo do *Big Data* também envolve a compreensão de que o acesso a dados e seu processamento, além de emprego destes em algoritmos e inteligência artificial, pode gerar significativas vantagens competitivas, fortalecendo ainda mais as posições dominantes já existentes e, possivelmente, fechando as portas do mercado a entrantes ou concorrentes menores, que não têm acesso a tantas informações”. LEMOS, Thales de Melo e. Gigantes de Internet. Novas formas de poder empresarial e desafios para o Direito Antitruste. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). **Empresa,**

Por essa razão, também é possível afirmar que, assim como ocorreu com o CDC, a LGPD tem igualmente o potencial de poder exercer este mesmo papel regulatório (como visto, compreendido como um modelo de corregulação ou metarregulação), que é simplesmente fundamental para propiciar a segurança jurídica necessária para os atores da Sociedade Informacional (leia-se: tanto os titulares/consumidores/cidadãos quanto os agentes de tratamento/econômicos, sejam eles público ou privados).

Assim, relacionado ao objeto e ao fio-condutor deste trabalho, perceber essa potencialidade da LGPD é um dos fundamentos mais importantes para se pensar na importância e pertinência da existência de normas jurídicas que versem diretamente sobre o direito à proteção de dados pessoais (enquanto um direito da personalidade e também um direito fundamental, agora, inclusive, positivado no texto constitucional) e também, sobretudo, em como devem ser definidos os limites das atividades que são realizadas pelos agentes de tratamento.

Em consonância com a análise comparativa feita acima, Marcelo Benacchio e Renata Mota Maciel apresentam as seguintes percepções:

“(…) os instrumentos antitruste, como em outros mercados, constituem ferramenta eficiente na regulação da atividade empresarial de tecnologia digital, ao lado de instrumentos legais, como a recente Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD no Brasil, sem prejuízo de outras formas de regulação da atividade empresarial e do poder econômico com atuação complementar e não concorrente com a agência de defesa da concorrência, como órgãos de proteção ao consumidor e, no caso do Brasil, a recentemente estabelecida Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, a partir da Lei 13.853/2019, de modo a garantir uma abordagem consistente e de abrangência integral. (...) [A] coleta, o uso e o tratamento de dados pessoais, assim como a atividade empresarial, possuem potencial transformador da realidade local e global, mostrando-se premente a adoção de medidas de cunho abrangente e multissetorial para a regulação da atividade das empresas de tecnologia e, por consequência, do poder econômico por essas detidos.”³⁹¹

Em suma, o modelo metarregulatório busca conformar o que há de melhor entre os modelos anteriores (isto é, da autorregulação e da heterorregulação, que aparentavam ser inconciliáveis, mas, na realidade, não são), notadamente a partir de uma perspectiva que reconhece que é possível uma interação e harmonização entre os modelos da heterorregulação estatal e das propostas de autorregulação pelo próprio mercado, além de alternativas

mercado, tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 214.

³⁹¹ BENACCHIO, Marcelo; MACIEL, Renata Mota. A LGPD sob a Perspectiva da Regulação do Poder Econômico. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. (coord.). **Comentários à lei geral de proteção de dados: Lei n. 13.709/2018, com alteração da lei n. 13.853/2019.** – São Paulo: Almedina, 2020, p. 51-53.

apresentadas pela via da própria tecnologia.³⁹²

Retornado ao texto já mencionado acima, no início deste subcapítulo, de Wolfgang Hoffmann-Riem, cabe colher dele alguns importante conceitos por ele definidos, em reflexão formulado principalmente em relação a comunicação na ambiência da internet.³⁹³ Primeiramente, o autor inicia pelo exame da autorregulação:

“Para tais atividades, existem algumas regras comportamentais autodesenvolvidas, como compromissos morais ou éticos autoimpostos ou regras dos participantes em um processo ou produto sobre a natureza de sua interação, o que designo de autorregulação (*Selbstregelung*), por exemplo, dos códigos de conduta. Por meio da autorregulação também podem ser criadas instituições ou organizações – como é o caso, entre outros, de associações – para representar os interesses dos membros ou para cumprir por intermédio delas ou para elas tarefas orientadas para o bem comum. Na medida em que o estabelecimento de regras sociais não só influencia o comportamento das pessoas que participam do estabelecimento delas, mas também outras pessoas reconhecem essas regras para si e, neste sentido, as regras têm efeito geral, utilizo o termo autorregulamentação social. Aqueles que desejam observar as regras – p. ex., normas técnicas ou padrões de comportamento – podem se comprometer com essa observância juridicamente, p. ex., mediante contrato. Os interessados também podem permanecer juridicamente não vinculados às regras, mas esperar a sua observância mútua e o descumprimento pode ser sancionado por meios sociais, como o rompimento de relações comerciais ou a perda de reputação por parte de quem viola as regras.”³⁹⁴

Entretanto, o autor também ressalta que “o termo “regulação” (*Regulierung*) é reservado, na maioria dos casos, apenas para intervenções do Estado em processos sociais

³⁹² Refere-se as ferramentas tecnológicas que reforçam e melhoram a proteção da privacidade e dos dados pessoais, denominadas de *Privacy Enhancing Technologies (PETs)*. Esses mecanismos se relacionam com a metodologia conhecida como *Privacy by Design*, que se pauta pela ideia de que a proteção de dados pessoais deve orientar a concepção de produtos ou serviços, a partir da utilização de adoção de conceitos e tecnologias que facilitem o controle e a proteção das informações pessoais. Por oportuno, também cabe explicitar que, conjuntamente com a método *Privacy by Design*, também se costuma apontar o “conceito-irmão” de *Privay by Default* que significa basicamente que, “assim que um produto ou serviço for lançado ao público, as configurações mais seguras de privacidade deverão ser aplicadas por padrão, sem nenhuma entrada manual do usuário final. Além disso, todos os dados pessoais fornecidos pelo usuário para permitir o uso ideal de um produto devem ser mantidos apenas pelo tempo necessário para fornecer o produto ou serviço. Se mais informações do que o necessário para fornecer o serviço forem divulgadas, esse conceito será violado”. Cf. **Proteção de dados pessoais**, op. cit., p. 176-197.

³⁹³ O autor inicialmente ressalta que: “Uma das características da internet – assim como de outras esferas da comunicação digital – é o desejo de muitos atores de agir de modo tão autônomo quanto possível. O que lhes interessa é a auto-organização e – se for preciso – a possibilidade mesmo da autorregulação. Mas também existem possibilidades e necessidades de regras que tenham efeito geral, seja em forma de autorregulação privada/regulação social, seja em forma de regulação por parte do Estado. Por auto-organização (*Selbstgestaltung*) entendo medidas individuais ou conjuntamente empreendidas para a realização de objetivos por comportamento autônomo próprio. Os produtos de autodesign no setor de TI são, por exemplo, os e-mails ou blogs distribuídos por cidadãos individuais ou softwares desenvolvidos de forma colaborativa, mas também os modelos de negócios desenvolvidos e implementados pelas empresas de TI”. (HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital, op. cit., 2019, p. 531).

³⁹⁴ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital, op. cit., 2019, p. 531.

que, com um objetivo específico, estabelecem diretrizes gerais de comportamento, as quais criam ou mantêm estruturas funcionais para resolver problemas específicos”.³⁹⁵ Sobre esse conceito, o autor também acrescenta:

“Falo de *autorregulamentação social regulada pelo Estado*, ou, em termos breves, de *autorregulação/autorregulamentação regulada/regulamentada* quando órgãos estatais confiam, para a solução de problemas, nas ordens criadas com (relativa) autonomia pelos membros da sociedade, mas atuam regulatoriamente de modo que, quando isso é feito, (também) se observem ou persigam deliberadamente fins relacionados ao bem comum. A influência do Estado pode acontecer de forma extremamente diversificada, p. ex., na forma de normas ou estímulos comportamentais, por meio do estabelecimento de estruturas – como as de natureza corporativa – ou pela viabilização e apoio de sistemas funcionais da sociedade, como o mercado”.³⁹⁶

Ao tratar sobre o âmbito da internet, o autor registra que “[o] exame do desenvolvimento da internet mostra que, em sua fase inicial, ela foi saudada por muitos como um novo meio de desenvolvimento livre, e os atores apostaram em alto grau em uma auto-organização e autorregulação por parte deles próprios.”³⁹⁷

Além disso, após comentar como o surgimento da internet só foi possível em razão do auxílio autoridades (leia-se do Poder Público, com recursos públicos), o autor ressalta, entretanto, como “[a]tualmente, o desenvolvimento da internet depende, em altíssimo grau, de decisões privadas, especialmente empresariais. As mudanças consideráveis – que se intensificaram pela oligopolização de amplas áreas – alteraram radicalmente o caráter da internet como meio de liberdade para todos e com direitos iguais de acesso e possibilidades de utilização para todos”.³⁹⁸

Apesar dessa constatação negativa, o autor segue examinado o contexto da comunicação na internet, buscando ressaltar exemplos de autorregulação privada. Neste sentido, o autor destaca a regulação tecnológica baseada em algoritmos, nos seguintes termos:

A regulação tecnológica baseada em algoritmos é usada, p. ex., para a elaboração de perfis [*profiling*], ou seja, para o processamento automatizado de dados pessoais de usuários visando captar, classificar em termos de tipificação e analisar determinados aspectos pessoais (como preferências, interesses, situação econômica ou local de

³⁹⁵ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital*, *op. cit.*, 2019, p. 531.

³⁹⁶ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital*, *op. cit.*, 2019, p. 531.

³⁹⁷ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital*, *op. cit.*, 2019, p. 540.

³⁹⁸ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital*, *op. cit.*, 2019, p. 540.

residência) e usá-los como base para prognósticos. Os resultados servem, então, p. ex., como subsídios para a seleção personalizada de informação, como anúncios publicitários ou a filtragem dos resultados de busca no Google ou do feed de notícias do Facebook. Indiretamente, eles também se tornam significativos para percepções dos usuários, suas posturas e decisões também na “vida *on-life*” diária. Outro exemplo do emprego de algoritmos é o bloqueio de acesso a conteúdos indesejados, p. ex., pornografia infantil ou racismo, bem como de *fake news* na internet (*content curation* [curadoria de conteúdo]). A internet oferece possibilidades consideráveis de auto-organização não só aos fornecedores de serviços, mas também aos usuários como indivíduos. A auto-organização é usada de uma forma especificamente intensificada nas áreas de Open Source e Open Content, ou, de modo mais geral, de Open Innovation. A colaboração nelas possível e comum de várias pessoas é uma forma de auto-organização coletiva, emoldurada por regras sociais para isso desenvolvidas como formas de autorregulação. Com base em tais regras, o resultado de desenvolvimentos colaborativos pode ser assegurado juridicamente como serviço, com a ajuda da chamada cláusula do *copyleft*, de modo que este não possa ser utilizado por indivíduos para exploração comercial. A cláusula do *copyleft* utiliza o instrumentário da proteção estatal do direito autoral, mas inverte sua direção protetiva usual excluindo para essas obras criadas colaborativamente a utilização proprietária protegida, em si, pelo direito autoral”.³⁹⁹

Ainda sob a perspectiva de potencialidades advindas da própria tecnologia, em perspectiva conjugada com propostas de autorregulamentação privada, Wolfgang Hoffmann-Riem também menciona os “padrões técnicos que são desenvolvidos por uma empresa ou por várias colaborativamente e também são utilizados por outras em uma determinada área de negócios, mas sem adquirir, apenas com isso, um efeito juridicamente vinculante”.⁴⁰⁰ Aqui, o autor se refere tanto a *hardwares* (equipamentos ou dispositivos físicos) quanto a *softwares* (programas de computador).

Refletindo sobre exemplos acerca do que foi afirmado por Hoffmann-Riem, pode ser mencionado o caso dos sistemas operacionais de aparelhos celulares (e das próprias “lojas de aplicativos” destes mesmos sistemas), como no caso do Android (da Google) e o iOS (da Apple), que estabelece diversos parâmetros a serem seguidos pelos desenvolvedores, como condições para que as aplicações sejam utilizadas em suas plataformas, ou até mesmo admitidas de serem disponibilizadas para *download* dos usuários.

Neste sentido, Wolfgang Hoffmann-Riem também acrescenta que essa forma de autorregulamentação privada, apesar de ser, a princípio, “informal”, também pode passar por uma transformação jurídica. Nas palavras do autor:

“O desenvolvimento de padrões na forma de imposição factual de determinados

³⁹⁹ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital, *op. cit.*, 2019, p. 542-543.

⁴⁰⁰ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital, *op. cit.*, 2019, p. 543.

parâmetros no mercado leva à sua vinculatividade na prática. Esta é uma forma de autorregulamentação social informal. Se, contudo, padrões formados pela sociedade são reconhecidos como normativos no direito estatuído pelo Estado – p. ex., para questões de responsabilidade civil – ou declarados juridicamente vinculantes, essa transferência acarreta, ao mesmo tempo, uma transformação jurídica”.⁴⁰¹

Em relação ao conceito de autorregulamentação social, relativamente ao qual Wolfgang Hoffmann-Riem afirma que seriam decorrentes de regras criadas para o comportamento social autônomo por parte da sociedade (citando, como exemplo as *regras informais* de civildade ou bons costumes). Por sua vez, o autor afirma que, já em relação aos “Códigos de conduta”, quando desenvolvidos por associações que esperam e exigem o cumprimento de seus membros (inclusive sob pena de penalidades), por tais razões, se revelam como um regulamentação social *formal* do comportamento privado. Como exemplo, o autor cita “o código para fornecedores de publicidade on-line do Conselho Alemão de Proteção de Dados na Publicidade On-Line, que é a instituição de autocontrole voluntário da indústria de publicidade digital”.⁴⁰²

Por fim, ao final do seu artigo, Wolfgang Hoffmann-Riem também examina os conceitos de “Regulamentação Híbrida”⁴⁰³, analisa exemplos de autocomprometimentos que são adotados para evitar sanções estatais⁴⁰⁴, – inclusive para expressamente mencionar que os regulamentos que são realizados a partir do estímulo gerado pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) europeu (que corresponde às políticas de Boas Práticas e Governança, conforme analisado acima, no contexto da LGPD brasileira) seriam exemplos do que ele define como sendo uma “autorregulamentação social regulamentada pelo Estados”⁴⁰⁵

⁴⁰¹ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital, *op. cit.*, 2019, p. 543.

⁴⁰² HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital, *op. cit.*, 2019, p. 544.

⁴⁰³ Em relação a este conceito, o autor define como sendo: “regulamentação híbrida nos casos em que uma regulação surge pela autorregulamentação social, mas órgãos estatais participam do desenvolvimento das regras e/ou da definição de sua relevância”. Como exemplo, ele cita “o Código de Proteção de Dados das companhias alemãs de seguros, elaborado em conjunto pela Confederação da Indústria de Seguros Alemã e pelas autoridades alemãs responsáveis pela proteção de dados, bem como pela Central dos Consumidores da Alemanha (vzbv, na sigla em alemão)”, que ele aponta que foi elaborado de maneira híbrida. (HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital, *op. cit.*, 2019, p. 545).

⁴⁰⁴ Em relação a este conceito, o autor aponta que seria “[u]ma combinação específica de interferência estatal e de exercício de influência para sua implementação encontra-se no âmbito dos compromissos jurídicos assumidos de forma voluntária pelos atores privados, mas estimulados pelo Estado”. Como exemplo, dentro da área da TI, o autor afirma que existem tais autocomprometimentos voluntários em reação a objeções por parte do controle de cartéis. (HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital, *op. cit.*, 2019, p. 546).

⁴⁰⁵ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital, *op. cit.*, 2019, p. 547.

– e, por fim, o autor analisa o que ele denominou como sendo “particularidades na aplicação de termos e condições gerais”.⁴⁰⁶

Apesar da longa análise feita acima, acerca do artigo de Wolfgang Hoffmann-Riem, a intenção foi precisamente buscar demonstrar como a ambiência da internet e, sobretudo, das Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs) em geral, está constantemente gerando novos desafios a qualquer proposta de regulação – e parece bem nítido que a heterorregulação estatal, por si só, está longe de dar conta desses desafios.

Razão pela qual, a adoção de um modelo compreendido como metarregulatório (que busca conformar as mais diversas formas de *auto-organização/autorregulação/autorregulamentação* e própria regulado pelo Estado – para se utilizar das acepções utilizadas por Wolfgang Hoffmann-Riem), revela-se como o mais adequado para a dinâmica protetiva exigida pelo direito à proteção de dados pessoais, enquanto uma espécie de direito da personalidade, bem como um direito fundamental, expressamente assegurado pela Constituição.

Assim, de modo a pretender sintetizar a proposta acerca da capacidade dessa compatibilização entre os modelos da heterorregulação estatal, as iniciativas de autorregulação pelo mercado e alternativas apresentadas pela via da própria tecnologia (que se denomina aqui como um modelo de metarregulação), dentro do contexto específico da dinâmica de proteção a dados pessoais, apresenta-se um pequeno resumo:

- **heterorregulação estatal:** refere-se às normas protetivas, prescritas pela legislação (como uma forma de regulação pelo p), mas também advindas da própria autoridade nacional (no caso brasileiro, pela ANPD), enquanto instituição responsável por implementar e fiscalizar o cumprimento da Lei em todo o território nacional (*ex vi*, art. 5º, inc. XIX, LGPD), mas que também deve dar orientações acerca da dinâmica protetiva e buscar conferir uma maior

⁴⁰⁶ Especificamente em relação aos termos e condições gerais, o autor examina como “[e]m muitos casos, o caráter voluntário do consentimento chega perto de ser uma ficção” (temática já analisada no trabalho, acerca do modelo conhecido como “*notice-and-consent*”, especificamente no subcapítulo 2.4, quando examinados os fundamentos da proteção de dados pessoais). E o autor ainda prossegue para afirmar que “(...) existe uma espécie de coerção para a adesão. No caso de contratos, porém, a liberdade de decisão exige a liberdade de celebração, que é, ao mesmo tempo, uma condição para o funcionamento de mecanismos concorrenciais. Embora o consentimento acarrete uma celebração de contrato do ponto de vista jurídico, esta equivale, de facto, a uma estipulação unilateral. Do ponto de vista dos usuários, isso não representa uma participação na autorregulação, mas uma regulamentação por parte da respectiva empresa”. (HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital*, *op. cit.*, 2019, p. 550-552).

uniformidade interpretativa acerca do conteúdo do direito à proteção de dados pessoais;

- **autorregulação pelo mercado:** refere-se à capacidade dos agentes de mercado criarem políticas e padrões de Boas Práticas e de Governança (*ex vi* art. 50, LGPD), notadamente a partir do que se costuma denominar de programas de *compliance*; e
- **regulação pela tecnologia:** refere-se às ferramentas tecnológicas (v.g., *softwares*, aplicações para dispositivos portáteis etc.) que reforçam e melhoram a proteção da privacidade e dos dados pessoais, costumeiramente denominadas pelo seu termo em inglês, *Privacy-Enhancing Technologies* (PETs) e que se relacionam com a metodologia *privacy by design*, pautada na ideia de que a proteção de dados pessoais deve orientar a concepção de produtos ou serviços, a partir da utilização de adoção de tecnologias que facilitem o controle e a proteção das informações pessoais.

Por fim, também se faz necessário enfrentar discursos contrários daqueles que focam exclusivamente nos encargos e na elevação de custos dos processos de adequação.

Um primeiro argumento, trazido por Stefano Rodotà, é feito por analogia e em comparação com outros importante exemplos de direitos fundamentais. Conforme observa o autor, “[a]s empresas já suportam custos por conta da tutela de interesses gerais, relacionados à segurança dos trabalhadores, tutela dos consumidores ou integridade do meio ambiente. Não se pode estimar que os interesses ligados à proteção de dados sejam de ordem inferior”.⁴⁰⁷

Compreende-se e defende-se aqui, como uma das conclusões deste trabalho, que a LGPD deve ser vista como “uma caixa de ferramentas” – em alusão aos diversos mecanismo que compõe o modelo da metarregulação – e também como um convite para que os agentes de tratamento (sejam eles públicos ou privados), no exercício de suas atividades econômicas, a utilizem para dar segurança jurídica para o exercício de atividades de tratamento de dados pessoais.

Para ilustrar essas duas mentalidades, que se pode dizer que são até antagônicas acerca do processo de conformidade com as normas regulatórias e protetivas da Lei Geral de

⁴⁰⁷ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*, *op. cit.*, 2008, p. 53.

Proteção de Dados, o Bruno Bioni, em coautoria com Maria Oliveira Gomes, elaboraram um quadro comparativo dessas visões contrastantes. Veja-se:

DUAS MENTALIDADES DE PROCESSO DE CONFORMIDADE À LGPD	
UMA OBRIGAÇÃO LEGAL	UMA JANELA DE OPORTUNIDADE
Manutenção e revisão dos produtos existentes.	Criação de novos produtos e revisão de modelo de negócio ou política pública.
Análise estanque centrada no diagnóstico de riscos.	Análise dinâmica centrada no que a organização pode gerar de valor.
Gestão baseada em mitigação de risco.	Gestão baseada em inovação.
Reputação com base no medo de sanções.	Reputação com base em dar mais transparência ao uso dos dados.
- inovação - competitividade - reputação	+ inovação + competitividade + reputação

LGPD- LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS.
 FONTE: ELABORADO EM COAUTORIA COM MARIA CECLILIA OLIVEIRA GOMES, AUTORA DE PARA ALÉM DE UMA OBRIGAÇÃO LEGAL- O QUE A METODOLOGIA DE BENEFÍCIOS E RISCOS NOS ENSINA SOBRE O PAPEL DOS RELATÓRIOS DE IMPACTO À PROTEÇÃO DE DADOS, 2019.

Figura 3 – Duas mentalidades de processo de conformidade à LGPD. Fonte: Bruno Bioni (2019).⁴⁰⁸

Como já dito anteriormente, quando do exame dos programas de *compliance*, destacou-se como investir no processo de conformidade (a partir da adoção de mecanismos efetivos e de políticas de Boas Práticas e de Governança) se apresenta como um importante investimento por parte dos agentes de tratamento, não apenas para mitigação dos riscos de surgimento de incidentes e das possíveis sanções, mas, também, a partir de ganhos reputacionais que, por consequência, também se traduzem como um fundamental diferencial competitivo.

Ainda, como se buscou analisar e frisar ao longo dos três capítulos deste trabalho, a LGPD não é incompatível com o desenvolvimento econômico, tecnológico e com o fomento à inovação. Muito pelo contrário. Como um regulação geral, reconhecendo as complexidades de uma sociedade movida por dados, a LGPD busca conferir maior eficiência para os agentes que realizam tratamento de dados, sobretudo, para garantir maior segurança jurídica (com definição de hipóteses que justificam a realização do tratamento, inclusive, a partir de uma “cláusula aberta”, que é a dos legítimos interesses, o qual demanda cuidados redobrados pelo agente que o adotar [como em observância dos princípios da ponderação e da precaução], mas que reconhece o potencial inovador dos mais diferentes modelos de negócios da

⁴⁰⁸ Figura extraída da página do autor, Bruno Bioni. Artigo de opinião “**Inovar pela Lei**”, publicação de **08 de agosto de 2019**. Disponível em: <https://brunobioni.com.br/blog/2019/08/08/inovar-pela-lei/>. Acesso em 01.09.2022.

Sociedade Informacional).

Além disso, o direito básico da portabilidade de dados – para além ser uma maneira conferir um efetivo controle aos titulares de dados pessoais – também se apresenta como uma nova forma de se estimular a competição entre os diferentes agentes de mercado, na medida em que o titular poderá ter elementos (informações sobre si mesmo) para barganhar melhores oportunidades de contratações (por exemplo, no contexto de contratações de seguro, onde o titular contratante vai poder “levar consigo” seus dados relativos a um bom histórico de sinistralidade etc.; da mesma forma em relação às diversas operações financeiras e tantas outras oportunidades imagináveis e concretamente realizáveis, a partir do exercício do direito de portabilidade de dados pessoais).⁴⁰⁹

Além disso, como também defendido e frisado por Bruno Bioni, a LGPD foi um passo muito importante para as aspirações do Brasil, de um dia se tornar membro da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).⁴¹⁰

Enfim, o quadro colacionado acima, que apresenta as “duas mentalidades de processo de conformidade à LGPD” ilustra precisamente isso. São por essa razão que se afirma que as críticas feitas por aqueles focam exclusivamente nos encargos e na elevação de custos dos processos de adequação, na realidade, em grande parte, só servem para demonstrar o completo desconhecimento acerca das potencialidades da legislação.

⁴⁰⁹ Não se olvida que já há normas protetivas setoriais (como nos exemplos de seguros e relações com instituições financeiras) que buscam conferir esse mesmo direito e garantia. Entretanto, como ressaltado, a LGPD tem como característica distintiva um caráter normativo também procedimental (que busca garantir ao titular de dados pessoais como exercer seus direitos básicos e, na hipótese de descumprimento ou violações, apresenta fundamentos sólidos para acionamento da ANPD ou, então, de ingresso com demanda perante o Poder Judiciário).

⁴¹⁰ BIONI, Bruno Ricardo (org.). **Proteção de dados: contexto, narrativas e elementos fundantes**. – 1. ed. – Curitiba: Editora Appris, 2022, p. 49-51. Texto este que foi originalmente publicado no Jornal Valor Econômico, de 19 de julho de 2018.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve como ponto de partida a Sociedade Informacional e a temática da privacidade, com o objetivo de analisar os desafios vivenciados neste presente séc. XXI, em um contexto digital e globalizado da sociedade dita pós-moderna. Como visto, neste cenário, a informação pessoal ganhou grande escala de tratamento, especialmente em razão do advento da internet e do comércio eletrônico, o que acabou por gerar em um inegável aumento do valor social e econômico que se dá em relação aos dados pessoais.

Como visto, a temática da privacidade, seus desdobramentos e necessidade de sua proteção está longe de ser algo novo no âmbito jurídico (seja no contexto nacional ou internacional). Porém, justamente em razão do rápido avanço tecnológico recente, especialmente em razão do surgimento de inovações “disruptivas”, e de desenvolvimento de novos mecanismos de coleta e processamento em grande escala de dados pessoais, a temática ganhou uma nova e especial relevância.

As discussões relativas à compreensão, proteção e preservação das informações pessoais estão por todos os lugares (e não restrita apenas ao âmbito acadêmico). Com o presente estudo, buscou-se destacar a importância e necessidade de superação da concepção de direito à privacidade como sendo apenas o “direito a ser deixado só”, notadamente para que seja possível um enfrentamento mais adequado dos desafios da contemporaneidade.

Neste sentido, verifica-se grande parte do mundo ocidental já passou por uma mudança de paradigma com relação à privacidade e até culminar em um dinâmica contemporâneo de proteção e tutela jurídica de dados pessoais, como um direito autônomo em relação ao direito à privacidade.

Verificou-se também que, recentemente, diante do reconhecimento da importância da edição de normas protetivas, como uma lei geral de proteção, o Brasil felizmente seguiu a mesma tendência das demais regulamentações sobre a matéria em outros países, fortemente influenciado principalmente pelo modelo europeu, que também teve suas normativas recentemente atualizadas, em maio de 2018, pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), em substituição da Diretiva 95/46/CE.

Assim, o recente advento da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), passou a ser um novo marco legal brasileiro de proteção, uso e

tratamento dados pessoais, em qualquer meio, com o objetivo de proteger direitos fundamentais, relacionados ao próprio direito à proteção de dados pessoais, notadamente e exemplificativamente, o valor da liberdade, o direito à privacidade e ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Trata-se de uma regulamentação jurídica por meio de uma legislação técnica, mas que também traz princípios, direitos e obrigações relacionadas ao uso de um dos ativos mais valiosos da sociedade digital, que são as bases de dados relacionados às pessoas naturais.

Este estudo também analisou como a normatização dita ambivalente (procedimental e substancial) acerca da tutela jurídica dos dados pessoais busca ser capaz de dar conta, ao mesmo tempo: i) do reconhecimento da proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo (inclusive recém expressamente positivado no texto constitucional pela EC nº 115/2022); e ii) do reconhecimento das atividades de tratamento de dados pessoais como uma atividade de risco.

Só que ainda mais do que isso.

Este trabalho também buscou tentar corroborar o entendimento no sentido de que o estabelecimento de marcos normativos, tal como a LGPD (no contexto brasileiro), são fundamentais para propiciar uma segurança jurídica e que é exigida por todos os envolvidos neste modelo de economia digital, que é própria e característica da Sociedade Informacional.

Explicitou-se que como a LGPD tem o desafio de dar conta de uma *dupla função*: de não só garantir a privacidade e outros direitos fundamentais, mas também fomentar o desenvolvimento econômico.

Por isso que, primeiramente, buscou-se demonstrar como os debates sobre a (des)necessidade de regulamentação das atividades de tratamento de dados pessoais deve ser superado – em superação da antiquada e inadequada visão binária e maniqueísta de “*regulation vs. deregulation*” – e que a positivação de direitos individuais que visam à limitação das atividades de tratamento e circulação das informações pessoais (dentro de certos limites e parâmetros, que não implique na inviabilização da livre iniciativa, do desenvolvimento econômico, tecnológico e do surgimento de inovações) se faz necessária.

Só que se frisa: dentro de uma concepção de intervenção, portanto, que se pauta pelo *Paradigma da Intervenção Sensata*, que pondera os interesses e harmoniza os fundamentos

definidos e assegurados pela Constituição (paradigma este que privilegia o princípio fundante da dignidade da pessoa humana e que também como elemento distintivo o princípio da subsidiariedade).

Assim, buscou-se demonstrar que não se trata de querer limitar o fluxo informacional de maneira a querer retornar ao modelo anterior ao contexto da Sociedade Informacional, tampouco de adotar medidas regulatórias em que implicarão, no final do dia, em medidas de desincentivo para o desenvolvimento econômico e surgimento de novas tecnologias (qualquer medida neste sentido, inegavelmente violaria o valor da livre iniciativa, como ressaltado, igualmente assegurado constitucionalmente).

Neste sentido, examinou-se como o modelo metarregulatório busca conformar o que há de melhor entre os modelos anteriores (isto é, da autorregulação e da heterorregulação, que aparentavam ser inconciliáveis, mas, na realidade, não são), notadamente a partir de uma perspectiva que reconhece que é possível uma interação e harmonização entre os modelos da heterorregulação estatal (a partir de normas protetivas e também advindas da autoridade nacional, instituição responsável pela fiscalização, implementação e orientações acerca do direito à proteção de dados pessoais) e das iniciativas de autorregulação pelo mercado (que também é estimulado a criar políticas de boas práticas e de governança, notadamente a partir do que se costuma denominar de programas de *compliance*), além das alternativas avindas pela via da própria tecnologia (a exemplo das diversas ferramentas conhecidas pela sigla, em inglês, *Privacy-enhancing technologies* (PET), que também se relacionam com as metodologias *Privacy by Design* e *Privacy by default*).

Importante registrar, entretanto, que a análise do que se compreende por um modelo “metarregulatório” não significa a superação das importantes teorias da regulação (como dito, busca-se abranger uma interação e harmonização entre os modelos da heterorregulação e as iniciativas de autorregulação). O prefixo “meta”, portanto, muito embora também tenha o sentido que exprime a noção de transcendência (assim como para o termo “metafísica”), para a presente pesquisa, se relaciona mais com a definição que exprime a noção de reflexão sobre si (como no caso do termo “metalinguagem”)⁴¹¹.

Assim, este trabalho destacou como as normas que visam à proteção dos titulares dos

⁴¹¹ Dicionário eletrônico de Língua Portuguesa Priberam. **Verbetes “meta”**. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/meta>. Acesso em: 14 de outubro de 2022.

dados pessoais (que também correspondem aos conceitos de cidadãos e sujeitos de direito), também podem ser muito úteis e necessárias, na medida em que servem igualmente para conferir maior segurança aos agentes envolvidos (sociais e econômicos, públicos ou privados); e, por fim, do mesmo modo, a incentivar o próprio desenvolvimento econômico e tecnológico (de modo a fomentar inovações, sem que isso implique em violações aos direitos da personalidade).

Assim, pensar sobre a dinâmica da proteção de dados pessoais, perpassa, necessariamente em se refletir sobre quais são os limites impostos aos agentes de tratamento de dados pessoais, buscando conjugar e harmonizar o livre fluxo informacional com a garantia e proteção dos direitos dos titulares. Vale dizer: em como garantir e concretizar a autodeterminação informativa do titulares de dados pessoais. Ainda que, necessário ressaltar que este trabalho, devido aos recortes metodológicos e limitações da pesquisa, focou na dimensão individual da autodeterminação informacional, sendo possível expandir bastante a discussão quando se pensa no conceito de autodeterminação em sua dimensão coletiva.

Por fim, este trabalho também pretendia demonstrar como a LGPD deve ser vista como uma espécie de “caixa de ferramentas” e como um convite para que os agentes de tratamento (sejam eles públicos ou privados), no exercício de suas atividades econômicas, a utilizem para conferir maior segurança jurídica ao regular exercício das suas atividades de tratamento de dados pessoais.

Em suma: este estudo buscou analisar a importância do reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo (de suma importância para a tutela da pessoa humana no contexto contemporâneo) e, finalmente, ao buscar desafiar os discursos contrários daqueles que focam exclusivamente nos encargos e na elevação de custos dos processos de adequação (para tentar desconstruí-los), buscou-se demonstrar como que este “novo” direito também deve ser visto como uma janela de oportunidade e de inovação pelos agentes econômicos envolvidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7. ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARCHENGAS, João Victor. Estado de emergência digital: regulando *fake news* durante a pandemia. **Portal eletrônico JOTA** de 08.05.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-emergencia-digital-regulando-fake-news-durante-a-pandemia-08052020>. Acesso em agosto de 2022.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da internet e da sociedade da informação**. – Rio de Janeiro: Forense, 2002.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, J. **Responsive Regulation: transcending the deregulation debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992.

BASAN, Arthur Pinheiro; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A proteção de dados pessoais e a concreção do direito ao sossego no mercado de consumo. **civilistica.com**, a. 9., n. 3., 2020.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a outra modernidade. trad. Sebastião Nascimento. – São Paulo: Editora 34, 2011.

BENNETT, Colin J. **Regulating Privacy: data protection and public policy in Europe and the United States**. Cornell University Press, 1992.

BERNSTEIN, Peter L. **Against the Gods: The Remarkable Story of Risk**. New York: John Wiley & Sons, 1996.

BETTIOL, Heloisa Meirelles. Implicações do Big Data na análise de atos de concentração. Uma breve análise do caso Facebook/Whatsapp. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Ângelo Gamba Prata de (Coord.). **Empresa, mercado, tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 235-254.

BINNS, Reuben. Data Protection Impact Assessments: a meta-regulatory approach. *In International Data Privacy Law*, v. 7, n. 1, 2017. p. 22-35. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2964242>. Acesso em 06.09.2022.

BIONI, Bruno Ricardo (org.). **Proteção de dados**: contexto, narrativas e elementos fundantes. – 1. ed. – Curitiba: Editora Appris, 2022.

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

BIONI, Bruno Ricardo; LUCIANO, Maria. O princípio da precaução na regulação de inteligência artificial: seriam as leis de proteção de dados o seu portal de entrada? *In: Inteligência Artificial E Direito - Ética Regulação E Responsabilidade*. – 2. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BIONI, Bruno. De 2010 a 2018: a discussão brasileira sobre uma lei geral de proteção de

dados. **Portal eletrônico JOTA, de 02/07/2018.** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/de-2010-a-2018-a-discussao-brasileira-sobre-uma-lei-geral-de-protecao-de-dados-02072018>.

BIONI, Bruno. **Xeque-Mate: o tripé de proteção de dados pessoais no xadrez das iniciativas legislativas no Brasil.** – Projeto de pesquisa Privacidade e Vigilância. São Paulo: Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas Para o Acesso à Informação da Universidade de São Paulo GPoPAI/USP, 2015.

BOEHME-NEßLER, Volker. *Privacy: a matter of democracy. Why democracy needs privacy and data protection.* **International Data Privacy Law**, 2016, Published on July 25, 2016.

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. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/330032180_Cambridge_Analytica_Ethics_And_Online_Manipulation_With_Decision-Making_Process. Acesso em 01.09.2022.

BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tássia. A. A curiosa tutela do direito à intimidade como “dever de intimidade”. **civilistica.com**, v. 9, n. 1, p. 1-35, 9 maio 2020.

BRANCO, Maurício de Melo Teixeira; BARROS, Renato da Costa Lino de; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. Fundamentação material dos direitos fundamentais na contemporaneidade. *In: SIQUEIRA, Natércia Sampaio. XEREZ, Rafael Marcílio. (orgs.). Desafios à concretização dos direitos fundamentais na sociedade da informação.* – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRITO, Dante Ponte de. Publicidade nas Redes Sociais e a violação à privacidade do consumidor. *In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (Coord.). Privacidade e sua compreensão no direito brasileiro.* Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 50-73.

BURK, Dan L. Algorithmic Fair Use. **The University of Chicago Law Review**, p. 283- 307, 2019.

BUSATTA, Eduardo Luiz. Do dever de prevenção em matéria de proteção de dados pessoais. *In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo. (Coord.). Direito Civil e tecnologia.* – Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 25-56.

CANTALI, Fernanda Borghetti. A Dignidade da Pessoa Humana e a Tutela Geral Da Personalidade: Tutela promocional para além da protetiva e o Direito à privacidade em épocas de *reality shows*. *In: Direitos Fundamentais & Justiça*, nº 12 – jul./Set. 2010.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O Direito Geral de Personalidade.** Coimbra: Coimbra, 1995.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** Vol. I. 8. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2005.

CASTELLS, Manuel. **The rise of the network society.** 2. ed. vol. I. – Oxford: Blackwell, 2000.

CORRÊA, Rafael. Do direito de estar só à autodeterminação informativa: a evolução da disciplina legal da privacidade sob o enfoque dos direitos da personalidade e sua conformação como fundamento da tutela de dados pessoais. *In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet*. Curitiba-PR. Ano XII, n. 21, jul. dez./ 2019. ISSN 2175-7119.

CUEVA, Bôas Villas Ricardo. A insuficiente proteção de dados pessoais no Brasil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 13, ano 3. p. 59-67. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2017.

CUEVA, Bôas Villas Ricardo; FRAZÃO, Ana. (coord.). *Compliance e Política de Proteção de Dados*. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. – 2. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

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.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. *In*: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. – Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FERREIRA, Rafael Freire. **Autodeterminação informativa e privacidade na sociedade da informação**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais - Noções introdutórias para compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. p. 23-52. *In*: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo. OLIVA, Milena Donato. (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. - 1. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FRAZÃO, Ana. O negócio das *fake news* e suas repercussões. **Portal eletrônico JOTA** de 22.07.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-negocio-das-fake-news-e-suas-repercussoes-22072020>. Acesso em agosto de 2022.

FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Ângelo Gamba Prata de (Coord.). **Empresa, mercado, tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo. OLIVA, Milena Donato. (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. - 1. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Proteção jurídica de dados pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o Mercado. **Revista da Faculdade de Direito -**

UFPR, n. 47, - Curitiba, 2008, p. 141-153.

GELLERT, Raphaël. We have always managed risks in data protection law: Understanding the similarities and differences between the rights-based and the risk-based approaches to data protection. *In: European Data Protection Law Review*. Vol. 2, n.º. 4., 2016. p. 481-492.

GELLERT, Raphaël. Why the GDPR risk-based approach is about compliance risk, and why it's not a bad thing, **Trends and Communities of legal informatics: IRIS 2017 - Proceedings of the 20th International Legal Informatics Symposium**. Schweighofer, E., Kummer, F. & Sorge, C. (eds.). Austrian Computer Society, 2017, p. 527-532.

GOMES, Maria Cecília O. Entre o método e a complexidade: compreendendo a noção de risco na LGPD. *In: Temas atuais de proteção de dados*. PALHARES, Felipe (Coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p 245-271.

GOMES, Maria Cecília O. Relatório de Impacto a Proteção de Dados. Uma breve análise da sua definição e papel na LGPD. **Revista do Advogado AASP**. n. 144 – São Paulo, 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/41160034/Relat%C3%B3rio_de_Impacto_a_Prote%C3%A7%C3%A3o_de_Dados_Pessoais_uma_breve_an%C3%A1lise_da_sua_defini%C3%A7%C3%A3o_e_papel_na_LGPD. Acesso em 30 de agosto de 2022.

GOULART, Guilherme Damasio. Por uma visão renovada dos arquivos de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 107. ano 25. p. 447-482. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2016.

GREENLEAF, Graham and COTTIER, Bertil, 2020 Ends a Decade of 62 New Data Privacy Laws (January 29, 2020). (2020) 163 **Privacy Laws & Business International Report** 24-26, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3572611>.

HARARI, Yuval N. **21 lessons for the 21st century** (e-book). New York: Spiegel & Grau, 2018.

HARARI, Yuval Noah. Sapiens. **Uma breve história da humanidade**. Trad. Janaína Marco Antonio. Porto Alegre, RS: L&PM, 2016.

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.

HUPSEL, Francisco. **Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais**. – Salvador: JusPodivm, 2016.

IGO, Sarah E. **The Known Citizen: a history of privacy in modern America**. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press. 2018.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista Da Faculdade De Direito**. v. 94. –São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999.

KLOZA, D., VAN DIJK, N., GELLERT, R. M., BOROCZ, I. M., TANAS, A., MANTOVANI, E., & QUINN, P. **Relatórios de impacto à proteção de dados na União Europeia: complementando o novo marco regulatório em direção a uma proteção mais robusta dos indivíduos**. Tradução por Data Privacy Brasil. d.pia.lab Policy Brief, (1/2017),

1-4. 2017. Disponível em: <https://www.dataprivacybr.org/wp-content/uploads/2020/06/E-BOOK-CONTRIBUIÇÃO-DPBR-INTELIGÊNCIA-ARTIFICIAL-FINAL.pdf>

KONDER, Carlos Nelson. Privacidade e corpo: convergências possíveis. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 354-400, mai./ago. 2013.

KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. Da vulnerabilidade à hipervulnerabilidade: exame crítico de uma trajetória de generalização. **Int. Públ.** – **IP**, Belo Horizonte, ano 23, n. 127, p. 53-68, maio/jun. 2021.

KONDER, Carlos Nelson; LIMA, Marco Antônio de Almeida. *Geopricing, Geoblocking e discriminação algorítmica: pode a localização ser um dado sensível?* In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo. (Coord.). **Direito do consumidor e novas tecnologias**. – Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 59-86.

KRAUS, Rebecca S. Statistical Déjà Vu: The National Data Center Proposal of 1965 and Its Descendants. **Journal of Privacy and Confidentiality**. 5, Number 1, 2013, p. 1–37.

LANA, Alice de Perdigão. **Mulheres expostas: revenge porn, gênero e o marco civil da internet** [meio eletrônico]. **Dissertação (mestrado)** – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2018.

LEINER, Barry M; CERF, Vinton G; *et al.* Brief History of the Internet. **Internet Society**. 1997. Disponível em: <https://www.internetsociety.org/resources/doc/2017/brief-history-internet/>. Acesso em agosto de 2022.

LEMOS, Thales de Melo e. Gigantes de Internet. Novas formas de poder empresarial e desafios para o Direito Antitruste. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). **Empresa, mercado, tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 201-216.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. (coord.). **Comentários à lei geral de proteção de dados: Lei n. 13.709/2018, com alteração da lei n. 13.853/2019**. – São Paulo: Almedina, 2020.

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.

LIMA, Taisa Maria Macena de; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. Inteligência artificial e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: o Direito à explicação nas decisões automatizadas. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil** | Belo Horizonte, v. 26, p. 227-246, out./dez. 2020.

LÔBO, Paulo. Direito à privacidade e sua autolimitação. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (Coord.). **Privacidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 15-31. ISBN 978-85-450-0694-7.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

LONGHI, Isabel Carvalho Sica [*et. al.*] (coord.). **Direito e novas tecnologias**. – São Paulo: Almedina, 2020.

LONGO, Julio. **O coma da privacidade**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LÓSSIO, Cláudio Joel Brito. **Proteção de dados e *compliance* digital**. – 1. ed. – São Paulo: Almedina, 2021.

LYON, David. **The Information Society: Issues and Illusions**. – Cambridge: Polity Press. 1988. ISBN: 978-0-745-60369-8.

LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós Moderna**. trad. Ricardo Corrêa Barbosa. – 12. ed. – Rio de Janeiro: José Olympio, 2009.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Ópice (coord.). **Comentários ao GDPR: Regulamento Geral de Proteção da União Europeia**. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Coord.). **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019** – São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

MARQUES, Claudia Lima. Proteção do consumidor no âmbito do comércio eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 23, 2003.

MARQUES, Claudia Lima. Proteção do Consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado, p. 825-882. *In*: WALD, Arnold (org.). **Direito empresarial: teoria geral**, v. 1. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Diálogos entre a Lei Geral de Proteção de Dados e Lei de Acesso à Informação. *In*: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo. OLIVA, Milena Donato. (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. - 1. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 199-218.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Generational development of data protection in Europe. *In*: P. E. Agre; M. Rotenberg (Orgs.); **Technology and privacy: the new landscape**. p. 219-241, 1997. Cambridge, MA, USA: MIT Press.

MATOS, Karla Cristina da Costa e Silva. **O valor econômico das informações nas relações de consumo**. – São Paulo: Almedina, 2012.

MECABÔ, Alex. **Para Além Da Privacidade: Proteção De Dados Pessoais E Desafios À Regulação. Dissertação (Mestrado)**. – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2021.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. **Pensar**, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-18, out./dez. 2020.

MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: um modelo de aplicação em três níveis. **Caderno Especial LGPD**. – São Paulo: Ed. RT, nov. 2019, p. 35-56.

MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais. *In*: MARQUES, Claudia Lima; GSELL, Beate. **Novas tendências do direito do consumidor: rede Alemanha-Brasil de pesquisas em direito do consumidor**. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 105, p. 1-30, 2016.

MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 79, p. 45-81, 2011.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. – São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDES, Laura Schertel. Segurança da informação, proteção de dados pessoais e confiança. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 90, p. 245- 260, 2013.

MILLS, Jon L. **Privacy: the lost right**. New York: Oxford University Press, 2008.

MOISÉS, José Álvaro. **Democracia e confiança: por que os Cidadãos Desconfiam das Instituições Políticas?** – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. *In*: VIEIRA, José Ribas (org.) **20 anos da Constituição Cidadã de 1988**. – Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann; CUELLAR, Leila. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MOROZOV, Evgeny. **Big Tech: a ascensão e a morte da política**. Trad. Por Claudio Marcondes. São Paulo: Ubu Editora, 2018. ISBN: 978 85 7126 012 2.

Mulholland, C. S. (Org.) **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil**. – Porto Alegre: Editora Arquipélago, 2020.

Mulholland, C. S. Dados Pessoais sensíveis e a tutela de Direitos Fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral De proteção De Dados (Lei 13.709/18). p. 159-180. **Rev. Dir. e Garantias Fundamentais**, 19, 2018.

MUSIL, Robert. **O Homem Sem Qualidades**. – 1. ed. – Editora Nova Fronteira, 2021.

NISSENBAUM, Helen Fay. **Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life**. – California: Stanford University Press, 2010.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça à democracia. trad. Rafael Abraham. 1. ed. – Santo André, SP: Editora Rua do Sabão, 2020.

OLIVEIRA, Ricardo Alexandre de. Lei geral de proteção de dados pessoais e seus impactos no ordenamento jurídico. **Revista dos Tribunais**, vol. 998, p. 241 – 26, dez./2018.

OLIVEIRA, Ricardo. COTS, Márcio. (coord.). **O legítimo interesse e a LGPD**: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. – 1. ed. – São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

PARSONS, Christopher; BENNETT, Colin J. and Molnar, Adam 2015, Privacy, surveillance, and the democratic potential of the social web. *In*: Roessler, Beate and Mokrosinska, Dorota

(ed), **Social dimensions of privacy: interdisciplinary perspectives**, Cambridge University Press, Cambridge, Eng., pp.202-222. DOI: 10.1017/CBO9781107280557.012.

PASQUALE, Frank. **The black box society. The secret algorithms that control money and information**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

PEIXOTO, Erick Lucena Campos; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Breves notas sobre a ressignificação da privacidade. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil** – Belo Horizonte, v. 16, p. 35-56, abr./jun. 2018.

PEIXOTO, Erick Lucena Campos; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Os desafios da compreensão do direito à privacidade no sistema jurídico brasileiro em face das novas tecnologias. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (Coord.). **Privacidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro – Ed. Renovar, 2008.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s)**. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. O valor social da livre iniciativa e a função social dos contratos na MP 881. **Portal Jota**. 15/05/2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-valor-social-da-livre-iniciativa-e-a-funcao-social-dos-contratos-na-mp-881-15052019>. Acesso em agosto de 2022.

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: 01. 09. 2022.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.707/2018 (LGPD)**. ed. *e-book* – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

POULLET, Yves. About the E-Privacy Directive: Towanis a Third Generation of Data Protection Legislation? *In*: POULLET, Yves et ai. (Org.). **Data Protection in a Profiled World**. Dordrecht: Springer, 2010.

PROSSER, William L. Privacy. *In*: **California Law Review**, v. 48 i. 3, p. 383-423, 1960.

QUELLE, Claudia. Does the risk-based approach to data protection conflict with the protection of fundamental rights on a conceptual level? **Tilburg Law School Research Paper**, p. 1-36, 2015.

QUELLE, Claudia. Enhancing Compliance under the General Data Protection Regulation: The Risky Upshot of the Accountability and Risk-based Approach. *In* **European Journal of Risk Regulation**. Vol. 9:3, 2018. p. 502-526.

RAJAN, Amala; NASSIRI, Nasse; AKRE, Vishwesh [*et. al.*]. Virtual Reality Gaming Addiction. **The Fifth HCT INFORMATION TECHNOLOGY TRENDS (ITT 2018)**,

Dubai, UAE, 2018, p. 358-363. DOI: 10.1109/CTIT.2018.8649547. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/331347512>. Acesso em 01.09.2022.

RECUERO, Raquel. **Redes sociais na internet**. – Porto Alegre: Sulina, 2009.

REIS, Paulo Vitor Alfeo. **Algoritmos e o Direito**. – São Paulo: Almedina, 2020.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. **Direito dos Contratos: estudos**. – Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

RÖDER, Marcus Paulo. LANA, Pedro de Perdigão. A cláusula aberta dos interesses legítimos e as autoridades nacionais: análise comparativa entre LGPD e RGPD. *In*: WACHOWICZ, Marcos. **Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do direito comparado**. – Curitiba: Gedai, UFPR, 2020. p. 210-241.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje**. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade. *In*: TOFFOLI, José Antonio Dias. **30 anos da constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições**. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Do príncipe Bismarck à princesa Carolina de Mônaco: vida privada das pessoas célebres e as liberdades comunicativas no Direito Civil. *In*: CASSETARI, Christiano (Org.). **10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: Estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 111-125, 2013.

RÖESSLER, Beate. Should personal data be a tradable good? On the moral limits of markets *In* privacy. n B. Roessler & D. Mokrosinska (Eds.), **Social Dimensions of Privacy: Interdisciplinary Perspectives**. – Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 141-161. doi:10.1017/CBO9781107280557.009

SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça: o privado e o público na vida social e histórica**. Recife: Atlântica, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. Princípios e fundamentos jurídicos. – 3. ed. – São Paulo: Quartier Latin, 2021.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A suprema inviolabilidade: a intimidade informática e o sigilo bancário. *In*: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida; TALIBA, Rita. Lei geral de proteção de dados no Brasil e os possíveis impactos. **Revista dos Tribunais**. vol. 998, p. 225-239, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. – 9. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de direito constitucional**. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

- SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. - São Paulo: Atlas, 2013.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.
- SIBILIA, Paula. **La intimidad como espectáculo**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013.
- SILVA, Manuela Pereira Galvão da. **Autodeterminação existencial: uma análise sob a perspectiva do direito civil-constitucional [meio eletrônico] Dissertação (Mestrado)**. Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2021.
- SOLOVE, Daniel J. **Understanding privacy**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2008.
- SOUZA LIMA, Fernando Rister de. SMANIO, Gianpaolo Poggio (Coord.). **Proteção de Dados, Compliance e Insider Trading** – 1. ed. – São Paulo: Almedina, 2021.
- SPINA, A. A Regulatory Marriage de Figaro: risk regulation, data protection, and data ethics. *In European Journal of Risk Regulation*, 8, 2017, p. 88-94.
- SRNICEK, Nick. **Capitalismo de Plataformas**. 1. ed. – Buenos Aires: Caja Negra, 2021.
- SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **A lei geral de proteção de dados brasileira: uma análise setorial (volume I)**. – 1. ed. – São Paulo: Almedina, 2021.
- TORRES, Antonio Carlos Esteves. Direito do Consumidor: visão empresarial, p. 753- 780. *In: WALD, Arnold (org.). Direito empresarial: teoria geral*, v. 1. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- WACHOWICZ, Marcos. **Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do direito comparado**. – Curitiba: Gedai, UFPR, 2020.
- WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. **Revista Ciência da Informação**, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000. ISSN 0100-1965. <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-19652000000200009>.
- 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.
- ZANATTA, Rafael A. F. **Proteção de dados pessoais como regulação de risco: uma nova moldura teórica?** I Encontro da Rede de Pesquisa em Governança da Internet, Rio de Janeiro, 14 de novembro de 2017. Disponível em: http://www.redegovernanca.net.br/public/conferences/1/anais/ZANATTA,%20Rafael_2017.pdf. Acesso em agosto de 2022.
- ZIMMERMANN GHISLENI, J. GDPR and The Risk-Based Approach to Corporate

Governance: The First Measure for the Controller to apply the principles. **e3 - Revista de Economia, Empresas e Empreendedores na CPLP**, [S. l.], v. 8, n. 1, p. 103–126, 2022. Disponível em: <https://revistas.ponteditora.org/index.php/e3/article/view/618>. Acesso em: 28 de agosto de 2022.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na fronteira do poder**. trad.: George Schlesinger. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.