

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Bernardo Menicucci Grossi

**O DESAFIO DA REGULAÇÃO DOS DADOS PESSOAIS:
entre a autonomia e a heteronomia**

Belo Horizonte

2022

Bernardo Menicucci Grossi

**O DESAFIO DA REGULAÇÃO DOS DADOS PESSOAIS:
entre a autonomia e heteronomia**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli

Área de concentração: Direito Privado

Belo Horizonte

2022

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Grossi, Bernardo Menicucci
G878d O desafio da regulação dos dados pessoais: entre a autonomia e a heteronomia / Bernardo Menicucci Grossi. Belo Horizonte, 2022.
204 f.

Orientador: Leonardo Macedo Poli
Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Brasil. Lei geral de proteção de dados (2018). 2. Direitos da personalidade - Brasil. 3. Privacidade. 4. Proteção de dados pessoais - Aspectos jurídicos - Brasil. 5. Regulação jurídica. 6. Autonomia - Aspectos jurídicos - Brasil. 7. Direito ao esquecimento. I. Poli, Leonardo Macedo. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.121

Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Paim Brito - CRB 6/2999

Bernardo Menicucci Grossi

**O DESAFIO DA REGULAÇÃO DOS DADOS PESSOAIS:
entre a autonomia e heteronomia**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito Privado

Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli - PUC Minas - (Orientador)

Prof^a. Dr^a. Taisa Maria Macena de Lima - PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Rodrigo de Almeida Magalhães - PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Sérgio Augusto Pereira Lorentino - UFTO (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Bruno Torquato Zampier Lacerda - Supremo IDDE (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2022.

À memória de Silvio Grossi e Hilda de Carvalho Grossi, por tudo o que fizeram por
mim e minha família.

E também à Carolina, por ser uma mulher forte, audaz, determinada, e por
representar a expressão máxima do meu amor e admiração.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por me conceder todas as oportunidades de aprendizado e aprimoramento pessoal, acadêmico e profissional, em especial aquelas que momentaneamente não pude compreender e que se tornaram grandes lições de vida.

À minha amada esposa, Carolina, e aos nossos filhos Gustavo e Victor, pelo apoio, pela compreensão, e por consistirem no maior motivo de minha perseverança.

À minha mãe, Ângela, meu grande exemplo. E ao meu pai, Silvio, por seu irrestrito apoio.

Ao meu orientador, Professor Leonardo Poli, cujo conhecimento, cultura e percepção servem de grande inspiração para todos aqueles que com ele têm o privilégio de conviver e, em especial, por aceitar o desafio de me orientar nesta pesquisa, contribuindo, sobremaneira, para o seu desenvolvimento, aprofundamento e constante questionamento.

Aos Professores do PPGD da PUC Minas, em especial à Prof. Taísa Maria Macena de Lima, Prof. Rodrigo de Almeida Magalhães, Prof. Maria de Fátima Freire de Sá, Prof. Adriano Stanley Rocha Souza e Prof. Marciano Seabra de Godoi, com os quais tanto aprendi ao longo dos últimos anos, e que servem de inspiração profissional e acadêmica para tantos alunos e pesquisadores que, assim como eu, almejam ser dignos de uma fração de seu conhecimento.

Agradeço, também, a toda equipe acadêmica e administrativa da PUC Minas, escola na qual me graduei, me tornei mestre e me candidato ao doutoramento.

Agradeço ainda ao Prof. Breno Giovanni Adaid Castro e ao Prof. Felipe Lobato de Carvalho Mitre pelas sugestões dadas a esta pesquisa

Assim como aos colegas que me apoiaram acadêmica e profissionalmente durante o cumprimento dos créditos de doutoramento, dentre os quais destaco Rebeca Duarte Carrera, Stefanie Fontes Baião e Letícia Carvalho e Franco.

Si è già sottolineato come l'astrazione del soggetto fosse indispensabile per uscire dalla società degli status e aprire così la via al riconoscimento dell'eguaglianza. Quel che va respinto è un uso politico che ha via via sterilizzato la forza storica e teorica di quell'invenzione, riducendo il soggetto a uno scheletro che isolava l'individuo, lo separava da ogni contesto, faceva astrazione dalle condizioni materiali. Perciò era indispensabile intraprendere un diverso cammino. [...]. Da qui la necessità di passare dal soggetto alla persona, intendendo quest'ultima come la categoria che meglio permette di dare evidenza alla vita individuale e alla sua immersione nelle relazioni sociali. Da qui, in definitiva, una nuova antropologia, espressa attraverso la costituzionalizzazione della persona. (RODOTÀ, 2007).

"Surveillance capitalism unilaterally claims human experience as free raw material for translation into behavioral data." (ZUBOFF, 2019).

RESUMO

Este estudo trata da definição, do enfrentamento e desenvolvimento do conceito de privacidade e da proteção de dados pessoais relacionados ao direito da personalidade. A metodologia utilizada para desenvolver este estudo incluiu as pesquisas, documental-jurídico-teórica, a bibliográfico-dogmática. Na pesquisa documental, consultaram-se documentos oficiais de órgãos e convenções nacionais e internacionais, constituições e farta legislação pertinente. Na pesquisa bibliográfica investigaram-se pressupostos teóricos de egrégios teóricos, em livros, artigos, periódicos, dissertações, teses manuscritos e em fontes virtuais que tratam da temática em tela. Para o arcabouço teórico da pesquisa discutiu-se a pertinência do conceito de autonomia privada utilizado como base para a argumentação sobre formulação de variáveis e a interpretação das relações que podem surgir entre elas e o objeto de estudo desta tese. O objetivo geral foi estudar a regulação dos dados pessoais com base na autonomia e na heteronomia e conferir maior segurança jurídica e aprimorar as técnicas existentes para a sua tutela. Para tanto, definiu-se discorrer sobre a regulação dos dados pessoais, tarefa que contou com o suporte da discussão entre autonomia e a heteronomia, destacando o direito à privacidade e à autodeterminação informativa na sociedade contemporânea, à sua vinculação aos direitos fundamentais e à análise de situações latentes envolvendo tutela individual e coletiva, critério de responsabilidade civil, regulação e autorregulação. Como objetivos específicos, destacaram-se o aprimoramento da política legislativa relacionada à proteção de dados pessoais e sua aplicação estruturante, a privacidade e a autodeterminação informativa à estruturação de modelos de negócio. Questionaram-se pressupostos teóricos anteriormente definidos e o resultado da discussão apontou para um novo panorama interpretativo do direito à privacidade e à autodeterminação informativa.

Palavras-chave: direito da personalidade; privacidade; proteção de dados pessoais; regulação; autonomia.

ABSTRACT

This study deals with the definition, confrontation and development of the concept of privacy and the protection of personal data related to personality rights. The methodology used to develop this study included the documental-legal-theoretical, bibliographical and dogmatic research. In the documentary research, we consulted official documents from national and international bodies and conventions, constitutions and abundant pertinent legislation. In the bibliographical research, we made use of theoretical assumptions by distinguished theorists in books, articles, periodicals, dissertations, manuscript theses and in virtual sources that deal with the theme in question. For the theoretical framework, we discussed about the pertinence of the concept of private autonomy, used as a basis for arguing the formulation of variables and the interpretation of relationships that may come out among them and the object of study of this thesis. The overall objective was to study the regulation of personal data based on autonomy and heteronomy, provide greater legal certainty and improve existing techniques for its protection. Therefore, we decided to argue about the regulation of personal data by incrementing a comparative discussion between autonomy and heteronomy, highlighting the right to privacy and informative self-determination in contemporary society, its link to fundamental rights and the analysis of latent situations involving individual and collective guardianship, criterion of civil responsibility, regulation and self-regulation. As specific objectives, the improvement of the legislative policy related to the protection of personal data and its structuring application, privacy and informative self-determination to the structuring of business models stood out. We questioned previously defined theoretical assumptions and the result of the argumentation pointed out to a new interpretative panorama of the right to privacy and informative self-determination.

Keywords: personality right; privacy; protection of personal data; regulation; autonomy.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANBC	Associação Nacional dos Bureaus de Crédito
ANEE	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANPD	Autoridade Nacional de Proteção de Dados
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ART.	Artigo
B2B	Business to business
BACEN	Banco Central do Brasil
CAGED	Cadastro Geral de Empregados e Desempregados
CC	Código Civil
CD	Conselho Diretor
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CGI	Comitê Gestor da Internet no Brasil
CIA	Central Intelligence Agency
CONAR	Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil
EC	Emenda Constitucional
EDPB	European Data Protection Board
FEBRABAN	Federação Brasileira de Bancos
GDPR	General Data Protection Regulation
HC	Habeas Corpus
IAPP	International Association of Privacy Professionals
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IN	Instrução Normativa
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais
MCI	Marco Civil da Internet
MP	Medida Provisória
NBR	Norma Brasileira
NSA	National Security Agency
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PL	Projeto de Lei
PLC	Projeto de Lei da Câmara dos Deputados
PLS	Projeto de Lei do Senado Federal
PROCON	Proteção e Defesa do Consumidor
PUC Minas	Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
RAIS	Relação Anual de Informações Sociais
RE	Recurso Extraordinário
RFB	Receita Federal do Brasil
RGPD	Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados
SENACON	Secretaria Nacional do Consumido
SMP	Serviço Móvel Pessoal
SPED	Sistema Público de Escrituração Digital
STF	Supremo Tribunal Federal
STFC	Serviço de Telefonia Fixo Comutado
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
TCLE	Termo de Consentimento Livre e Esclarecido

UERJ Universidade do Estado do Rio de Janeiro

USP Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	21
2	A TRANSFORMAÇÃO DIGITAL E O DESENVOLVIMENTO DAS RELAÇÕES SOCIAIS ENVOLVENDO DADOS PESSOAIS	29
3	PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS ENQUANTO DIREITO DA PERSONALIDADE	37
3.1	O embrião do direito da personalidade	40
3.2	Teoria clássica dos direitos da personalidade	51
3.3	O direito da personalidade na contemporaneidade	53
3.3.1	<i>A regulação da privacidade na tradição continental</i>	<i>61</i>
3.3.1.1	<i>Privacy Guidelines da década de 1980</i>	<i>62</i>
3.3.1.2	<i>Diretiva Europeia de 1995 e o Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu</i>	<i>64</i>
3.3.2	<i>A regulação da privacidade na tradição da common law.....</i>	<i>68</i>
3.3.3	<i>Privacidade, proteção de dados e autodeterminação informativa no espaço do não direito.....</i>	<i>68</i>
4	A REGULAÇÃO DA PRIVACIDADE NO BRASIL.....	73
4.1	Constituição Federal	73
4.2	Código Civil de 1916 e o de 2002.....	79
4.3	Código de Defesa do Consumidor	81
4.4	Marco Civil da Internet	83
4.5	Regulação difusa da privacidade e proteção de dados pessoais	86
5	LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	89
5.1	Princípios na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais	90
5.1.1	<i>Existem outros princípios aplicáveis ao tratamento de dados pessoais?</i>	<i>91</i>
5.2	Os fundamentos para o tratamento lícito de dados pessoais	94
5.2.1	<i>Consentimento.....</i>	<i>94</i>
5.2.2	<i>Cumprimento de obrigação legal ou regulatória</i>	<i>109</i>
5.2.3	<i>Tratamento e uso compartilhado de dados para a execução de políticas públicas pela administração pública</i>	<i>110</i>
5.2.4	<i>Realização de estudos por órgãos de pesquisa</i>	<i>111</i>
5.2.5	<i>Fase pré contratual e a execução de contrato.....</i>	<i>112</i>
5.2.6	<i>Exercício regular de direito em processo judicial, administrativo ou arbitral</i>	<i>112</i>
5.2.7	<i>Proteção da vida e da incolumidade física do titular ou de terceiro</i>	<i>113</i>
5.2.8	<i>Tutela da saúde por profissionais da saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária</i>	<i>114</i>
5.2.9	<i>Interesse legítimo do controlador.....</i>	<i>116</i>
5.2.10	<i>Proteção do crédito.....</i>	<i>124</i>
5.3	Existem outros fundamentos jurídicos aplicáveis ao tratamento lícito de dados pessoais?.....	126
5.4	Encarregado do tratamento de dados pessoais	126
5.5	Sistema de responsabilização civil: entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva	132

5.6	Boas práticas na proteção de dados pessoais	147
5.7	Sanções para o tratamento ilícito de dados pessoais.....	150
6	DESAFIOS DOS <i>BIG DATA</i> E DO <i>BIG ANALYTICS</i> PARA A REGULAÇÃO DOS DADOS PESSOAIS.....	153
6.1	O revés da privacidade enquanto liberdade negativa	157
6.2	A superação da autonomia em detrimento da regulação heterônoma	159
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	167
	REFERÊNCIAS	177

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico, que impulsionou a dinâmica das relações sociais nas últimas décadas, consideradas não apenas em seu aspecto privado, mas também no público, tem desafiado as concepções tradicionais de autonomia privada e do direito à privacidade, na medida em que os dados pessoais se tornam um dos elementos mais importantes da economia da informação (ZUBOFF, 2019).

Com o objetivo de propiciar uma melhor compreensão desse fenômeno e contextualizar o direito à proteção de dados pessoais de forma independente do direito à privacidade com a identificação, esta pesquisa tenciona identificar e possibilitar o aprimoramento da técnica regulatória contida na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, (BRASIL, [2022j]).

A propósito, foi exatamente a introdução dessa referida Lei que deixou mais clara a importância e as consequências da projeção da personalidade nos diversos atos da vida civil, em ambientes públicos e privados, enquanto os dados pessoais não apenas deixaram de constituir a representação do ser, mas também insumos para diversas atividades econômicas, sociais e políticas.

Embora a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988) assegure que a privacidade e a intimidade sejam direitos fundamentais,¹ o desenvolvimento tecnológico tem apresentado, gradativamente, uma série de novos desafios à efetivação da proteção dos dados pessoais. Iniciativas legislativas recentes, como a General Data Protection Regulation (GDPR), na União Europeia (2016) e a LGPD, no Brasil, representam paradigmas claros da preocupação dos Estados em estabelecer diretrizes concretas e detalhadas sobre a regulação deste direito na contemporaneidade. (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Historicamente, a regulação da privacidade, e, em desdobramento a tutela de dados pessoais, foi relegada a um *locus* secundário com a previsão genérica contida na CRFB/1988 acerca da concessão de *habeas data*, com a finalidade de assegurar o conhecimento de informações constantes de registros ou bancos de dados de

¹ Art. 5º, X, CRFB/1988: Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, [2022a]).

entidades governamentais ou de caráter público.² Contudo, o desenvolvimento social deixou claro que o controle e o acesso a dados pessoais não têm relevância para serem tutelados apenas em sua oponibilidade ao Poder Público, ao passo que, cada vez mais, as relações sociais ocorrem em ambientes privados que, por sua ostensividade e onipresença, são dotados de características de ambientes públicos.³ ⁴ Além disso, foi somente com o poder computacional a partir da evolução da microinformática, que indivíduos e empresas passaram a ter a capacidade de coletar e realizar o tratamento de dados de forma massiva, isto é, em larga escala, e com o desenvolvimento de algoritmos para a sua interpretação.

Nessa perspectiva, a problematização do tema envolve conferir relevância à tutela do direito à privacidade e à proteção de dados pessoais, identificar seu perfil constitucional e estabelecer critérios para a governança de dados e de modelos de negócio que tencionam utilizar informações de pessoas naturais como verdadeiro elemento combustível de seu empreendimento.

Na hipótese específica da recente legislação brasileira, (BRASIL, [2022j]) foi estabelecido um padrão de proteção de dados pessoais, dados pessoais sensíveis e regras que delimitam a possibilidade de tratamento (uso, gozo e fruição) a ser realizado por entes públicos e privados. Contudo, o processamento de dados com recursos de aprendizado de máquina,⁵ redes neurais e, de um modo geral, da inteligência artificial avançada, apresentam enormes desafios à manutenção dos direitos estabelecidos pela GDPR e pela LGPD, já que induzem a atividades de tratamento em plano secundário, sem a ostensividade da transparência e da informação ao seu titular. Isso significa constatar que, talvez, a regulação efetiva dos dados pessoais, embora dependa majoritariamente do exercício da autonomia privada, não se restringe apenas a ela.

Da mesma forma, vislumbra-se o grande desafio em regular eficazmente direitos e obrigações inerentes à proteção de dados pessoais no plano individual e coletivo, em ambas as relações diretas e indiretas com o titular, consubstanciadas por

² Em oposição a países que legislaram a respeito da matéria tais como: Austrália, 1988; Canadá, 2000; Argentina, 2000; e Japão, 2003.

³ Pesquisa recente apontou que 55% dos brasileiros acreditam que a rede social *Facebook* “é a Internet”. (REDAÇÃO, 2017).

⁴ Essa discussão também é contemporânea ao reconhecimento da doutrina e da jurisprudência de que os direitos fundamentais não seriam oponíveis apenas ao Poder Público, mas teriam eficácia também nas diversas relações privadas.

⁵ Também denominado *machine learning*.

usos secundários com menor visibilidade e transparência.

Na estratégia e na consolidação de uma política pública de proteção de dados pessoais, importa fundamentalmente situar esse direito individual como da personalidade e, conseqüentemente, contemplá-lo como fundamental, independentemente de previsão expressa no texto constitucional vigente. Assim, ainda que em função de modificação feita pela Emenda Constitucional (EC) nº 115 (BRASIL, 2022a) se tenha inserido no rol do art. 5º da CRFB/1988 o inciso LXXIX,⁶ esse *status* não depende da mera modificação positivista, pois, o que se está a analisar à espécie é um dos mais recentes desdobramentos da cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana.

A despeito de uma contribuição meramente didática, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 17/2018 (BRASIL, 2019a) convertida na EC 115 parece sinalizar uma interpretação na contramão da teoria constitucional moderna. Faz-se necessário ressaltar que a temática objeto desta pesquisa se baseia necessariamente na compreensão de que o direito da personalidade se funda na cláusula geral de tutela da pessoa humana, em superação à teoria pluralista.

Em um segundo momento do trabalho, pretende-se buscar a solução para outro problema: diante do aumento exponencial da prática de atos da vida civil pela Internet, e principalmente, a se considerar a tendência de comoditização do direito à privacidade (WALSH *et al.*, 2017) havida em alguns países, quais técnicas seriam eficientes para assegurar a tutela do direito à proteção de dados pessoais? A estruturação e a técnica legislativa caminharam obviamente para a admissão da face individual e pessoal do direito da personalidade, cuja violação provavelmente resultaria na apuração de perdas e danos (dano moral *in re ipsa*) e, cada vez com mais intensidade, na tutela coletiva da generalidade de pessoas afetadas por práticas abusivas. Assim se apresenta a dicotomia da regulação autônoma e heterônoma, cada qual com sua devida importância, mas, produzindo efeitos diferentes na realidade material, vislumbrando-se um cenário de desenvolvimento social em que a autonomia passe a ceder espaço, cada vez mais, para a heteronomia.

Além disso, a complexidade de incidentes de segurança da informação, aliada à opacidade dos algoritmos avançados da inteligência artificial e ao segredo de

⁶ Segundo o qual: LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (BRASIL, [2022a]).

negócio,⁷ podem conduzir o intérprete a *hard cases* dos quais, talvez, não se obtenham decisões satisfatórias do ponto de vista temporal e da eficiência (assertividade). Por esta razão, a proposição da pesquisa é a de que, cada vez mais, a eficácia do direito fundamental à proteção de dados pessoais se expanda para além do direito subjetivo individual tradicionalmente vinculado à autonomia privada, e se relacione, cada vez mais, com aspectos estruturais de políticas públicas que moldam e direcionam a criação de modelos de negócio (*privacy by design* e *privacy by default*) e à responsabilização (*accountability*) dos agentes de tratamento, isto é, através de estruturas heterônomas aplicáveis indistintamente, para garantir a higidez, a transparência e a efetividade da autonomia privada.

A hipótese a ser comprovada ou refutada nesta etapa é a de que a aplicação do princípio da boa-fé objetiva atua como elemento estrutural da modelagem de negócios e da definição de práticas relativas ao tratamento de dados pessoais, especialmente para definir o conteúdo e a identidade do conceito de bases legais que permitam o uso secundário de dados pessoais, à semelhança da hipótese do legítimo interesse, consoante se lê no art. 10 da LGPD.

Eventos sociais⁸ e políticos⁹ de grande magnitude ocorridos recentemente têm evidenciado não apenas a necessária conscientização do direito à proteção de dados pessoais, mas, também, o desafio de estabelecer políticas legislativas eficazes para assegurar que o exercício da democracia ocorra de forma natural, sem interferências e indutores artificiais criados como resultado de análises baseadas em algoritmos de *big data*, na classificação dos indivíduos de acordo com seus perfis psicológicos, preferências econômicas, políticas ou sociais, ou a menos que o tratamento de dados assim definido seja feito de forma transparente, e não apenas através do consentimento claro, inequívoco e informado, mas, especialmente através de mecanismos capazes de garantir o equilíbrio desta relação.

Importa compreender que a presente pesquisa está diretamente relacionada ao desenvolvimento do conceito de tutela da privacidade acrescido do desafio de

⁷ Assegurado constitucionalmente como um pressuposto essencial para a manutenção da concorrência e que, por vezes, pode significar um maior grau de opacidade quanto às atividades de tratamento de dados pessoais. (ZUBOFF, 2019).

⁸ Recentemente, divulgou-se que 87 milhões de usuários tiveram seus dados pessoais acessados indevidamente no Facebook. (FACEBOOK, 2018).

⁹ A influência do processamento de dados pessoais acessados indevidamente tem sido noticiada com frequência, como, por exemplo, no denominado "Brexit", com a saída da Inglaterra da União Europeia. (BERNAL, 2018).

contextualizá-lo à realidade do estado da arte da ciência de dados e da manipulação massiva de informações pessoais, de onde se extraem os seguintes desafios metodológicos: demonstrar a evolução do conceito, da finalidade, da extensão e da aplicabilidade do direito fundamental à privacidade, tal qual garantido pela CRFB/1988; situar o direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental, independentemente de alteração do texto constitucional; analisar, e eventualmente criticar, sistematicamente, as correntes dominantes (tutela individual e coletiva, responsabilidade subjetiva e objetiva, importância de decisões dos órgãos reguladores, em face da morosidade do Judiciário e da especialização no tema), como forma de encontrar a forma mais eficiente de regulação estatal.

É importante destacar que a produção bibliográfica brasileira a respeito do direito à privacidade é escassa,¹⁰ o que torna ainda mais difícil identificar questionamentos específicos em relação ao problema-tema proposto, ponto que justifica e denota a importância deste estudo¹¹. Esta ausência de sistematização do tema-problema tende a suscitar interpretações muito amplas e pouco técnicas, por vezes, baseadas em uma jurisprudência de valores que, há muito, tem sido criticada pela doutrina (DWORKIN, 2007).

Ainda sob este aspecto, a conclusão da pesquisa interessa não apenas ao indivíduo que tem seus dados pessoais captados, processados, utilizados e cedidos com finalidades nem sempre pré-estabelecidas ou conhecidas, mas também, a organizações que adotem modelos de negócio que lidem com dados pessoais de seus clientes e empregados para a criação de estratégias e políticas comerciais, ou até mesmo ideológicas, como também à ciência do Direito para melhor definição do direito fundamental à privacidade e à proteção de dados pessoais na contemporaneidade e para o estabelecimento de mecanismos de responsabilização eficientes.

Com base nesses aspectos, definiram-se os objetivos desta pesquisa. O objetivo geral foi estudar a regulação dos dados pessoais com base na autonomia e

¹⁰ Geralmente, contendo um número elevado de obras organizadas como um compilado de artigos nem sempre metodologicamente organizados. Para justificar essa afirmação, foram pesquisadas as revistas de fluxo contínuo, dossiês temáticos e revistas científicas classificadas como Qualis A1 a B4. Além disso, também foi realizada pesquisa no *Google Scholar*, na biblioteca de teses da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), da Universidade de São Paulo (USP) e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Em todos os textos encontrados, foram analisadas as referências bibliográficas apresentadas e também foi feita uma pesquisa nos principais *marketplaces* de venda de livros.

¹¹ Como obras publicadas que se aproximam do objeto proposto, podem-se citar: Doneda (2021), Magrani (2019) e Mendes (2014).

na heteronomia. Os específicos são: analisar o direito fundamental à privacidade, situando-o na teoria constitucional; enumerar as espécies e desdobramentos do direito fundamental à privacidade na contemporaneidade, contextualizando-o com o protagonismo da autodeterminação informativa; listar os pontos fortes e as fragilidades da LGPD no tocante à sua plena efetividade, com privilégio para a tutela coletiva, responsabilidade objetiva, importância das decisões dos órgãos reguladores e boa-fé objetiva; discutir sobre a necessidade de alteração, ou o aprimoramento, da política legislativa para a proteção de dados, de modo a nivelá-la com as práticas mais modernas de processamento da ciência de dados. Isso, em face da opacidade dos algoritmos de inteligência artificial avançada e do código-fonte de programas de computador amparados pelo segredo de negócio; apontar caso existam, quais seriam as relações entre a tutela da privacidade, da proteção de dados pessoais e da autodeterminação informativa e as técnicas de estruturação de modelos de negócio que levem em consideração a boa-fé objetiva.

A metodologia utilizada para desenvolver este estudo inclui as pesquisas, documental-jurídico-teórica, a bibliográfica e a dogmática.

Na pesquisa documental, em termos gerais, consultaram-se documentos oficiais de órgãos e convenções nacionais e internacionais, constituições e variada legislação pertinente. Analisaram-se os pressupostos teóricos, documentos e leis criticamente, sob a exegese sistemática da doutrina, legislação, jurisprudência e de outras fontes que lidam com a questão

Para isso, utilizou-se a vertente jurídico-teórica, com caráter jurídico propositivo que foi balizada por criteriosa pesquisa sobre a legislação relativa ao direito à proteção de dados pessoais, conforme Galuppo (2003), escolha feita em razão do momento ainda embrionário relativo à estruturação dos diversos órgãos da regulação heterônoma e a ausência de fiscalização e aplicação de penalidades de forma sistematizada por estes órgãos.

Assim, filiando-se à vertente jurídico-teórica, a pesquisa documental se baseou no conceito, interpretação e aplicação da norma jurídica (direito fundamental à proteção de dados pessoais enquanto direito da personalidade). E, por esta razão, utilizou a pesquisa jurídico explanatória e jurídico propositiva, eis que se assumiu o desafio de aperfeiçoar a interpretação e aplicação do referido instituto, com ênfase nas técnicas mais adequadas para o estabelecimento de políticas legislativas eficazes à tutela da privacidade e da proteção de dados em um contexto de relações sociais

sobejamente informatizadas.

Ainda nesta pesquisa documental também se reputou importante a consulta à legislação estrangeira, doutrina e jurisprudência, não apenas como parâmetro de comparação, mas também como motivação para reflexão a respeito da eficácia da proteção do direito à privacidade na contemporaneidade. Para esse fim, consultaram-se, além da LGPD, o RGPD (Regulamento Europeu), Diretiva Europeia de Proteção de Dados, *Guidelines* e Pareceres dos *Working Parties* do *European Data Protection Board*.

A pesquisa bibliográfica fez uso de pressupostos teóricos de egrégios teóricos, em livros, artigos, periódicos, dissertações, teses manuscritos e em fontes virtuais que tratam da temática em tela.

Este marco teórico da pesquisa pautou-se pela pertinência da utilização do conceito de autonomia privada de Fiuza (2012), utilizado como base para a formulação de variáveis a serem discutidas e a interpretação das relações que vierem a se estabelecer entre estas e o objeto de estudo desta tese.

Partiu-se da dissociação entre os conceitos de autonomia da vontade para o conceito de autonomia privada trilhada por Fiuza (2012), levando-se em consideração a liberdade e autodeterminação na celebração de negócios jurídicos, envolvendo o direito da personalidade, o que, inclusive, se concilia com o conceito de espaço de não-direito proposto por Rodotà (2006).

Isso significa que, para muito além de a autonomia privada necessitar se fazer presente em todas as relações que envolvam o tratamento de dados pessoais, também é importante compreender que já se vislumbra a necessidade de sua superação em alguns contextos, já que o mecanismo da regulação por autonomia se mostra ineficiente para regular determinadas relações em que a opacidade é da natureza do ato. Resta por conveniente apresentar uma definição objetiva dos limites da intervenção estatal na autonomia privada, porquanto a estrutura da LGPD considera determinadas práticas como abusivas, ainda que objeto de expressa renúncia ou de consentimento.

A análise da relação jurídica tutelada pelo direito à privacidade destacada no Problema da pesquisa está diretamente atrelada à percepção de uma pessoa sobre o domínio e direcionamento de seus próprios dados pessoais. O desafio da regulação que se pretende eficiente, para além de uma definição meramente teórica ou dogmática, é a opacidade dos algoritmos de *big data* que processam dados pessoais

em larga escala de forma secundária, isto é, sem que o próprio titular se dê conta. Essa questão coloca em evidência o desafio da eficiência das tutelas individuais e coletivas de tais direitos, o que exige a superação da visão individual da autonomia e a criação de mecanismos heterônomos nos quais a pessoa não apenas tenha a informação transparente sobre as práticas de tratamento de dados pessoais, mas também que lhe seja assegurada plena capacidade de interferir e controlar sua circulação.

2 A TRANSFORMAÇÃO DIGITAL E O DESENVOLVIMENTO DAS RELAÇÕES SOCIAIS ENVOLVENDO DADOS PESSOAIS

O desenvolvimento tecnológico, principalmente após a década de 1970, vem modificando rapidamente a dinâmica das relações sociais, ao intensificar a prática dos diversos atos da vida civil remotamente e por intermédio de sistemas de informação. Mais do que isso, o desenvolvimento dos fluxos informacionais em níveis globais apresenta enormes desafios para as mais variadas áreas do conhecimento humano¹²⁻¹³.

A criação e a popularização das chamadas moedas eletrônicas, por intermédio da tecnologia *blockchain* e seus já diversos cripto ativos do mesmo modo como a profunda arregimentação de dados de transações financeiras, sociais e comportamentais passam a constituir um ativo gerador de uma notável assimetria informacional e, via de consequência, fonte de desequilíbrio nas relações públicas e privadas. As plataformas que operam tais interfaces como intermediárias do tráfego de dados recebem dados pessoais diuturnamente e constituem aquilo que se convencionou denominar *data lakes*,¹⁴ ativos excessivamente valiosos na economia da informação e que constituem a matéria prima da inovação. (ZUBOFF, 2019).

Na mesma medida em que a dicotomia entre o público e o privado parece cada vez mais rarefeita¹⁵, os ambientes virtuais se tornam palco inafastável de relações públicas e privadas, soerguendo-se, cada vez mais, embates sobre a regulação (moderação) da liberdade de expressão em redes sociais e em outras diversas plataformas dos incontáveis provedores de aplicação que interagem em uma conexão com a internet.

¹² Como é o caso da regulação das criptomoedas que, no Brasil, é objeto do Projeto de Lei (PL) 4.401/2021 de autoria de Aureo Lidio Moreira Ribeiro, e que envolve não apenas aspectos jurídicos, mas, principalmente econômicos e concorrenciais. (RIBEIRO, 2021).

¹³ Em um espectro mais amplo, citem-se as iniciativas regulatórias de diversos outros países em aprovação, proibição ou imposição de restrições são abordadas por Chohan (2022).

¹⁴ Termo cunhado em 2010 pelo executivo James Dixon, ao utilizar a seguinte analogia: se você pensa em um repositório de dados como um depósito de água engarrafada, limpa e embalada e estruturada para fácil consumo, o *Data Lake* é um grande corpo de água em estado mais natural. O conteúdo do *Data Lake* flui de uma fonte para preencher o lago, e vários usuários do lago podem examinar, mergulhar ou coletar amostras. (FOOTE, 2020, tradução nossa). If you think of a Data Mart as a store of bottled water, cleansed, packaged, and structured for easy consumption, the Data Lake is a large body of water in a more natural state. The contents of the Data Lake stream in from a source to fill the lake, and various users of the lake can come to examine, dive in, or take samples.

¹⁵ À semelhança do próprio movimento de publicização do direito privado e, em contrafluxo, da privatização do direito público, ambos sinais da constante e necessária jornada evolutiva do Estado Democrático de Direito, tal qual explanado por Moraes (2019, p. 6-9).

Torna-se claro que na medida em que se acentuam as práticas sociais pelo meio digital, também aumenta, na mesma proporção, o tratamento de dados, notadamente os pessoais, coletados, manuseados e (talvez) expurgados. A defesa dos direitos individuais, portanto, passa sempre, e necessariamente, pela conformação desses ambientes digitais, o que revela que a máxima de Lessig (1999)¹⁶ se torna cada vez mais verdadeira e atual, no cotidiano da vida contemporânea.

Não se pretende defender, todavia, que a tutela dos dados pessoais importe apenas no meio eletrônico. Muito pelo contrário, a distinção do ambiente em que o tratamento de dados ocorre parece ser, cada vez mais, irrelevante. No entanto, é exatamente nos ambientes digitais, pela potencialidade do processamento de dados em larga escala, que tais situações se tornam mais visíveis.¹⁷

Gradativamente, se torna clara a alteração que o modelo informacional promoveu nas relações sociais, o que acaba dando início, ou colocando em evidência, conflitos ora caracterizados como novos (SARLET, 2020). A necessidade de tratar adequadamente esses anseios e conflitos sociais que se destacam no tecido social é notada nas mais diferentes áreas do conhecimento. Veja-se o quão relevante tem se tornado a melhor definição de autonomia privada nas diversas relações públicas e privadas, desde as questões existenciais até, agora, a tutela da cláusula geral de promoção da pessoa representada didaticamente pela proteção de dados pessoais.

Desde o modo como a pessoa se compreende e se identifica,¹⁸ até a estruturação de modelos de negócio baseados no fluxo informacional (de dados pessoais ou não), é possível encontrar interesses que reclamam uma adequada e contemporânea composição. E, por isso, Tepedino (2016) afirma que:

¹⁶ O referido autor defendeu, em uma das mais importantes obras jurídicas sobre a regulação da Internet, que o código de programação teria a eficácia de impor padrões de conduta de forma mais eficiente do que uma previsão legislativa abstrata e, via de consequência, ganharia relevância única no século XXI, por ter a capacidade prática de conformar comportamentos e direcionar o agir do usuário com expressivo grau de opacidade, isto é, um código bem desenvolvido adere ao ambiente de forma imperceptível. Neste sentido, cunhou a célebre passagem de que *code is law* ou, em tradução livre, o código é a lei.

¹⁷ É como Rodotà (2008, p. 24) explica: trata-se de uma tendência determinada por fenômenos interdependentes. Às novas formas de coleta e tratamento de informações, possibilitadas, sobretudo, pelos computadores, adicione-se a crescente necessidade de dados por parte das instituições públicas e privadas. Como não é imaginável uma ação que vá de encontro a esta tendência, comum a todas as organizações sociais modernas, é necessário considerar tal situação de forma realista, analisando as transformações que causa na distribuição e no uso do poder pelas estruturas públicas e privadas.

¹⁸ Inclusive expressando-se externamente através dos mais variados recursos digitais.

A complexidade do ordenamento, em última análise, não decorre apenas de sua gênese - análise estrutural entre Direito interno e externo e distinção cronológica e hierárquica da produção normativa - mas da tensão dialética representada por sua inserção na realidade social. (TEPEDINO, 2016, p. 22).

Torna-se inegável, e isso é cada vez mais nítido, o caráter historicista das construções jurídicas que têm, cada qual ao seu tempo e vez, apresentado soluções para as diversas relações que se sobressaem no tecido social. Há que se observar que, para muito além da constituição de enormes fluxos informacionais pelas mais variadas relações sociais, o desenvolvimento das novas tecnologias da comunicação também afetou e reduziu, substancialmente, os custos de transação das relações econômicas (COOTER; ULEN, 2010) e refletiu intensamente na formação da identidade individual. Neste contexto, é natural que tanto as relações existenciais quanto as econômicas sejam impactadas e transformadas.

Mayer-Schönberger (2010) nota que:

Os teóricos da nova economia informacional do conhecimento, de Manuel Castells (2002-03) a Yochai Benkler (2007), veem nessa subversão digital os pressupostos de uma nova forma de produzir caracterizada por uma redistribuição do controle sobre os meios de produção, uma queda drástica dos limiares de entrada no mercado para a produção/distribuição de conhecimento e informação, novas formas de cooperação-social motivadas por fins extraeconômicos e a consequente redução do papel da propriedade privada. Eles também veem (CASTELLS, 2009) os pressupostos de uma redistribuição de poder dos governos para os cidadãos através do nascimento de novas formas de democracia participativa e deliberativa. (MAYER-SCHÖNBERGER, 2010, p. 10, tradução nossa).¹⁹

A nova organização das relações sociais que, para Benkler (2007) ocorre de forma distribuída e incentivada, através das diversas camadas que compõem a rede que se convencionou chamar de Internet, coloca em evidência a premente necessidade de regulação dos fluxos informacionais, por meio de mecanismos eficientes e capazes de assegurar, principal e circunstancialmente, a primazia da dignidade humana como mecanismo garantidor da livre iniciativa, da liberdade de expressão e da própria autodeterminação. Isso nada mais é do que a representação,

¹⁹ I teorici della nuova economia informazionale della conoscenza, da Manuel Castells (2002-03) a Yochai Benkler (2007) vedono in questa sovversione digitale i presupposti di un nuovo modo di produrre, caratterizzato da una ridistribuzione del controllo sui mezzi di produzione, un calano drastici aumenti delle soglie di ingresso nel mercato per la produzione/distribuzione di conoscenze e informazioni, nuove forme di cooperazione sociale motivate da finalità extra-economiche e la conseguente riduzione del ruolo della proprietà privata. Vedono anche (Castells, 2009) i presupposti di una ridistribuzione del potere dai governi ai cittadini attraverso la nascita di nuove forme di democrazia partecipativa e deliberativa.

cada vez mais clara, das consequências da quarta revolução industrial (LINDOSO, 2021) balizada essencialmente pelo desenvolvimento de tecnologias de automação e intercâmbio de dados (MAGRANI, 2018).

Por este motivo, nota-se, a todo momento, que a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana definida por Tepedino (2008) como o valor máximo da ordenação jurídica, passa a desempenhar, com maior clareza, não apenas um caráter definidor do espaço de não direito reclamado por Rodotà (2017 a ou b?), mas, essencialmente sobre as relações econômicas que se baseiam incisivamente na utilização de dados pessoais.

No mesmo sentido, Hoffmann-Riem (2020, p. 2) afirma que a transformação digital da sociedade "[...] permite uma multiplicidade e variedade de novos modelos de negócio, bem como a sua utilização para criar valor. Isso muda as oportunidades de relações de influência e poder". Não por outro motivo, a autonomia privada encontra novos campos de destacada repercussão, notadamente naquilo que Rodotà (2008) denominou corpo eletrônico e que tão profundamente importa à tutela da privacidade e dos dados pessoais na contemporaneidade.

A construção da individualidade em todas as suas formas concebidas, nesse verdadeiro espaço de não direito tal qual definido por Rodotà (2017 a ou b?), somente será perceptível se analisada na textura do tecido social que, para Lévinas (2022) é fruto da intersubjetividade que surge, se estabelece e somente se percebe na relação com o outro. O direito à privacidade não foge dessa constante, sendo inicialmente compreendido como um direito de excluir o outro de sua propriedade, e limitar o conhecimento de terceiros sobre fatos a respeito de uma pessoa (WARREN; BRANDEIS, 1890). Não obstante isso, o desafio da contemporaneidade em um contexto verdadeiramente pós-positivista está em definir um equilíbrio adequado entre condição existencial em um mundo intensamente interconectado e baseado em fluxos informacionais cada vez mais densos, complexos e, necessariamente, dependentes de dados pessoais.²⁰

Esse paradoxo entre a tutela da pessoa e a intensificação do desenvolvimento tecnológico baseado em dados que compõem sua personalidade não sugere a existência de uma “escolha de Sofia” que seja determinante para a prevalência de tais

²⁰ Por este motivo é que Zuboff (2019) afirma que os dados pessoais se tornaram a matéria prima dos modelos de negócio da nova economia e que a autora denominou essencialmente baseados no capitalismo de vigilância.

direitos fundamentais. Pelo contrário,

[...]esse processo de legitimação se desenvolve ao longo de um caminho que parte da demonstração da impossibilidade, para o Estado e para a indústria, de renunciar a uma infraestrutura informativa cada vez mais ampla e sofisticada e chega a alcançar a promessa de uma garantia efetiva, ou mesmo de uma expansão, dos tradicionais direitos individuais. (RODOTÀ, 2008, p. 35).

Por isso, a regulação dos dados pessoais, que parte necessária e objetivamente da cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, somente encontra sustentação, ao cotejar elementos externos que sejam capazes de assegurar um grau mínimo para a sua efetividade. Vale dizer, são inúmeras as situações em que dados pessoais serão transacionados sem a autorização de seu titular, havendo o desafio de que tais relações jurídicas sejam suficientemente transparentes e publicizadas, para que sobre elas se exerça controle social, através de tutela individual ou coletiva, autônoma ou heterônoma.

Nesse sentido, Doneda (2021) acrescenta:

A privacidade, nas últimas décadas, passou a se relacionar com uma série de interesses e valores, o que modificou substancialmente o 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. (DONEDA, 2021, p. 41).

Foi nesse cenário que se desenvolveu o conceito de capitalismo de vigilância (ZUBOFF, 2019), com a clara distinção de que ele não compreende a utilização de uma técnica em especial, mas, de uma lógica que pressupõe instrumentos tecnológicos e sua aplicação na exploração de dados pessoais como a matéria prima de um modelo econômico. Afinal, como Lessig (1999) aponta, a tecnologia em si tende a ser neutra, isto é, nem boa nem ruim, mas, sempre a depender de uma contextualização.

Essa evolução, há que se reconhecer ao menos em tese, tem a potencialidade de dotar o indivíduo de muito mais autonomia para se autodeterminar e exercer suas próprias escolhas e inerentes ao seu conceito de boa vida, do que em qualquer outro momento da história. A possibilidade de livre expressão de ideias nos ambientes digitais que projetam a personalidade individual, assim como o paulatino acesso à informação estão tornando mais visíveis os efeitos da transformação digital na

sociedade contemporânea.

Nessa direção, Benkler (2007) postula:

A estrutura do nosso ambiente de informação é constitutiva da nossa autonomia, não apenas funcionalmente significativa para ela. Embora a capacidade de agir livre de restrições seja mais imediata e claramente alterada pela economia da informação em rede, a informação desempenha um papel ainda mais fundamental em nossa própria capacidade de fazer e perseguir planos de vida que podem ser chamados de nossos. (BENKLER, 2007, p. 146, tradução nossa).²¹

Essa conjuntura é também representativa de uma nova forma de assimetria nas relações sociais, sejam elas econômicas ou não, porquanto, tanto os novos quanto os antigos modelos de negócio, em estruturas públicas ou privadas, tendem a se alterar para contemplar uma intensa utilização de dados pessoais. Exemplos disso, no âmbito público, são a gradativa adoção do Sistema Público de Escrituração Digital (SPED)²² e a convergência do cumprimento de obrigações legais inerentes ao Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED) e à Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) através da plataforma e-Social. No setor privado, a psicologia comportamental associada à ciência de dados deu origem a amplas possibilidades no direcionamento de *marketing* e, principalmente, na prospecção ativa de público consumidor²³ (HARARI, 2018; KAISER, 2019).

Consoante Han (2019) na medida em que essas técnicas progredem, as relações de poder também se alteram em uma dinâmica muito mais rápida²⁴. Aquele cenário de privilégio e estimulação da autonomia privada, através das inúmeras possibilidades abertas pela tecnologia, tende a passar por um grande desequilíbrio

²¹ The structure of our information environment is constitutive of our autonomy, not only functionally significant to it. While the capacity to act free of constraints is most immediately and clearly changed by the networked information economy, information plays an even more foundational role in our very capacity to make and pursue life plans that can properly be called by our own.

²² Iniciado no ano de 2007, mas que, atualmente, encontra-se contemplado na Instrução Normativa (IN) / Receita Federal do Brasil (RFB) nº. 1.863, de 27 de dezembro de 2018. (BRASIL, 2018).

²³ Como ilustração desse novo cenário, no ano de 2021, Google, Meta e Amazon dominaram 40% de todo o investimento feito em publicidade no mundo, excluindo-se a China. Ver mais em Google e Meta dominam enquanto digital impulsiona avanço da publicidade. (GOOGLE..., 2021)

²⁴ Han (2019) faz uma análise das relações de poder tentando conceituá-las de modo que não sejam excessivamente focadas na coerção ou na ação comunicativa consensual. Para ele, tanto a coerção quanto o consenso acabam sendo expressões das relações de poder, mas não esgotam o seu conceito em si. O autor sul-coreano foi citado nessa passagem com o intuito de denotar que o termo "relações de poder" aqui utilizado pressupõe a expressão de poder através das diversas técnicas que conformam os ambientes digitais, algo próximo do que Lessig (1999) propôs, e que não necessariamente envolve a expressão da violência, mas, sim, da conformação enquanto capacidade de adequação e ajustamento da conduta social individual ou coletiva.

oriundo da criação de grandes *data lakes* contendo informações de todo tipo sobre as pessoas e sua utilização nas mais variadas áreas do conhecimento.

A esse propósito, as tecnologias mais surpreendentes e com maior potencial de prosperidade na vida contemporânea são exatamente aquelas que se moldam às estruturas das relações sociais, a ponto de se tornarem imperceptíveis (LESSIG, 1999),²⁵ o que tem ocorrido pela inserção de sensores em equipamentos domésticos representados, notadamente, pelo que se convencionou denominar Internet das coisas. (MAGRANI, 2018). Contudo, não apenas isso, pois, conforme já destacado pelo próprio Lessig (1999) os ambientes digitais também se integram de modo imperceptível na vida das pessoas, passando a constituir o local de suas relações pessoais e comerciais, da criação de laços afetivos, da formação e capacitação e do exercício de suas liberdades individuais.

Essa assimetria de poder entre provedores de aplicação²⁶ e seus usuários gerada a partir da ampla disseminação da tecnologia e dos meios de comunicação nas mais diversas camadas do substrato social, aliada à criação de bancos de dados com informações de toda a sorte a respeito daqueles usuários, sejam aqueles dados pessoais mais básicos e simplificados ou as inferências oriundas de seu perfilamento, tudo isso processado pela capacidade computacional atualmente existente, constitui o ponto de tensão para a manutenção da dignidade da pessoa humana, conquanto uma profunda revisão dessas relações de poder e do que vem a ser uma norma jurídica com a real aptidão de preservar as garantias individuais esteja a reclamar uma sensível inflexão.

Não bastasse toda a complexidade da evolução das relações sociais causada, sobremaneira, pelo desenvolvimento tecnológico, passou a constituir verdadeira matéria prima das relações humanas, econômicas ou não, públicas ou privadas, as informações relacionadas às pessoas, isto é, os seus próprios dados pessoais.

Na atualidade, é possível se deparar com uma inesperada convergência de tradições e áreas do conhecimento. Da mesma forma que a psicologia comportamental associada à ciência da computação produziu incríveis avanços no

²⁵ E, por isso, tendem a reforçar sensivelmente as relações de poder e especialmente as assimetrias informacionais que se desencadeiam na sociedade contemporânea e em relação às quais o Direito exerce uma constante luta no tradicional sentido de Ihering (2019).

²⁶ Os provedores de aplicação têm o seu conceito estabelecido pela Lei 12.965/14, denominada Marco Civil da Internet (MCI), como a pessoa jurídica que presta serviços relacionados ao "[...] conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet" (art. 5º, VII, MCI) e que na doutrina estrangeira são comumente referidos como *gatekeepers*. (BRASIL, [2021f]).

perfilamento de opiniões, preferências, e na criação de métricas para afetá-las de modo significativo (HARARI, 2018; KAISER, 2019), também a promoção da dignidade humana passa por uma profunda afetação, a partir do momento em que a tecnocracia a percebe como verdadeiro insumo, em uma dialética, por vezes, dissociada de sua natureza essencialmente atrelada à tutela da pessoa.²⁷⁻²⁸

Essa tensão, naturalmente existente entre a prevalência da cláusula geral de tutela e promoção da pessoa enquanto instituto a abranger necessariamente a expressão da dignidade da pessoa e destinada a impedir a sua objetificação (RODOTÀ, 2008) conflita, via de consequência, com as mais recentes práticas de tratamento de dados pessoais. Isto é, ainda que se reconheça que as relações pessoais e econômicas dependam majoritariamente do uso de dados pessoais, o postulado constitucional da cláusula geral de tutela e promoção da pessoa passa a ser desafiado, enquanto novas e obscuras técnicas de tratamento de dados se multiplicam.

Reconhece-se que o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais constituem elementos indissociáveis da cláusula geral de tutela e promoção da pessoa, conquanto expressões indeléveis da sua dignidade e de sua individualidade, compreendidas estas no âmbito da autonomia privada (SOUZA, 2012), a qual se torna o marco balizador da pesquisa e, também, o ponto de partida para se compreenderem todas as confluências da vida contemporânea que afetam sensivelmente a dignidade da pessoa.

Neste sentido, importa não apenas compreender a adequada localização do direito à privacidade e da proteção de dados pessoais enquanto atributos inerentes da cláusula geral de tutela e promoção da pessoa, mas também, aprofundar o desenvolvimento de importantes mecanismos garantidores de sua tutela.

²⁷ Alguns autores têm defendido que o direito à proteção de dados pessoais constituiria em um novo instituto jurídico em concepção muito aproximada de uma defesa da teoria pluralista dos direitos da personalidade. É o exemplo de Gonçalves (2022, p. 33), ao anotar que: se os dados pessoais são interligados aos direitos de personalidade e à identidade de cada indivíduo, mas não se confundem com eles, existe aí um valor novo a ser protegido e que deverá ser albergado pelos direitos fundamentais. Contudo, o que se discute é se a inserção em leis constitucionais da proteção de dados pessoais como direito fundamental amplia mais direitos aos seus titulares. A resposta positiva se impõe no caso. A proteção de dados pessoais como direito fundamental, inserido na Constituição, pode trazer ferramentas mais abrangentes e positivas para o seu titular, em razão dos aspectos multifacetados e plúrimos das práticas sociais, atingindo praticamente todo o sistema jurídico.

²⁸ Em contrapartida, há que se compreender que a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana é capaz de englobar, com a efetividade necessária, os anseios pela proteção da privacidade e dos dados pessoais, enquanto se impõe à mesma uma necessária releitura em razão do caráter historicista da ciência do Direito. (DONEDA, 2021).

3 PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS ENQUANTO DIREITO DA PERSONALIDADE

Uma das maiores e atuais controvérsias sobre a tutela da privacidade e da proteção de dados pessoais reside na sua necessária aproximação dos institutos jurídicos já contemplados pela teoria constitucional e marcados, sobremaneira, pelo movimento de constitucionalização do direito privado (MORAES, 2010), com a finalidade de compreendê-los como desdobramentos necessários e objetivos da cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, ou como verdadeiros direitos autônomos da personalidade.

A controvérsia perpassa, assim sendo, o inafastável dever de situar a tutela da privacidade e da proteção de dados pessoais como direitos subjetivos, situação jurídica subjetiva ou como componentes indissociáveis da cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana.

A revisitação dessa classificação é considerada importante, pois o desenvolvimento das relações sociais, como já ressaltado anteriormente, modificou sensivelmente não apenas os fluxos de poder dos indivíduos em suas relações privadas, mas, por vezes, ressignificou os conceitos de ambientes público e privado que refletem, significativamente, na definição e no conceito de um instituto que foi impactado por tantos eventos históricos, especialmente no século XX.

Por isso, chama atenção a paradigmática obra sobre os direitos da personalidade de Cupis (2008), quando ele afirma existirem direitos públicos e privados da personalidade e que todos eles são essencialmente não patrimoniais. É o que o referido autor sintetiza, a seguir:

Prosseguindo agora na classificação dos direitos da personalidade, devemos fazer notar que estes se incluem entre os direitos não-patrimoniais.

[...]

Pense-se, na verdade, que direitos com características próprias e autônomas, como os direitos reais e de crédito, têm isto de comum, que os contrapõe a todos os outros: se não sempre, pelo menos muito frequentemente, o seu objeto é um bem que encerra uma utilidade econômica imediata.

[...]

Sendo o objeto dos direitos da personalidade um modo de ser físico ou moral da pessoa, bem se compreende como ele nunca contenha em si mesmo uma utilidade imediata de ordem econômica. (CUPIS, 2008, p.34-36).

É cada vez mais evidente que a privacidade e seu natural desdobramento na tutela de dados pessoais são dotados de relevância para a autodeterminação

individual, mas que seu substrato tem relevantes e notadas características econômicas (ZUBOFF, 2019) e, quiçá, democráticas (HARARI, 2018). Por isso, há que se prosseguir não apenas com relação à sua conceituação, mas, especialmente à ressignificação.

Aquilo que Cupis (2008, p. 34) classificou como "direitos subjetivos privados", para justificar a autonomia dos direitos da personalidade, fazendo-o sob o viés de uma teoria pluralista, muito rapidamente transcende a esfera individual e passa a importar não apenas à pessoa em sua esfera íntima, mas também à regulação de agentes econômicos e à coletividade, enquanto os dados pessoais se tornam gradativamente substrato das práticas inerentes à economia de mercado.

A superação daquilo que foi pautado em um determinado contexto histórico por Cupis (2008), por sua vez, é justificado por Perlingieri (2007):

Com o termo, certamente não elegante, 'despatrimonialização', individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois como valores). [...]. Não é suficiente, portanto, insistir na afirmação da importância dos 'interesses da personalidade no direito privado'; é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa [...]. O pluralismo econômico assume o papel de garantia do pluralismo também político e do respeito à dignidade humana. (PERLINGIERI, 2007, p. 33).

A maior ênfase na tutela e promoção da pessoa potencializada pela constitucionalização do Direito Privado certamente contribuiu para um rápido florescimento do direito à privacidade dissociado do direito à propriedade, não mais o restringindo à intimidade familiar ou à criação de obstáculos para que entes públicos e privados pudessem (ou não) ingressar no domicílio da pessoa. Para muito além disso, o reconhecimento da aplicação dos direitos fundamentais às relações públicas e privadas (SARLET, 2003) voltou a colocar em evidência o modelo de ética kantiana na interpretação e aplicação dos direitos da personalidade.

O desenvolvimento de uma noção de privacidade se deu, por conta dessa dinâmica, em paralelo ao surgimento da própria possibilidade material de assegurá-la. E é preciso ponderar um detalhe que costuma passar despercebido: essa irrupção da privacidade não representa a continuidade de uma tradição anterior, porém um modo de reconhecimento da própria individualidade típico da burguesia, que a diferencia no corpo social e que é instrumentalizada com um forte componente individualista. (DONEDA, 2021, p. 124).

Essa transição foi concomitante à superação das diversas faces do liberalismo²⁹ pelo Estado Social, aliás, denotou a enorme assimetria de poder entre o indivíduo e as grandes organizações e instituições.³⁰ Dessa preocupação se consolidou, e.g., o instrumento do *habeas data* a partir da CRFB/1988, em cujo art. 5º, inciso LXXII, se reconhece o direito da pessoa de ter acesso a todos os seus dados e informações retidos, ainda que transitoriamente, pelo Poder Público ou por entes privados com características públicas.

Doneda (2021) é quem observa que, enquanto antecedentes do *habeas data*:

[...] existiam legislações estaduais do Rio de Janeiro e de São Paulo normas que dispunham sobre o direito de acesso e retificação de dados pessoais, e ainda apresentavam alguns elementos que até hoje não foram expressos em normativa federal, como o princípio da finalidade ou o consentimento informado. (DONEDA, 2021, p. 280).

A referência à garantia constitucional do *habeas data* se faz necessária como forma de retratar a preocupação social de se constituírem mecanismos ao indivíduo para a obtenção de maior transparência sobre as suas informações, neste texto denominadas dados pessoais, coletadas e usadas.³¹ Porém, há que se observar que o remédio constitucional do *habeas data* ainda compreendia a prosaica dicotomia entre vida privada e obtenção de informações a respeito da pessoa pelo Poder Público. Embora se trate de um instituto histórico importante, claramente ele não se faz suficiente para tutelar as diversas vicissitudes da vida contemporânea relativamente à coleta, ao uso e expurgo de dados pessoais.

Especificamente quanto à ordenação jurídica nacional, Bioni (2019, p. 56) ressalta que, ainda na vigência do Código Civil de 1916 (CC/1916), os direitos da personalidade eram reconhecidos como consequência da tutela dos "aspectos extrapatrimoniais das relações sociais", o que revela um viés ainda bastante atrelado

²⁹ Como, por exemplo, o liberalismo econômico o qual pressupunha um maior grau de individualismo e refutava a intervenção do Estado nas relações privadas e também o liberalismo social com o pressuposto de que a liberdade individual seria capaz de assegurar justiça social em todos os extratos da sociedade.

³⁰ Exemplo disso é o fato social utilizado por Warren e Brandeis (1890) para justificar racionalmente *the right to be left alone*, enquanto criação de obstáculo à incursão da imprensa fotográfica na vida privada de Samuel Warren, especificamente o que tangia ao seu casamento com Mabel Bayard, filha do Senador Thomas Franklin Bayard.

³¹ A Lei 9.507/97 dispôs sobre o direito de acesso à informação e o procedimento do *habeas data* com a previsão de uma fase administrativa seguida da judicial (BRASIL, 1997). Não há como discordar de Doneda (2021, p. 287) de que este mecanismo é insuficiente para a tutela dos "problemas relacionados ao tratamento de dados pessoais" que ocorrem, frequentemente, sem que a pessoa tenha condições de percebê-lo.

às relações meramente patrimoniais e à construção desse direito como uma relação histórico dialógica. Foi somente na segunda metade do século XX, que se identificou uma clara superação desse viés ainda individualista.

No âmbito da teoria clássica dos direitos da personalidade, foram cunhadas duas vertentes, a tese negativista e a afirmativista. Segundo Sá e Naves (2017), os negativistas refutavam autonomia aos direitos da personalidade, por compreendê-los como meras situações já abarcadas pelo ordenamento jurídico, fazendo referência às obras de Friedrich Karl von Savigny e Federico Castro y Bravo.

Mas não apenas isso. Todo o movimento de constitucionalização do direito privado (MORAES, 2010), com o primado da dignidade da pessoa humana e o reconhecimento de que, em determinadas circunstâncias, é necessária a intervenção estatal nas relações privadas para a redução das assimetrias e a manutenção de um patamar mínimo de isonomia também é representativo de que o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais não poderiam ficar relegados a um campo meramente individualista e restrito à subjetividade da pessoa.

Antes de avançar no desenvolvimento da regulação contemporânea da privacidade e da proteção de dados pessoais, insta compreender a evolução deste direito e seu correto enquadramento como cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana.

3.1 O embrião do direito da personalidade

Em uma perspectiva histórica, há mais de 2000 anos, o Direito tem se orientado por uma preocupação com a integridade física do ser humano, de modo cada vez mais enfático. Porém, a tutela de sua personalidade não é tão antiga e tradicional quanto se poderia supor.

Desde o Código de Hamurabi e sua previsão de penas corporais e pecuniárias, até a *actio iniuriarum* do Direito Romano, indicativa de uma ação para crimes que buscava não apenas proteger a dignidade e a reputação do cidadão, mas também sua integridade física (ZIMMERMANN, 1996), e que visava, consoante Fiuza (2015, p. 21-22), a estabelecer a proteção para "qualquer atentado à pessoa" é possível identificar um embrião daquilo que veio a se desenvolver como direito da personalidade. Entretanto, o exercício e a legitimação desse direito era claramente delimitado, eis que somente se reconhecia seu status postulatório aos cidadãos romanos e não

propriamente ao indivíduo.

Como muito bem denotado por Ribeiro (2009),

[...] vale lembrar que a personalidade no Direito Romano era associada à união de três *status*: o *status familiae* (com a inerente qualidade de *pater familias*), o *status civitas* (ou seja, a categoria de cidadão, que era desde logo negada aos estrangeiros e aos escravos e cuja plenitude muito custou a alcançar aos plebeus) e o *status libertatis* (ou seja, a qualidade de pessoa livre, que era condição, embora não suficiente, da cidadania). (RIBEIRO, 2009, p. 71).

Daí, portanto, a rejeição inicial de se pensar que o direito da personalidade tenha se originado essencialmente sob o prisma romano, cuja referência ainda é atual como forma de contraposição à centralidade da cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, assunto a ser abordado mais à frente neste texto.

Conforme ensinam Sá e Naves (2017, p. 3) "[...] o *status libertatis* era uma decorrência do *status civitatis*", sendo este reconhecido exclusivamente ao *pater familias* e não a qualquer outra pessoa.

Ainda no auge do Direito Romano, o vínculo religioso era considerado preponderante para determinar a união da família em torno do seu respectivo *pater familias* ao qual competia o poder de decidir sobre sua esposa, seus filhos, escravos e seu patrimônio (SÁ; NAVES, 2017, p. 3). Isso significa que não se reconheciam direitos pessoais a serem exercidos pelo ser humano, mas apenas àquele a quem fosse atribuída a qualidade de cidadão, nos termos da legislação então vigente. Essas especificidades das famílias apontam que a tutela daquilo que se denominou direito da personalidade se deu, naquela época, de forma precária e embrionária.

Nessa direção, Cupis (2008, p. 20) observou, mais recentemente que, quando adota um posicionamento notadamente positivista, "o ordenamento jurídico é, pois, árbitro na atribuição da personalidade".

Há, portanto, um paradoxo entre o reconhecimento do direito da personalidade no período do Império Romano, já que havia uma grande limitação quanto ao seu exercício, o que faz com que parte da doutrina assinale que não teria sido essa a origem do instituto (BITTAR, 2015; SÁ; NAVES, 2017).

E ainda que o Direito tenha se preocupado com o ser humano, como já o fizera no século XIII, por intermédio da Carta Magna,³² a qual viria a inspirar a Declaração

³² A *Magna Charta Libertatum*, de 1215, elaborada pelo cardeal Longton e alguns dos barões, e assinada pelo Rei João da Inglaterra. Seu objetivo era servir como uma "balança" entre os diferentes

Universal dos Direitos Humanos, todos os instrumentos jurídicos então reconhecidos se limitavam a proteger o indivíduo de "abusos do poder estatal totalitário" (FIUZA, 2015, p. 22; MORAES, 2009, p. 70). E exatamente porque visavam à proteção da pessoa contra a interferência estatal em sua vida, esse conjunto de direitos ficou conhecido como "liberdades públicas". (FIUZA, 2015, p. 22).

Esse mesmo feixe de direitos foi denominado por Bioni (2019), assim como por muitos outros teóricos, como liberdades negativas, cuja síntese é muito bem apresentada por Ribeiro (2009), no excerto a seguir.

Queremos reforçar, com isso, que o que se verifica nos dispositivos mencionados alhures são o que mais tarde será doutrinariamente denominado liberdades negativas ou, se preferirmos, direitos fundamentais. Liberdade, proporcionalidade na apuração dos delitos, preocupação com a subsistência do infrator, respeito ao devido processo legal de ser julgado por seus pares, proibição de desapropriação etc. certamente não os direitos que serão positivados em textos constitucionais do século XX, ainda com aquela visão de proteger o cidadão em relação à supremacia do Poder Público. (RIBEIRO, 2009, p.31).

Foi realmente a partir do Século XVIII e circunstancialmente pela grande influência dos ideais oriundos da Revolução Francesa, que se pôde notar um maior enrijecimento dos direitos à liberdade e à igualdade que, gradativamente, veio a consolidar os direitos fundamentais nos textos constitucionais modernos.

Com essa transição histórica denotada por diversos autores, tais como Bittar (2015), Ribeiro (2009) e Moraes (2010), fica possível traçar um paralelo com a exasperação do paradigma do Estado liberal, ao qual se sucedeu uma intensa promoção da valorização de direitos fundamentais (como a igualdade, o acesso à educação, à moradia, assistência médica e seguridade social) e que, segundo Magalhães (2002) consiste no seguinte:

Em linhas gerais, o Estado Liberal caracteriza-se pela omissão perante os problemas sociais e econômicos, não consagrando direitos sociais e econômicos no seu texto além da regra básica de não intervenção no domínio econômico. As constituições liberais declaram os direitos individuais, entendidos como direitos que regulam condutas individuais e protegem a esfera de interesses individuais, contra o Estado, sendo o limite desses

interesses da realeza e dos nobres, um acordo para que o rei não cometesse tantas injustiças e que limitasse o poder exercido pelas classes dominantes sobre a população. (BRASIL, 2015). Entre outras garantias, a Carta apregoava que "nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra" (MAGNA CARTA, 2014, tradução nossa).

direitos o direito do outro, além de assegurarem ainda os direitos políticos. (MAGALHÃES, 2002, p. 63).

O movimento histórico de enfraquecimento do Estado liberal sobreveio pela deterioração das relações privadas em função da assimetria de poder das partes contratantes, principalmente no âmbito das relações de trabalho e das precárias condições de saúde e segurança (SOUZA, 2012). Vale dizer, tornou-se evidente que a garantia formal da igualdade e da liberdade não seria suficiente para promover o bem-estar das pessoas, conquanto àqueles historicamente excluídos nem sequer eram dadas condições de exercer tais direitos em pé de igualdade. Sobre essa concepção de Estado Liberal, Ribeiro (2009) assinalou que:

A liberdade teve sua maior expressão no voluntarismo e na ausência de ingerência por parte do Estado. A igualdade no sentido de que todos eram iguais perante a Lei e perante o Estado. A fraternidade iria se juntar mais tarde aos outros dos princípios com a aquisição de alguns direitos sociais. (RIBEIRO, 2009, p. 75).

Tudo isso convergiria com uma primeira grande guerra (1914-1918), e a grave crise econômica mundial que culminou, em 1929, com a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, havendo a natural exigência de que o Estado fosse capaz de interferir com maior ênfase nas relações privadas, para garantir um mínimo existencial e reduzir as assimetrias de poder criadas pelo exercício do poder econômico.

Nesse sentido, as palavras de Hobsbawm (1994) esclarecem:

Parecia óbvio que o velho mundo estava condenado. A velha sociedade, a velha economia, os velhos sistemas políticos tinham, como diz o provérbio chinês "perdido o mandato do céu". A humanidade estava à espera de uma alternativa. Essa alternativa seria conhecida em 1914. Os partidos socialistas, com o apoio das classes trabalhadoras em expansão de seus países, e inspirados pela crença na inevitabilidade histórica de sua vitória, representavam essa alternativa na maioria dos Estados da Europa. (HOBSBAWM, 1994, p. 62).

A superação do paradigma liberal se deu com a ascensão do Estado social, o qual, segundo Souza (2012, p. 174) "[...] passa a assumir, definitivamente, seu importante papel na regulamentação das relações econômicas e sociais", com ênfase na garantia aos direitos à saúde, educação e ao trabalho. Apartada da visão de que a pessoa deveria estar atrelada necessariamente à aquisição de direitos, reconheceu-se, gradativamente, a importância do "ser". "Dignifica-se o homem pelo simples fato

de ele ser humano". (RIBEIRO, 2009, p. 76).

É nesse âmbito que se situam, por exemplo, as Constituições italiana e brasileira de 1934,³³ que contemplavam uma série de direitos relativos à assistência social, à maternidade e às crianças e aos adolescentes. Pode-se afirmar, entretanto, que o paradigma de Estado social se tornou mais visível a partir da segunda metade do século XX, diante da forte intervenção do Estado nas relações privadas e na economia.

Os conflitos inerentes à manutenção e ao desenvolvimento do Estado social, e que o conduziram a um processo de degradação, envolveu dificuldades na redução das mazelas causadas pela desigualdade social e econômica, a partir da intervenção na propriedade privada e na atividade econômica. Segundo Baracho Júnior (2000), referido modelo

[...] retirou o vigor das tentativas de justificação racional do Direito ao impor a consecução de finalidades materiais a todo custo e, assim, ao menosprezar as suas necessidades de legitimação formal. Este paradigma foi superado em razão de sua incapacidade de ver o caráter privado essencial à própria dimensão pública, enquanto *locus* privilegiado da construção e reconstrução das estruturas de personalidade, das identidades sociais e das formas de vida. É precisamente esse aspecto da dimensão pública que deve agasalhar necessariamente o pluralismo social e político, constituindo-se em condição *sine qua non* de uma cidadania ativa efetiva, que se reconstrói quotidianamente na ampliação dos direitos fundamentais à luz da Constituição vista como um processo permanente. Exatamente a redução do público ao estatal conduziu aos excessos perpetrados pelo Estado social e sua doutrina. (BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 167).

Não apenas o encerramento da Segunda Grande Guerra do século XX, mas também, o fim da guerra-fria que a havia sucedido foram movimentos históricos importantes para deflagrar a crise do Estado social e o anseio por sua superação. Em verdadeira relação entre tese (Estado liberal), antítese (Estado social) e síntese (Estado democrático de direito), vem sendo, gradativamente, consolidado um novo regime constitucional.

Foi neste panorama que o Estado democrático de direito buscou conciliar a intervenção econômica e a prevalência dos direitos sociais, sem que isso implicasse excessos e situações imprevisíveis que decorriam, em sua maioria, das assimetrias de poder causadas pelo capitalismo de mercado. Ademais, o estado democrático de

³³ Ainda que, historicamente, tenha sido rapidamente sucedida pela Constituição de 1937 (BRASIL, [1945]), que rompeu com o paradigma democrático, e esta, por sua vez, substituída pela Constituição de 1946 (BRASIL, [1946]) que visou a restabelecê-lo.

direito se orientou pela reconstrução das conexões entre os direitos fundamentais na dicotomia de princípios e regras, tudo isso em busca de uma necessária segurança das relações jurídicas. Nesse modelo, "[...] o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos" (BOBBIO, 2014, p. 61).

Em comentário a esse movimento histórico, Bobbio (2004) destaca que

[...] os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable* foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas [...] (BOBBIO, 2004, p.18).

Essa tese de superação dos paradigmas anteriores, portanto, reconduziu a hermenêutica do Direito Privado a uma necessária conciliação de interesses públicos e privados que culminou com o movimento de sua constitucionalização. Como assinala Fachin (2012):

O Direito Privado, em tal moldura, acaba por ser nuclear na liberdade dos sujeitos exercida sobre suas propriedades. Embora, na realidade fática, o direito restrinja suas garantias - e, mais especificamente, o Direito Privado, na sua disciplina jurídica - aos proprietários de bens, a legitimação do status quo é oferecida pelo discurso de igualdade, que por evidente se coloca apenas no âmbito formal. O patrimonialismo do espaço privado - que, nessa fase, não cogita como valor maior a dignidade da pessoa humana - acabou por se refletir nas codificações do século XIX e início do século XX. (FACHIN, 2012, p. 14).

Muito embora o direito da personalidade possa ter sua gênese identificada em momentos anteriores da história, as grandes transformações que culminaram na revisão das bases do Direito Privado também implicam sua remodelação, não importando se seus reflexos se dariam em ambientes públicos ou privados. Por esse motivo é que um estudo histórico aprofundado a respeito do instituto perde importância, tendo esta pesquisa apenas delimitado as bases mais recentes que são relevantes para a compreensão da construção e do desenvolvimento do instituto.

Fiuzza (2008) explica que a justificativa racional dos direitos da personalidade encontra-se na coerência do próprio texto constitucional. Nessa senda, assim se expressa este autor:

Na realidade, o Direito Positivo, no Estado Democrático constitucionalizado, é a única fonte dos direitos da personalidade, dos direitos fundamentais da pessoa humana, tendo como princípio ou valor basilar a dignidade da pessoa humana. (FIUZA, 2008, p. 138).

E, nessa transição, a dignidade, como fonte máxima do direito da personalidade, se destaca como garantidora do valor existencial da pessoa e de sua independência na determinação de suas próprias escolhas, morais ou não, mediante fundamentação jurídico-normativa. (BARROSO, 2020). O espectro da personalidade relacionado à proteção da privacidade também trilhou caminho idêntico, sendo, inicialmente, relegado ao campo de uma liberdade negativa para impedir a intromissão do Estado em sua esfera íntima. Isso pareceu, por muito tempo, suficiente para a tutela da pessoa em todas as suas relações, e que não se comprovou, com o passar do tempo, ser uma conclusão verdadeira.

Bittar (2015) igualmente destaca que houve uma transição relevante na fundamentação do direito da personalidade, especialmente a se considerar importantes eventos históricos do século XX, dentre os quais se destaca, reiterar-se, a II Guerra Mundial, e nela o Holocausto, bem como a redemocratização brasileira desencadeada a partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, acontecimentos os quais apontaram para o elemento central da dignidade da pessoa humana como fundamentação do direito da personalidade.

O que escapou ao referido autor, é que o Direito, enquanto ciência social, sempre experimentou transições, deslocamentos de foco e de prioridades ao longo dos séculos causados por grandes movimentos sociais.³⁴ Assim, não foi um ou outro direito da personalidade que se desenvolveu dessa maneira, mas todo o sistema jurídico que culminou com a inafastável constitucionalização do Direito Privado como método de um novo modelo jurídico.

Assim, e em breve perspectiva histórica, é possível identificar com clareza o surgimento dos primeiros movimentos que se dirigiram à defesa dos direitos individuais (direitos do "homem"), nos séculos XVIII e XIX, que, posteriormente, convergiram para o hoje denominado direito da personalidade.

³⁴ A concessão de direitos a o *pater familias* no Direito Romano, a concentração da propriedade e dos direitos a ela inerentes típicos do feudalismo na Idade Média e, mais recentemente, duas grandes guerras (1914-1918 e 1939-1945, sendo esta muito significativa para o desenvolvimento e a ostensiva proteção dos direitos da personalidade) são alguns dos exemplos de momentos históricos destacados.

A célebre passagem da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (treze colônias), ainda em 1776 já registrava: "Consideramos estas verdades como auto evidentes [sic], que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes são Vida, Liberdade e busca da Felicidade." (ADMINISTRAÇÃO NACIONAL DE ARQUIVOS E REGISTROS DOS EUA, 1776, tradução nossa).³⁵

Além desta, outras passagens são igualmente capazes de ilustrar esse deslocamento de foco da ciência jurídica como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França em 1789. Neste documento, apontam Sá e Naves (2017, p. 10), ficou consagrado o direito à liberdade enquanto possibilidade de "fazer tudo que não prejudique o próximo". Neste marco histórico, o conceito de que o direito de um indivíduo somente encontra limites quando em confronto com os direitos de outros membros da sociedade se tornou indelével. E, de certa forma, essa dicotomia ainda se encontra presente em grandes e atuais divergências sobre os limites da autonomia privada e as diversas relações existenciais como o direito de morrer, o direito ao próprio corpo, à autodeterminação, o direito ao esquecimento, a produção de biografias não autorizadas, dentre outros.

Esse deslocamento histórico do sistema jurídico com a superação dos paradigmas impostos pelo Estado liberal fez emanar o conceito de dignidade da pessoa como "elemento central" da constitucionalidade democrática (TEPEDINO, 2016, p. 17), de forma a promover a funcionalização de diversas situações jurídicas, dentre as quais se destaca o direito da personalidade. Não se pode negar que foi a partir da influência da moral filosófica cristã, embora não com exclusividade, e inclusive aqui associado ao imperativo categórico kantiano (BARROSO, 2020), que os sistemas jurídicos contemporâneos passaram a valorizar a realização do valor intrínseco da dignidade humana. (MORAES, 2009; SARLET, 2020).

Sampaio (1998, p. 51) atribui a Otto von Gierke a "fundação" do direito da personalidade "como um marco unitário, catalisador de tudo que pudesse afetar o livre desenvolvimento da personalidade", ainda que sua contribuição não tenha sido acolhida no BGB de 1896. A esse respeito, o próprio Sampaio (1998) assinala que,

³⁵ We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.- (America's Founding Documents. Note: The following text is a transcription of the Stone Engraving of the parchment Declaration of Independence (the document on display in the Rotunda at the National Archives Museum.) The spelling and punctuation reflect the original.)

em praticamente todos os países europeus e da América Latina, foi possível identificar críticas da doutrina quanto aos aspectos não imediatamente quantificáveis do direito da personalidade, havendo uma convergência geral pela refutação da abstração da personalidade e da necessidade de se definir quais destes direitos seriam acolhidos e tutelados pela ordem jurídica. É possível constatar que ainda havia, nessa delimitação histórica, um sensível apego à materialidade do direito de propriedade.

O avanço do BGB foi, portanto, uma importantíssima referência histórica enquanto representativo de um passo para o abandono da crítica meramente positivista que impedia o reconhecimento do direito da personalidade. (BIONI, 2019).

É exatamente por isso que se torna importante compreender, na medida do recorte metodológico imposto a este trabalho, em que consiste o direito da personalidade, quais são as teorias que lhe subsidiam e as circunstâncias históricas que lhe são inerentes e resultam no fortalecimento do direito à privacidade e à proteção de dados pessoais.

Aliás, a este respeito impõe-se uma importante observação sobre a nomenclatura adotada nesta pesquisa.

É comum encontrar referências aos termos "liberdades públicas, direitos civis" e até mesmo a "direitos humanos" (OMMATI, 2020, p. 42), para referenciar a singularidade do "direito fundamental" do indivíduo.

Nesse sentido, Sarlet (2020) elucida que

[...] parte-se do pressuposto de que direitos humanos são aqueles reconhecidos e protegidos no âmbito do sistema internacional (universal e regional) dos tratados (convenções) de direitos humanos, editados pelos órgãos (organismos) competentes para tal efeito, ao passo que direitos fundamentais são aqueles (humanos ou não) consagrados expressa ou implicitamente - na esfera do direito constitucional de cada Estado, mesmo que este não tenha ratificado, ou então aderido apenas em parte aos tratados internacionais. (SARLET, 2020, p. 24).

Tal distinção também é pontuada por Sá e Naves (2017) e por Schreiber (2014), devendo-se ressaltar que o Código Civil de 2002 (CC/2002) adotou a nomenclatura direitos da personalidade em seu Capítulo II, Título I, Livro I, de sua Parte Geral.

Não se considera neste texto que esses direitos de personalidade, ou até mesmo os fundamentais em um sentido mais amplo, constituam direitos inatos ao ser humano, (OMMATI, 2020) o que lhes conferiria um viés jusnaturalista (CUPIS,

2008),³⁶ mas resultados de uma longa construção histórica balizada pelos constantes conflitos coletivos e individuais dos últimos séculos.³⁷

Na verdade, tal como ocorreu com o surgimento da Constituição formal e rígida e com o controle de constitucionalidade, os direitos fundamentais são uma aquisição evolutiva tipicamente moderna e pretenderam responder a uma nova necessidade de uma sociedade que se afirmava como diferente das anteriores e, portanto, moderna. (OMMATI, 2020, p. 42).

Na esteira dessa construção histórico-dialógica, "[...] a dignidade é a própria razão de ser dos direitos de personalidade, garantir que os aspectos do ser humano que lhe assegurem uma vida digna sejam respeitados e protegidos" (SÁ; NAVES, 2017, p. 23). O exercício do direito de personalidade está diretamente relacionado, portanto, com aquilo que se denominou fundamento da República (art. 1, III, CRFB/1988): a dignidade humana. Esse fato social somente se tornou visível a partir da conversão do princípio da dignidade humana enquanto princípio fundamental do ordenamento jurídico, não havendo que se falar em fundamentação paralela à legalidade constitucional; (PERLINGIERI, 2007).

Até por isso, a preferência pela utilização da expressão direito da personalidade, no singular, como indicativo de que se está a analisar a cláusula geral

³⁶ Em uma primeira análise, o posicionamento encontrado na obra de Bittar (2015) parece antagônico à defesa de uma cláusula geral de tutela e promoção da pessoa enquanto fundamento singular do que o mesmo denominou "direitos da personalidade", eis que literalmente afirma que sua justificativa se encontra no plano do jusnaturalismo. Porém, no capítulo 12, conclui que não mais importa o debate sobre o naturalismo e o positivismo à luz da dignidade da pessoa humana consagrada pela CRFB/1988 e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem. Corroborando esse posicionamento de que a pessoa é anterior ao ordenamento jurídico e de que a proteção à sua personalidade é uma questão supralegal se encontra outro autor, França (1979).

³⁷ Não se pode desconsiderar, entretanto, que a recentíssima construção do constitucionalismo democrático contemporâneo supera, apenas recentemente, determinados vieses que certamente influenciaram a doutrina e o processo legislativo brasileiro. Exemplo disso é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão quando da constituinte francesa em 1789, que reconheceu expressamente que: "os representantes do povo francês, constituídos na Assembleia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo pelos direitos do homem são as únicas causas dos infortúnios públicos e da corrupção dos governos, resolveram expor, em Declaração Solene, o natural, direitos inalienáveis e sagrados do homem [...]" (DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789). " les représentants du peuple français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme, sont les seuls causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme [...]" Tamanha era a preocupação em se constituir instrumentos de defesa do indivíduo contra a ação autocrática Estatal, que se propugnou com muita naturalidade pela existência de direitos inatos ao ser humano que somente poderiam ser reconhecidos pelo Estado e não por ele criados ou concedidos. Até por isso, Cupis (2008, p.26) afirma que "[...] a declaração constituiu o triunfo da escola do direito natural, firmando a concepção da existência de direitos subjetivos preexistentes ao Estado". A superação deste paradigma se deu, notadamente, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a qual consagrou a ideia de que "todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos".

de tutela e promoção da pessoa enquanto fundamento singular da privacidade e da proteção de dados pessoais as quais são denominadas como direitos propriamente ditos, muito mais por um aspecto didático do que por uma pretensa divisão estrutural.

O que se explicita, neste diapasão, é que se torna impossível compreender a dignidade humana de forma dissociada da personalidade do indivíduo. Isso, especialmente, porque é impraticável preencher-se o substrato conceitual de dignidade de forma totalmente abstrata, dependendo-se enfaticamente de um contexto a ser interpretado e permanentemente conjugado, principalmente a partir de um conceito de autodeterminação do próprio indivíduo. Como muito bem pontuam Sá e Naves (2017, p.20), "[...] a dignidade como valor carrega elementos culturais que não se definem a priori, mas, somente historicamente".

Privacidade e proteção de dados pessoais, portanto, como institutos positivados pelo ordenamento jurídico, são estudados de modo compartimentado por razões didáticas e não deixam de se situar no núcleo basilar da dignidade humana e do qual não podem se dissociar.

Por cautela, é importante destacar que não se pretende afirmar que a construção histórica do direito da personalidade signifique que seu conteúdo axiológico deva ser relativizado. Pelo contrário, parte-se do pressuposto de que a colisão entre direitos fundamentais seja meramente aparente, isto é, particularidades do determinado caso concreto são constantemente capazes de autorizar a aplicação ou não deste direito. (DWORKIN, 2014; OMMATI, 2020). O mesmo acontecerá na interpretação e na solução de *hard cases* relacionados ao direito à privacidade e à proteção de dados pessoais, tópico a ser oportunamente enfrentado.

Tudo o que se está a tutelar, idealmente, através do direito da personalidade, é um valor unitário e bastante singular, embora de difícil compreensão, o da dignidade humana. Até por isso, antes mesmo da promulgação da Lei 13.709/2018 não havia dúvida de que o direito à proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa, como claros e indeléveis desdobramentos do direito à privacidade, já estavam ampla e irrefutavelmente tutelados pela ordem constitucional.³⁸

³⁸ Aliás, foi exatamente essa a conclusão a que o Supremo Tribunal Federal (STF) chegou ao analisar a constitucionalidade da Medida Provisória (MP) 954 que tratava do acesso a dados pessoais de toda a população brasileira pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), através de compartilhamento dos bancos de dados das empresas de telecomunicação. Vide ADI 6.387 (BRASIL, 2020c), ADI 6.388 (BRASIL, 2020d), ADI 6.389 (BRASIL, 2020e), ADI 6.390 (BRASIL, 2020f) e ADI 6.393 (BRASIL, 2020g), julgamento em 07 maio 2020, que ocorreu antes da promulgação da PEC 17/2019 que foi convertida na Emenda Constitucional 115 e inseriu, nominalmente, o direito à

O próprio posicionamento do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6387³⁹ constitui seguro indicativo de que se coaduna com a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, (TEPEDINO, 2008) como núcleo essencial originário do direito à privacidade e à proteção de dados pessoais.

É a partir disso que o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais, que se apresentam como recortes desta pesquisa, encontram justificação no plano normativo-constitucional e devem ser compreendidos na solução de controvérsias inerentes à vida em sociedade.

3.2 Teoria clássica dos direitos da personalidade

Inicialmente, convencionou-se chamar de teoria clássica dos direitos da personalidade a sua defesa e a sua associação aos direitos subjetivos, ainda que com grande dificuldade para enumerá-los. Essa dificuldade é observada por Perlingieri (2007, p. 155), ao afirmar que "[...] não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado sobre a categoria do 'ter'. Na categoria do 'ser' não existe a dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser e a titularidade é institucional, orgânica".

Sob a égide da teoria clássica dos direitos da personalidade, foram inúmeros os autores que defenderam a tese negativista, isto é, de que existiriam "meras situações" a serem tuteladas e não direitos propriamente ditos (SÁ; NAVES, 2017, p. 23).⁴⁰ A teoria negativista dos direitos da personalidade, portanto, trilhou o caminho

proteção de dados pessoais como um direito fundamental contemplado pelo inciso LXXIX do art. 5º da CRFB/1988, a saber: Art. 5º. [...], LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (BRASIL, [2022a]).

³⁹ Extrai-se do voto do Ministro Luiz Fux a passagem reduzida segundo a qual se reconhece a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa como critério originário do direito à privacidade e à proteção de dados pessoais, a saber: a proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos, que envolvem uma tutela jurídica e âmbito de incidência específicos. Esses direitos são extraídos da interpretação integrada da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da garantia processual do *habeas data* (art. 5º, LXXII), todos previstos na Constituição Federal de 1988. (BRASIL, ADI 6.387, [2020c]).

⁴⁰ Tepedino (2016, p. 27) aponta que há uma incompreensão da doutrina ao associar Savigny à tese negativista dos direitos da personalidade, por entender que o mesmo apenas teria defendido a possibilidade de aplicação do direito de propriedade, sem que com isto fosse necessário criar-se um novo direito. A este sentir, Sá e Naves (2017, p.24), ao discorrer sobre a tese negativista e que ora é considerado como uma associação ao ponto de Savigny, explicam que o § 823, I, do BGB protegeria não apenas a propriedade, mas também qualquer "outro direito de lesões dolosas e culposas". Como visão crítica desta construção, tudo indica que o posicionamento de Savigny foi contaminado por uma excessiva axiologia que não levava em consideração a eficácia geral do princípio da igualdade entre os indivíduos e de sua autonomia privada – certamente, porque o movimento histórico ainda não havia evidenciado e reclamado esta evolução.

de compreendê-los enquanto um desdobramento, uma possível perspectiva, do direito de propriedade e dos deveres que lhe são inerentes.⁴¹ "O apego à noção de propriedade liberal produziu a incompreensão" (SÁ; NAVES, 2017, p. 28).

Situar os direitos da personalidade como um instituto diretamente associado à tutela e promoção da pessoa não constituía algo natural para o racionalismo jurídico puro e, talvez por isso, tenha havido a sua associação a "direitos", como se diversas esferas concorressem simultaneamente em relação ao seu titular. "É, exatamente, quando florescem as noções de negócio jurídico, relação jurídica e declaração de vontade, que são abstrações pandectistas, que defluem desse movimento jusracionalista". (BIONI, 2019, p. 53). O viés patrimonialista, inerente às grandes codificações, convergiram para o privilégio da autonomia da vontade, conceito este já superado pelo da autonomia privada, quando da derrocada do paradigma de Estado liberal. Porém, essa tendência gerou uma dificuldade de se atribuir independência aos direitos da personalidade e, mais, compreendê-los enquanto um rol exemplificativo.

Bioni (2019, p. 54) lembra que "[...] a própria dissidência histórica instaurada por Savigny quanto à recepção dos direitos da personalidade derivava de uma questão única e exclusivamente dogmática". Neste ínterim, a problemática atinente aos direitos da personalidade resultava de uma falha da lógica positivista: a inexistência de norma jurídica expressa que os admitisse em face do apego exacerbado ao caráter patrimonialista da propriedade privada.

Na esteira de uma tradição eminentemente liberal, não apenas os direitos da personalidade, mas principalmente o direito à privacidade reclamavam justificação na positividade da norma jurídica (BIONI, 2019; SÁ; NAVES, 2017; SAMPAIO, 1998) e eram associados a meras situações juridicamente encampadas pelo direito de propriedade.

Doneda (2021, p.118), ainda se referindo a um período histórico anterior, ressalta que, na idade média, é possível identificar anseios "[...] sistemáticos das pessoas pela privacidade ou isolamento". Porém, ainda naquela época, eram muito poucos os que tinham condições de exercer essa pretensão.⁴² Apenas senhores feudais, (DONEDA, 2021) é que iniciaram ciclos de isolamento em suas propriedades,

⁴¹ Para além disso, é assente na doutrina, valendo por todos Tepedino (2016) e Sá e Naves (2017), que a preocupação da doutrina negativista estava relacionada com a construção de uma justificativa teórica que legitimasse o "direito ao suicídio".

⁴² Ainda nem sequer denominado direito subjetivo, em razão de sua indeterminação histórica.

porque tinham poder e recursos para impô-los, do que se atribui a origem do valor da "intimidade". Por esta razão é que autores como Doneda (2021), Rodotà (2008) e Warren e Brandeis (1890) atribuem ao direito à privacidade uma origem essencialmente burguesa.

Esse desenvolvimento histórico revela a forte associação do direito à privacidade com a propriedade privada e com o próprio paradigma do Estado Liberal, sendo sua influência notada ainda atualmente nos países de tradição anglo-saxã. Sampaio (1998) ratifica que:

[...] transformações técnicas acompanhadas pelas mudanças políticas, sociais e econômicas, já antes desencadeadas pelos movimentos modernistas, começaram a exigir uma atualização dos conceitos e institutos jurídicos, inclusive o da propriedade, relativizando-a, por um lado, desdobrando-a por outro, mas sempre, pelo menos para efeito de nosso estudo, procurando manter em seu manto protetor, sem bordões ou fugidio caráter autônomo, um núcleo inexpurgável da intimidade. (SAMPAIO, 1998, p. 39).

Foi a superação desse arquétipo atrelado essencialmente a uma visão de Estado liberal e de apego exacerbado à propriedade privada e à autonomia da vontade como pressuposto do valor jurídico da igualdade que permitiu ao direito à privacidade se desenvolver com maior autonomia e rapidez.

3.3. O direito da personalidade na contemporaneidade

Com a superação da tese negativista dos direitos da personalidade, o CC/2002 foi o primeiro instrumento normativo brasileiro que, efetivamente, sacramentou seu reconhecimento pelo direito positivo. Porém, sem os definir de forma objetiva.⁴³

Para Cupis (2002, p. 24), os direitos da personalidade seriam uma equivocada nomenclatura para os "direitos subjetivos", os quais teriam aplicação ao atributo da personalidade do indivíduo de forma a protegê-lo contra qualquer lesão ou ameaça de lesão. O referido autor, inclusive, reconhece a construção histórico-dialógica do instituto, sujeito às vicissitudes e complexidades da vida na sociedade

⁴³ O art. 2º do CC/2002 estabelece que a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, mas assegura os direitos do nascituro desde a sua concepção. Em especial, a partir do art. 11, disciplina-se resumidamente que os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo sofrer limitação voluntária e que são passíveis de originar a inibição de conduta ofensiva, seja pela cessação de sua violação ou pela proibição de sua precipitação.

contemporânea. (CUPIS, 2002).

Para Tepedino (2008, p. 47), os direitos da personalidade constituem "[...] um novo reduto de poder do indivíduo [...]" diretamente relacionado à autonomia privada e, via de consequência, capaz de definir o conteúdo e atribuir "critérios de validade" aos negócios jurídicos e aos atos da vida civil.

Independentemente de outras eventuais categorizações e divergências quanto à tipicidade ou não dos direitos da personalidade, entende-se que essa discussão pode ser superada pela simples compreensão de que a CRFB/1988 elevou a dignidade humana como um de seus mais importantes pilares, o que fez com que:

[...] a perspectiva jurídica tomasse a si o papel garantidor da transição em direção ao personalismo, ausente em outros momentos históricos quando a Igreja, o Estado e o Exército tiveram alçadas de poder em relação às escolhas individuais. (MORAES, 2009, p. 19).

Como pressuposto da igualdade formal e material entre todos os indivíduos, torna-se muito claro que o conteúdo jurídico desta dignidade somente pode ser preenchido por uma decisão individual, incapaz de legitimar a imposição de um padrão de conduta social e supostamente aceito por outrem, revestindo-se o direito como instrumento garantidor dessa face da autonomia privada. Perlingieri (2007, p. 37) fala, neste ínterim, em "igual dignidade social" (tradução nossa).⁴⁴

Ainda que a fundamentação do direito da personalidade tenha evoluído sensivelmente nos últimos dois séculos, a preocupação com o direito à privacidade e, notadamente, com a proteção de dados pessoais, é muito mais recente. Uma das mais relevantes conceituações de privacidade é atribuída a Warren e Brandeis (1890) os quais iniciam o tradicionalíssimo artigo *the right to privacy* com uma referência à proteção do direito de propriedade, em clara alusão à teoria negativista dos direitos da personalidade.⁴⁵ Porém, ressaltam a necessidade de se definir uma nova forma de tutela oriunda dos direitos subjetivos. Neste histórico estudo sobre o direito à privacidade, foi cunhada a expressão de que haveria um direito de ser deixado só.⁴⁶

⁴⁴ A expressão adotada pelo autor é: *pari dignità sociale*.

⁴⁵ Logo no início de sua obra, Rodotà (2008) faz uma severa crítica aos vieses contidos na contribuição de Warren e Brandeis (1890) sobre o direito à privacidade, identificando traços muito característicos de sua associação à propriedade privada ou a um direito da elite burguesa da época. De fato, aquilo que é defendido pelos referidos autores citados por grande parte da doutrina brasileira é um conceito muito próximo da concepção de direito negativo típica do Estado liberal e que, há décadas, teve a sua limitação exposta em razão do princípio da tutela e promoção da dignidade da pessoa.

⁴⁶ *Right to be left alone*.

Com isto, para muito além da tutela de um direito subjetivo contra a intromissão estatal na vida íntima do indivíduo, propugnou-se pela existência deste direito de impedir a interferência de terceiros em aspectos da vida privada, inclusive, mas não se limitando à imagem.⁴⁷

Na medida em que a sociedade evolui, até mesmo na escala exponencial (ISMAIL; MALONE; GEEST, 2015) com que os negócios jurídicos se iniciam, desenvolvem e se concluem em meios eletrônicos, não apenas informatizados, mas cada vez mais automatizados, assim como as próprias relações privadas, a coleta de informações das pessoas ocorre de forma cada vez mais frequente e se torna ainda mais expressiva. Todo esse movimento social acaba se direcionando ao conceito de capitalismo de vigilância, (ZUBOFF, 2019) enquanto entidades públicas e privadas passem a ser capazes de acumular tantos dados pessoais de tal modo a influenciar o exercício de direitos individuais, principalmente pela ausência de transparência⁴⁸ em suas práticas.

Tamanho é a modificação do tecido social impulsionada pelas mais diversas técnicas de tratamento de dados pessoais, que Zuboff (2019) propõe a desconstrução do conceito de usuário ou consumidor de serviços em meios eletrônicos. A autora afirma que:

Os clientes foram os sujeitos do processo comercial, que prometia o alinhamento com suas demandas "o que eu quero, quando eu quero, onde eu quero". No Google, o ciclo foi similarmente orientado para o indivíduo como seu assunto, mas sem um produto físico para vender, ele flutuou para fora do mercado, uma interação com os usuários em vez de uma transação de mercado com os clientes.

Isso ajuda a explicar por que é impreciso pensar nos "usuários" do Google como seus clientes: não há troca econômica, preço e lucro. Nem os usuários funcionam no papel de trabalhadores. (ZUBOFF, 2019, p. 71, tradução nossa).⁴⁹

⁴⁷ Muitos são os textos que se dedicam ao estudo abrangente do direito à privacidade e à proteção de dados pessoais fazem uma ou mais referências ao artigo de Warren e Brandeis publicado na *Harvard Law Review* em 1890 e intitulado *The right to privacy*, como se ele tivesse constituído a fundação deste direito. Todavia, em seu próprio texto é possível notar uma referência ao *right to be left alone* sustentado por Thomas Cooley que, em 1878, havia publicado o *Treatise on the law of torts or the wrongs which arise independently of contract*. Mas, também a esse respeito, Rodotà (2008, p. 234) assinala que já na metade do século XIX, um escritor, Robert Kerr, descrevia a sociedade da Inglaterra vitoriana, fazendo referência a um direito de se ser deixado só, quarenta anos antes do famoso ensaio de Warren e Brandeis.

⁴⁸ Decorrente do desvio de finalidade realizado pelas organizações, ao utilizarem dados pessoais respaldados em outras bases legais, como o legítimo interesse e a proteção do crédito. O mesmo é afirmado por Rodotà (2008, p. 46) ao lecionar que os dados pessoais coletados na esfera pública e privada "[...] possibilitam uma série de usos secundários, especialmente lucrativos para os gestores dos sistemas interativos".

⁴⁹ Customers were the subjects of the commercial process, which promised alignment with their "what

O direito da personalidade na contemporaneidade precisa ser contextualizado com esses complexos arranjos e essas práticas sociais que, no mais das vezes, não são sequer claros para o usuário-médio. Para muito além da dicotomia do que vem a ser público ou privado no exercício do direito à privacidade, aqui importa essencialmente compreender que a dignidade da pessoa reclama uma necessária releitura, pois sua efetiva aplicação pressupõe a adequada compreensão de seu contexto.

Por isso, cada vez se torna mais nítida a aproximação feita por Rodotà (2008) entre o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais em face da liberdade e da dignidade. As relações de poder oriundas da digitalização dos dados pessoais e do processamento, em larga escala, de bancos de dados de dimensões inimagináveis em um passado próximo, resultam na evidente possibilidade não apenas da segmentação e do perfilamento do indivíduo de acordo com suas preferências e opiniões, mas também e para a potencial discriminação em razão de crenças religiosas, condições de saúde, etnia, dentre outros. É por isso que Rodotà (2008, p. 233-234) destaca que a privacidade é o elemento essencial da tríade: "sociedade da igualdade, sociedade da participação e sociedade da dignidade".

Assegurar dignidade à pessoa se torna sinônimo da existência de meios de controle sobre os dados pessoais enquanto elemento fundamental para a garantia de uma sociedade verdadeiramente igualitária, isto é, que trate seus integrantes de maneira isonômica e sem qualquer prática discriminatória, seja pelo agente estatal ou por entes privados, o que no cotidiano seria até mesmo de difícil comprovação.

Em outras palavras, assegurar a dignidade da pessoa é um dever constitucional cada vez mais próximo do direito à privacidade e à proteção de dados pessoais, como instituidores de mecanismos de transparência e fiscalização da licitude, nas diversas atividades de tratamento.

De igual maneira, a existência de estruturas jurídicas capazes de regular efetivamente o fluxo dos dados pessoais relacionados a opiniões políticas, participações em órgãos sindicais ou entidades de caráter religioso ou filosófico⁵⁰

I want, when I want, where I want demands". At Google, the cycle was similarly oriented toward the individual as its subject, but without a physical product to sell, it floated outside the marketplace, an interaction with users rather than a market transaction with customers. This helps to explain why it is inaccurate to think of Google's "users" as its customers: there is no economic exchange, no price and no profit. Nor do users function in the role of workers.

⁵⁰ Inclusive definidos pela lei como dados pessoais sensíveis, conforme preconizado pelo art. 5º, inciso II, da LGPD: Art. 5º. Para os fins desta Lei, considera-se: [...] II - dado pessoal sensível: dado pessoal

constitui instrumento para a garantia de que o cidadão não seja alijado do processo democrático. Essas mesmas estruturas, quando aplicadas aos dados pessoais relacionados à autodeterminação, dão suporte àquilo que se convencionou chamar de sociedade da liberdade, "[...] para se opor às forças que levam à construção de uma sociedade da vigilância, da classificação e da seleção social". (RODOTÀ, 2008, p. 234).

É a partir dessa proposição que o referido autor constrói o conceito de corpo eletrônico, até mesmo considerando a dinâmica das relações sociais e a constatação de que os dados pessoais arremontados eletronicamente podem constituir a identidade e a autoafirmação plena do indivíduo, o que, aliado à visão que ele tem de si mesmo, constitui a denominada definição. Se, em um momento histórico passado, era possível falar na autodeterminação da pessoa e no espaço de não-direito que o ordenamento jurídico lhe reconhece como *locus* qualificado da expressão de sua individualidade, tal qual se auto afirma, agora, a linha divisória entre o público e o privado, assim como o espaço de não-direito e o espaço de direito impositivo externo, se torna de difícil compreensão e delimitação. A transformação digital da sociedade obnubila os marcos divisórios desses campos de conflito entre a autonomia privada e os direitos da coletividade e passa a exigir que existam mecanismos efetivos para regular o fluxo informacional que representa, em última instância, a expressão da personalidade da pessoa.

É o próprio Rodotà (2007) que destaca que

[...] surge a questão de qual é o estatuto epistemológico do sujeito, que é uma questão que ultrapassa o discurso jurídico e se torna objeto de reflexão filosófica e sociológica, ética e psicanalítica. O sujeito não se apresenta mais como compacto, unificador, resolvido. É, mais do que um problema, um enigma. Torna-se nômade. Exprime uma realidade fragmentada e móvel. Não é um pouso, mas um processo. (RODOTÀ, 2007, p. 147, tradução nossa).⁵¹

Esse conceito advém da percepção de que a pessoa mencionada nos inúmeros documentos internacionais relativos aos Direitos humanos, assim como no âmbito da

sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. (BRASIL, [2022j]).

⁵¹ Si pone così la domanda di quale sia lo statuto epistemologico del soggetto, che è questione che va oltre il discorso giuridico e diviene tema della riflessione filosofica e sociologica, dell'etica e della psicoanalisi. Il soggetto non si presenta più come compatto, unificante, risolto. È, più che problema, enigma. Si fa nomade. Exprime una realtà frantumata e mobile. Non è appredo, ma processo.

própria Constituição Federal, não diz respeito ao indivíduo singularmente considerado, mas, à "pessoa social". (RODOTÀ, 2007, p. 149). Matos e Ruzyk (2019) destacam, em sintonia com a concepção proposta, que os dados pessoais constituem legítimas

[...] expressões da personalidade humana, sendo que o controle sobre o acesso e o tratamento de dados pessoais é parte de um espaço de liberdade constitucionalmente assegurado aos indivíduos, integrando a compreensão sobre sua privacidade. (MATOS; RUZYK, 2019, p. 201).

No mesmo sentido, Bioni (2019, p. 63) ressalta que "[...] os direitos da personalidade seriam os caracteres incorpóreos e corpóreos que conformam a projeção da pessoa humana". Na contemporaneidade, os estreitos laços entre a privacidade e a dignidade se tornam cada vez mais especiais. Rodotà (2008) se opõe de forma enfática à tendência de maior objetificação do direito da personalidade encontrada nos países cujo regime é o *common law*, assinalando que no âmbito do direito à privacidade, a dignidade da pessoa deve implicar a garantia de que ela e seus valores, crenças e dados não se tornem mercadorias. Opõe-se, portanto, ao que denominou objetificação da pessoa.

Se à dignidade é estranha a ideia de se atribuir unilateralmente valores e preconcepções a um indivíduo, seria correto afirmar o mesmo com relação à privacidade, pois, ao mesmo tempo em que a dignidade da pessoa é garantidora da privacidade, esta também é garantidora da dignidade da pessoa.

Dito de outro modo, a cláusula geral de tutela da personalidade⁵² que contempla situações jurídicas subjetivas, inclusive as de caráter não patrimonial, é expressamente recepcionada como princípio fundante da república no âmbito reparatório (a viabilizar efetivo e integral ressarcimento) e também no âmbito preventivo (para impedir antecipadamente a violação do direito e evitar ou mitigar, conforme o caso, a ocorrência de dano a ser ressarcido).

O direito da personalidade, portanto, para além de constituir um instituto em permanente evolução, é dotado de uma "noção inacabada" (BIONI, 2019, p. 59) e os itens que o compõem, como o direito à vida, ao nome, à honra, à dignidade, à liberdade, à cidadania, à integridade física e psíquica, à privacidade e intimidade, à imagem, à liberdade de pensamento e expressão, somente podem ser compreendidos

⁵² Embora denominada cláusula geral de tutela da personalidade, não se poderia olvidar da sua imperativa eficácia normativa. Ainda que se trate do tema no âmbito principiológico (dignidade), há que se levar em consideração a força normativa dos princípios (OMMATI, 2020).

de modo meramente exemplificativo, pois, de outra forma, se estaria a restringir a própria personalidade naquele espaço de não direito assegurado ao indivíduo.

Abandona-se e supera-se a concepção de pessoa atrelada à sua significação econômica, consumerista e laborativa, para também nela contemplar atributos subjetivos de uma "nova consciência jurídica e social". (RODOTÀ, 2007, p. 152).⁵³

Não seria complexo compreender que, nesse diapasão, os dados de uma pessoa, frequentemente associados à projeção de sua própria personalidade, podem estar perfeitamente compreendidos dentre os mais elementares direitos fundamentais. Trata-se da nomenclatura de corpo eletrônico tratado por Rodotà (2017b) e reafirmado por Bioni (2019). Surge, a partir desta construção, talvez, o mais básico direito do titular, o da retificação de seus dados pessoais inseridos em bancos de dados de terceiros, a fim de que reflitam adequada e tempestivamente os atributos de sua personalidade.⁵⁴

Na construção histórico dialógica de um direito à privacidade e no seu recente desdobramento na proteção de dados pessoais, ambos os quais se encontram compreendidos pela categoria do direito da personalidade, e ainda que não se tenha a pretensão de remontar todos os detalhes de uma pretensa evolução histórica, comporta observar, sim, que este instituto tem sido frequentemente associado a uma origem burguesa (DONEDA 2021; RODOTÀ, 2008) que não mais se amolda à vida contemporânea ou pós-moderna.

É no texto histórico de Bendich (1966) que se encontra uma importante associação do direito à privacidade e à concentração de riquezas:

Por uma questão de consideração abstrata, parece claro que a pobreza e a privacidade estão intimamente e inversamente relacionadas. Se a essência do direito à privacidade está nesse padrão de direitos que cria uma liberdade significativa de escolha no contexto de nossa sociedade, requer pouca reflexão para perceber que a fome nutricional ou cultural constitui uma forma de compulsão ou constrangimento bastante incompatível com tal liberdade.

⁵³ Em sua *passagem*, Rodotà (2007, p. 152) exemplifica essa transição ao citar o art. 16 do Código Civil francês: Um reconhecimento explícito e intenso da nova consciência jurídica e social, por outro lado, pode ser visto no novo art. 16 do Código Civil francês. A referência da nova disciplina, que vem das leis de bioética de 1994, é << respeito ao corpo humano >> e a formulação geral do artigo é muito eloquente: << a lei garante a primazia da pessoa, proíbe qualquer atentado à sua dignidade e garante o respeito ao ser humano desde o início da vida >>. (FRANÇA *apud* RODOTÀ, 2007, p. 152). Un riconoscimento esplicito e intenso della nuova consapevolezza giuridica e sociale, invece si coglie nel nuovo art. 16 del Codice civile francese. Il riferimento della nuova disciplina, che viene dalle leggi sulla bioetica del 1994, è <<il rispetto del corpo umano>> e la formulazione complessiva dell'articolo è assai eloquente: <<la legge assicura il primato della persona, vieta ogni attentato alla sua dignità e garantisce il rispetto dell'essere umano fin dall'inizio della vita>>.

⁵⁴ Atualmente, positivado no art. 18, III, LGPD.

Isso está implícito na frase popular "mendigos não podem escolher". Com efeito, o conceito de sendo a casa do homem o seu castelo, para fins de segurança e privacidade, pressupõe não só a existência de uma casa, mas também que o homem será capaz de entrar, sair e abastecê-lo de tal maneira que não seja sua prisão ou masmorra. (BENDICH, 1966, p. 414, tradução nossa).⁵⁵

Porém, esse viés se aproxima muito mais de um recurso meramente retórico, na medida em que representa uma longínqua referência sobre a ideia de privacidade e não é considerada como a própria origem do instituto, ao passo que ainda se apega, exacerbadamente, à visão literal da propriedade privada.

Convém ressaltar que é exatamente a partir do movimento social e tecnológico que impulsionou o convívio em sociedade na segunda metade do século XX, que o instituto ganha contornos razoavelmente contemporâneos. Se é imperativo reconhecer à personalidade os atributos de sua representação em todas as esferas do relacionamento humano, seja nos meios tradicionais ou nos novos meios tecnológicos, e a consequente promoção da cláusula geral de tutela e promoção da pessoa em todas essas esferas, também o direito à privacidade seria dotado das mesmas características.

Para além disso, já em seu desdobramento na proteção de dados pessoais imposta pela evolução das relações sociais, fica ainda mais claro como importa não apenas proteger a pessoa da interferência de terceiros em sua esfera íntima, mas também dotá-la de meios efetivos para controlar aquilo que se percebe a seu respeito. Nessa tessitura, tem menos importância a relação binária entre público e privado e alcança um *status* de essencialidade o exercício de controle de uma pessoa sobre as próprias informações a seu respeito que se encontram pulverizadas no tecido social.

E, a partir dessa evolução, é possível conceber o segundo atributo do direito à proteção de dados pessoais, representado *in casu* pela qualidade dos dados⁵⁶ e que, segundo Bioni (2019, p. 67) "determina a necessidade de haver uma correspondência fidedigna entre a pessoa e seus dados pessoais", pouco importando a natureza

⁵⁵ As a matter of abstract consideration, it seems clear that poverty and privacy are intimately and inversely related. If the essence of the right to privacy is in that pattern of rights making for meaningful freedom of choice in the context of our society, it requires little reflection to perceive that nutritional or cultural starvation constitutes a form of compulsion or constraint rather incompatible with such freedom. This is implicit in the popular phrase "beggars can't be choosers." Indeed, the concept of a man's home being his castle, for purposes of security and privacy, presupposes not only the existence of a house but also that the man will be able to enter, leave, and provision it in such a way that it is not his prison or dungeon.

⁵⁶ Positivado atualmente como um princípio no art. 6º, V, LGPD. (BRASIL, [2022j]).

pública ou privada do banco de dados onde tais informações se insiram, conquanto não possam constituir óbice à efetiva realização da dignidade da pessoa.

3.3.1 A regulação da privacidade na tradição continental

A regulação do direito à privacidade, tal qual o conhecemos enquanto um desdobramento do mero conceito daquele direito de estar só alardeado por Warren e Brandeis (1890) somente se torna significativa a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1789. Porém, importa compreender que a experiência humana oriunda de duas grandes guerras ocorridas no século XX deu origem à Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), em 1948, em cujo art. 1º está consagrado que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos". (ORGANIZAÇÃO AS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A referência à dignidade como elemento central do ordenamento jurídico é uma constante em praticamente todos os sistemas jurídicos dos países de tradição continental⁵⁷ (RODOTÀ, 2008), ainda que sempre comporte uma interpretação circunscrita de forma bastante específica no tempo e no espaço.

Com este propósito, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, documento datado de 18 de dezembro de 2000, enuncia em seu preâmbulo que a União [...] baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade [...],⁵⁸ vindo a definir em seu art. 1º que "a dignidade do ser humano é inviolável, deve ser respeitada e protegida". (UNIÃO EUROPEIA, 2000).

Na tradição continental, os atributos da personalidade são essencialmente valorizados enquanto fundamentos da privacidade e da proteção de dados pessoais.

⁵⁷ Notadamente, que tenham sofrido influência mais significativa dos sistemas francês, alemão, italiano e romano.

⁵⁸ Mais precisamente: "Preâmbulo [...]. Consciente do seu património espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, coloca o ser humano no cerne da sua acção".(UNIÃO EUROPEIA, 2000).

3.3.1.1 Privacy Guidelines da década de 1980

Em 23 de setembro de 1980, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) publicou as suas Diretrizes⁵⁹ aos países membros no tocante às práticas de proteção da privacidade e das liberdades individuais, reconhecendo-as como ponto comum de convergência de seus respectivos associados.

Em reunião plenária de seu Conselho, foram formalmente estabelecidas as seguintes recomendações:

- a) que os países membros considerassem positivar em sua legislação interna os princípios relativos à proteção da privacidade e das liberdades individuais;
- b) que os países membros se esforçassem para remover ou se abster de criar qualquer obstáculo ao fluxo transfronteiriço de dados pessoais sem uma justificativa forte; e
- c) que os países membros cooperassem na implementação das Diretrizes.

Esse documento estabeleceu as bases de grande parte da principiologia da moderna legislação da proteção de dados pessoais.⁶⁰ A imposição comum, por exemplo, de que deve existir um limite à coleta de dados pessoais com respeito à legalidade e, sempre que possível com o conhecimento ou o consentimento do indivíduo, está muito claramente refletida na positivação do princípio da necessidade (art. 6º, inciso III, da LGPD), enquanto a "[...] 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 [...]". (BRASIL, [2022;]).

Outros princípios que constam dessas Diretrizes também foram, ao seu tempo, internalizados pela LGPD, como o princípio da qualidade dos dados⁶¹ (art. 6º, inciso

⁵⁹ Denominadas *OECD Privacy Guidelines*.

⁶⁰ Como a LGPD e o Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais.

⁶¹ Princípio da Qualidade dos Dados: Os dados pessoais devem ser relevantes para os fins a que se destinam e, na medida do necessário para esses fins, devem ser exatos, completos e atualizados (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 1980, tradução nossa). Data Quality Principle: Personal data should be relevant to the purposes for which they are to be used and to the extent necessary for those purposes, should be accurate, complete, and kept up to date.

V), da finalidade⁶² (art. 6º, inciso I), da segurança⁶³ (art. 6º, inciso VII) e responsabilidade e prestação de contas⁶⁴ (art. 6º, inciso X).

A análise deste documento revela como já se compreendida a necessidade de criar mecanismos garantidores de ampla transparência sobre os usos primários e secundários dos dados pessoais, os quais já estavam compreendidos como fundamentais numa realidade associada ao fluxo transfronteiriço de informações, mesmo que na época, ainda não houvesse eclodido a revolução social e econômica causada pelo amplo acesso à *Internet*.⁶⁵

⁶² Princípio da Especificação da Finalidade: As finalidades para as quais os dados pessoais são coletados devem ser especificadas o mais tardar, no momento da coleta de dados e o uso subsequente limitado ao cumprimento dessas finalidades ou outras que não sejam incompatíveis com essas finalidades e conforme especificado em cada ocasião de mudança de propósito. (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 1980, tradução nossa). Purpose Specification Principle: The purposes for which personal data are collected should be specified not later than at the time of data collection and the subsequent use limited to the fulfillment of those purposes or such others as are not incompatible with those purposes and as are specified on each occasion of change of purpose.

⁶³ Princípio de Salvaguardas de Segurança: Os dados pessoais devem ser protegidos por salvaguardas de segurança razoáveis contra riscos como perda ou acesso não autorizado, destruição, uso, modificação ou divulgação de dados. (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 1980, tradução nossa). Security Safeguards Principle: Personal data should be protected by reasonable security safeguards against such risks as loss or unauthorized access, destruction, use, modification or disclosure of data.

⁶⁴ Princípio da responsabilidade: Um controlador de dados deve ser responsável pelo cumprimento das medidas que dão efeito aos princípios acima mencionados. (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 1980, tradução nossa). Accountability Principle: A data controller should be accountable for complying with measures which give effect to the principles stated above.

⁶⁵ Em verdade, a precipitação de um documento neste sentido pode ser atribuída, em grande parte, aos efeitos da revolução da microinformática ocorrida em meados da década de 1970, conforme se observa no item *General background das Guidelines*, de onde se extrai: 1. A década de 1970 pode ser descrita como um período de intensificação das atividades investigativas e legislativas relativas à proteção da privacidade no que diz respeito à coleta e uso de dados pessoais. Numerosos relatórios oficiais mostram que os problemas são levados a sério no plano político e, ao mesmo tempo, que a tarefa de equilibrar interesses opostos é delicada e improvável de ser cumprida de uma vez por todas. O interesse público tende a se concentrar nos riscos e nas implicações associados ao processamento informatizado de dados pessoais e alguns países optaram por promulgar leis que tratam exclusivamente de computadores e atividades suportadas por computador. Outros países preferiram uma abordagem mais geral às questões de proteção da privacidade, independentemente da tecnologia de processamento de dados específica envolvida. (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 1980, tradução nossa). The 1970s may be described as a period of intensified investigative and legislative activities concerning the protection of privacy with respect to the collection and use of personal data. Numerous official reports show that the problems are taken seriously at the political level and at the same time that the task of balancing opposing interests is delicate and unlikely to be accomplished once and for all. Public interest has tended to focus on the risks and implications associated with the computerised processing of personal data and some countries have chosen to enact statutes which deal exclusively with computers and computer-supported activities. Other countries have preferred a more general approach to privacy protection issues irrespective of the particular data processing technology involved

Naquele documento, também foram definidos conceitos incorporados pela legislação contemporânea, como o de controlador de dados pessoais,⁶⁶ enquanto aquele que tem a competência para decidir sobre o tratamento de dados pessoais, independentemente de onde os mesmos sejam coletados, armazenados, processados ou distribuídos por si próprio ou por um prestador de serviços.⁶⁷

3.3.1.2 Diretiva Européia de 1995 e o Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu

Passada mais de uma década desde as Diretrizes da OCDE, a União Européia publicou a sua Diretiva 95/46/CE, de 13 de dezembro de 1995, com um extenso regulamento sobre a proteção de dados pessoais, limites para Estados-Membros e a obrigação de que criassem entidades nacionais com competência para fiscalizar seu cumprimento.

Esse documento vigorou por quase duas décadas, até que foi revogado pelo Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu conhecido como Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD).⁶⁸

É interessante notar, todavia, que ainda que as *Privacy Guidelines* da OCDE tenham constituído a gênese da moderna legislação sobre o tratamento de dados pessoais, foi a Diretiva 95/46/CE que avançou significativamente na criação de direitos e obrigações mais complexos e alinhados à realidade interconectada das relações privadas. Enquanto um instrumento normativo de maior complexidade, foi assegurada uma *vacatio legis* de praticamente três anos, já que foi concedido aos Estados membros da União Europeia, até 24 de outubro de 1998 para a internalização de suas diretrizes.⁶⁹

⁶⁶ Em *Part One, General definitions*.

⁶⁷ Na LGPD Pessoais, em seu art. 5º, inciso VI, está definido que o controlador é "a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais". (BRASIL, [2022j]).

⁶⁸ Acrônimo adotado para evitar o desnecessário anglicismo: General Data Protection Regulation (GDPR).

⁶⁹ É o que se extrai do Considerando nº. 69 da Diretiva 95/46/CE, segundo o qual: (69) Considerando que é conveniente conceder aos Estados-membros um prazo não superior a três anos a contar da data de entrada em vigor das medidas nacionais de transposição da presente directiva, durante o qual essas novas disposições nacionais serão aplicadas de forma progressiva a qualquer tratamento de dados já em curso; que, para facilitar uma aplicação rentável dessas disposições, os Estados-membros poderão prever um prazo suplementar, que expirará doze anos a contar da data de adopção da presente directiva, para assegurar a conformidade dos ficheiros, manuais existentes com determinadas disposições da directiva; que os dados contidos nesses ficheiros, que sejam objecto

Ainda neste momento inicial de uma legislação mais robusta para a proteção da privacidade e dos dados pessoais, iniciou-se, com muita clareza, a sistematização de direitos e obrigações que deveriam ser observados nas relações públicas e privadas.

Uma das mais significativas disposições, e que se identifica diretamente com a LGPD, está inserida no art. 6º, 1, alínea b, da Diretiva, segundo a qual os Estados membros têm a obrigação de assegurar que dados pessoais sejam tratados para "[...] finalidades determinadas, explícitas e legítimas, e que não serão posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades". (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Além disso, o art. 7º da referida Diretiva estabeleceu os requisitos para o tratamento de dados pessoais, isto é, os fundamentos sobre os quais qualquer atividade de tratamento deveria se amparar para se legitimar, devendo-se destacar, dentre elas (e a primeira), o consentimento inequívoco, a execução de contrato (incluindo a fase pré-contratual), o cumprimento de obrigação legal, a proteção de interesses vitais do titular, a execução de políticas públicas ("missão de interesse público ou o exercício da autoridade pública") e na hipótese de interesses legítimos do controlador ou de terceiros. (UNIÃO EUROPEIA, 1995).

A Diretiva 95/46/CE tem, portanto, uma grande identidade com as disposições contidas na LGPD e serviu indubitavelmente de inspiração e modelo para a criação da legislação brasileira.

Porém, a Diretiva 95/46/CE, contando com quase três anos de *vacatio legis* e mais vinte anos de vigência até 25 de maio de 2018, quando passou a vigorar o RGPD, foi fundamental para a transição e o amadurecimento da sociedade europeia como um todo, no tocante à conscientização da proteção de dados pessoais e de sua profunda correlação com a liberdade individual e com a democracia (RODOTÀ, 2008).

A Diretiva definia o conceito de dado pessoal enquanto:

[...] qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (pessoa em causa); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, directa ou indirectamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos de sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social. (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

de um tratamento manual efectivo durante esse período de transição suplementar, deverão ser postos em conformidade com essas disposições aquando da realização desse tratamento. (UNIÃO EUROPEIA, 1995).

A principal necessidade de superação da Diretiva 95/46/CE se deu em razão da evolução das relações sociais e, principalmente, pela exponencialidade dos usos tecnológicos que se tornaram possíveis em um passado recente. Neste sentido, por positivar vários conceitos de acordo com a realidade de sua época, a Diretiva acabou por não contemplar determinadas situações que se tornaram expressivas com o passar do tempo. Exemplo categórico dessa constatação reside no próprio conceito de dado pessoal que foi expandido pelo RGPD para também contemplar "[...] identificadores por via eletrónica a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social [...]". (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Com a nova redação para o conceito de dado pessoal dada pelo RGPD, ficou muito mais claro que nele poderiam ser incluídos identificadores de *smartphones* e de conexão à Internet (número IP⁷⁰), dados de geolocalização, biometria (impressões digitais, linhas faciais, mapeamento de retina, dentre outros).

Ainda com uma visão antropocêntrica, o RGPD trilhou uma longa sistematização de respeito às liberdades individuais, ainda que reconheça a importância do fluxo transfronteiriço de dados pessoais como um dos mais importantes vetores da economia internacional. Assim, estabeleceu como princípios,⁷¹

⁷⁰ "Um Endereço de Protocolo da Internet (Endereço IP), do inglês Internet Protocol address (IP address), é um rótulo numérico atribuído a cada dispositivo (computador, impressora, smartphone etc.) conectado a uma rede de computadores que utiliza o Protocolo de Internet para comunicação.^[1] Um endereço IP serve a duas funções principais: identificação de interface de hospedeiro ou de rede e endereçamento de localização". (ENDEREÇO IP, 2022).

⁷¹ Assim consta do RGPD: Art. 5º, 1. Os dados pessoais são: a) Objeto de um tratamento lícito, leal e transparente em relação ao titular dos dados («licitude, lealdade e transparência»); b) Recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas e não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades; o tratamento posterior para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, não é considerado incompatível com as finalidades iniciais, em conformidade com o art. 89.º, n.º 1 («limitação das finalidades»); c) Adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados («minimização dos dados»); d) Exatos e atualizados sempre que necessário; devem ser adotadas todas as medidas adequadas para que os dados inexatos, tendo em conta as finalidades para que são tratados, sejam apagados ou rectificados sem demora («exatidão»); e) Conservados de uma forma que permita a identificação dos titulares dos dados apenas durante o período necessário para as finalidades para as quais são tratados; os dados pessoais podem ser conservados durante períodos mais longos, desde que sejam tratados exclusivamente para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, em conformidade com o art. 89.º, n.º 1, sujeitos à aplicação das medidas técnicas e organizativas adequadas exigidas pelo presente regulamento, a fim de salvaguardar os direitos e liberdades do titular dos dados («limitação da conservação»); f) Tratados de uma forma que garanta a sua segurança, incluindo a proteção contra o seu tratamento não autorizado ou ilícito e contra a sua perda, destruição ou danificação acidental, adotando as medidas técnicas ou organizativas adequadas («integridade e confidencialidade»); 2. O responsável pelo tratamento é responsável pelo cumprimento do disposto no n.º 1 e tem de poder comprová-lo («responsabilidade»). (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

em seu art. 5º, a licitude, lealdade e transparência, a finalidade determinada, explícita e legítima, a minimização, a exatidão, a limitação da conservação, a integridade e confidencialidade e a responsabilidade.

De forma ainda muito semelhante, a Diretiva 95/46/UE dispunha que os princípios relativos à legitimidade do tratamento de dados consistiam na lealdade e na licitude, na finalidade determinada, explícita e legítima, na minimização, na exatidão e na limitação da conservação. Apesar de existir, de fato, uma inovação com o RGPD, é possível constatar-se que a sua essência é a mesma da referida Diretiva, razão pela qual seu estudo passa a ser mais relevante do que o desta.

Estabelece o RGPD que as atividades de tratamento de dados pessoais somente podem ser consideradas lícitas se fundamentadas em alguma das hipóteses de seu art. 6º, as quais são delimitadas da seguinte maneira:

1. O tratamento só é lícito se, e na medida em que, se verifique pelo menos uma das seguintes situações:
 - a) O titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas;
 - b) O tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados;
 - c) O tratamento for necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;
 - d) O tratamento for necessário para a defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular;
 - e) O tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento;
 - f) O tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança. (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

É muito clara a especificação de que as atividades que envolvam o tratamento de dados pessoais, independentemente do contexto, do tempo e do intuito de lucro, dependem sistematicamente de seu enquadramento nas bases legais assentadas pelo art. 6º do RGPD. Esse é o principal mecanismo estabelecido para se exercer um controle de licitude, para garantir que não haja predominância na violação dos direitos da personalidade tutelados.

A mesma pressuposição foi incorporada na LGPD, e isto significa dizer que todas as práticas adotadas por entes públicos ou privados que se baseiam no tratamento de dados pessoais devem ser analisadas, porquanto devam estar

mapeadas, e a elas atribuída uma hipótese de tratamento lícito.

Isso significa que, no âmbito do RGPD, fazer e gerar evidências do cumprimento de tais exigências andam lado a lado.

3.3.2 A regulação da privacidade na tradição da *common law*

A regulação do direito à privacidade e à proteção de dados pessoais na tradição da *common law* seguiu um caminho razoavelmente diverso dos sistemas continentais. O seminal artigo de Warren e Brandeis (1890) publicado na *Harvard Law Review* que consagrou a expressão do direito de estar só (ser deixado só) e a obra de Prosser (1960) são considerados os antecedentes históricos que precederam a mais relevante obra estadunidense do século XX: Westin (2015).

Em resumo, enquanto a contribuição de Warren e Brandeis (1890) tinha como escopo a formulação de um direito de estar só, Prosser (1960) avançou, ao relacionar o descumprimento deste direito à responsabilidade civil. Mas foi somente na obra de Westin (2015), que se anteciparam as consequências do uso de dados pessoais na preservação da democracia e no que o autor denominou sociedade da vigilância.

Porém, é importante observar que, em países dessa tradição, o reconhecimento de direitos da personalidade caminhou muito lentamente e foi relegado ao campo de um direito meramente subjetivo (assim considerado em seu aspecto individualista e associado a uma pretensa liberdade individual), tema tão criticado por Rodotà (2007, p. 140), ao tratar da necessária transição da tutela do sujeito à pessoa.⁷²

3.3.3 Privacidade, proteção de dados e autodeterminação informativa no espaço do não direito

É comum, ao se tratar da proteção de dados pessoais, também associá-la à expressão "autodeterminação informativa", reconhecida expressamente como um dos fundamentos da LGPD.⁷³⁻⁷⁴ É que, para além da conexão entre privacidade, proteção

⁷² Como tratado pelo próprio Rodotà (2007) e denominada *Dal soggetto alla persona*.

⁷³ Como se infere da previsão contida no art. 2º, II, LGPD e, por exemplo, do Considerando 11 do RGPD

⁷⁴ E também expressamente mencionada pelo acórdão da ADI 6.387 do Supremo Tribunal Federal como derivação e garantia direta da proteção constitucional da intimidade, vida privada e da dignidade

de dados pessoais e dignidade, há que se reconhecer igualmente a sua direta relação com a expressão da individualidade e a atribuição reflexiva de identidade pela pessoa. É nesse aspecto que se cogita da referida autodeterminação.

A este propósito, Rodotà (2008, p. 15) assevera que "num mundo onde nossos dados estão em movimento incessante, o direito a controlar a maneira na qual os outros utilizam as informações a nosso respeito torna-se igualmente importante".

Isso decorre da superação da visão meramente negativista do direito da personalidade e, neste caso, do direito à privacidade. A fim de assegurar meios efetivos para a tutela da dignidade da pessoa e, diante do desenvolvimento das relações sociais, não basta mais apenas cogitar-se de impedir a intromissão alheia na vida privada, mas, essencialmente, de estabelecer mecanismos estruturais para que isso não aconteça e para regular o fluxo informacional, quando o acesso a dados pessoais tenha ocorrido licitamente. Vale dizer, a eliminação da opacidade das práticas dos diversos agentes de tratamento também constitui um elemento essencial na tutela e na promoção da dignidade humana.

A autodeterminação informativa, considerada como um reflexo da autonomia privada e do próprio espaço de não direito assegurado à pessoa (RODOTÀ, 2006) abrange não apenas aquilo com que ela se identifica e se atribui do ponto de vista existencial, mas, também, na

[...] reivindicação dos limites que protegem o direito de cada indivíduo a não ser simplificado, objetivado, e avaliado fora de contexto (J. Rosen?). Já que os fluxos de informação não contêm somente dados destinados para fora - a serem mantidos longe das mãos alheias -, mas também dados destinados para dentro - sobre os quais a pessoa talvez queira exercer o direito de não saber -, a privacidade deve ser considerada também como o direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular. (RODOTÀ, 2008, p. 15).

Essa afirmação se justifica a partir da superação do caráter exclusivamente negativo do direito à privacidade (DONEDA, 2021) como direito de excluir a interferência alheia na vida privada do indivíduo,⁷⁵ mas, a partir de então, fonte geradora do controle sobre o fluxo de dados e sobre as estruturas orgânicas que comportam os fluxos informacionais.

da pessoa humana.

⁷⁵ Historicamente associada à mais rústica concepção de direito fundamental enquanto instrumento de proteção do indivíduo contra a atuação do Poder Público e que, atualmente, encontra-se superada (OMMATI, 2020), conforme destacado anteriormente.

Por este motivo é que o tradicional conceito de direito à privacidade como um direito de estar só (WARREN; BRANDEIS, 1890) não é suficiente para a tutela das relações públicas e privadas da pessoa no contexto do Estado Democrático de Direito. Na difícil tarefa de delimitar conceitualmente o conteúdo desse direito, Sartoretti (2008) observa que a

[...] privacidade é um conceito exasperantemente vago e evanescente, que foi assumindo com o desenvolvimento da sociedade e o advento das tecnologias de informação e comunicação, diferentes contornos jurídicos e conteúdos, enriquecendo-se de significados sempre novos capazes de sugerir novas investigações sobre os problemas a ela conectados (SARTORETTI, 2008, p. 7-9, tradução nossa).⁷⁶

Nota-se, portanto, a gênese de que o direito fundamental à proteção de dados pessoais não deve significar apenas uma garantia de que a vida privada fique imune de interferências, sejam elas provenientes de entes públicos ou privados, mas de que sua preservação e eficácia estão indissociavelmente vinculadas à existência de mecanismos capazes de salvaguardar a pessoa de práticas abusivas e de dotá-la de instrumentos para controlar as informações a seu respeito. Tudo isso conciliado em um contexto plural em que outros direitos derivados da dignidade da pessoa também exercem influência mediante uma orientação casuística.

Ainda que a busca por uma autodeterminação plena do indivíduo se apresente como uma quimera, a LGPD (art. 2º, II) visou a assegurar requisitos mínimos para que se considere presente a autodeterminação informativa enquanto direito subjetivo da pessoa de controlar o fluxo sobre as suas próprias informações.

Sua origem, aliás, reporta a um acórdão do Tribunal Constitucional Alemão de 1983 que analisou, naquele país, a denominada Lei do Censo.⁷⁷ Esse julgado foi muito bem analisado por Mendes (2020), para conceituar o que viria a ser interpretado como o núcleo conceitual da autodeterminação informativa:

[...] o processamento automatizado dos dados ameaçaria o poder do indivíduo de decidir por si mesmo se, e como ele desejaria fornecer a terceiros

⁷⁶ la privacy è uno concetto exasperantemente vago and evanescent, che ha assunto con lo sviluppo della società e l'avvento delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, contorni e contenuti giuridici diversi, arricchendosi di significati sempre nuovi in grado di suggerire ulteriori indagini sulle problematiche ad essa connesse.

⁷⁷ É curioso notar que, praticamente 40 anos depois, no Brasil, foi também um julgado de uma Corte Constitucional que primeiro reconheceu o direito à autodeterminação informativa como desdobramento da privacidade e da dignidade da pessoa humana no contexto da realização de pesquisa pelo IBGE, durante a pandemia do Coronavírus. (BRASIL, ADI, 6.387, 2020c).

os seus dados pessoais, considerando que o processamento de dados possibilitaria a elaboração de um perfil completo da personalidade por meio de sistemas automatizados integrados sem que o interessado pudesse controlar de forma suficiente sua correção e utilização.

Tal utilização ampliaria a influência do Estado sobre o comportamento do indivíduo, que não mais seria capaz de tomar decisões livres em virtude da pressão psíquica de participação pública. Uma sociedade na qual os cidadãos não mais são capazes de saber quem sabe o que sobre eles, quando e em que situação, seria contrária ao direito à autodeterminação informativa, algo prejudicial tanto para a personalidade quanto para o bem comum de uma sociedade democrática (MENDES, 2020, p. 11).

Se, do ponto de vista histórico, o direito à privacidade ficou restrito a uma visão meramente individual e excludente da interferência de terceiros na vida íntima da pessoa, a evolução da sociedade, notadamente verificada após a revolução da microinformática na década de 1970, passou a exigir um passo a mais, isto é, uma elevação de grau, a fim de que a garantia da expressão da personalidade da pessoa fosse mantida efetiva. E isso se deu com o desenvolvimento do conceito de autodeterminação informativa enquanto direito subjetivo de conhecer e controlar os fluxos das informações sobre si mesmo.

4 A REGULAÇÃO DA PRIVACIDADE NO BRASIL

A tradição nacional de regulação da privacidade, dos dados pessoais e, de um modo geral, até mesmo dos direitos da personalidade, embora se pudesse inicialmente pressupor uma grande influência dos sistemas romano-germânicos, acaba por se revelar como um grande caleidoscópio que recebe transformações simultâneas das mais variadas culturas.⁷⁸

É indubitável que a busca pelo desenvolvimento do direito à privacidade e à proteção de dados pessoais irá remontar a diversos elementos de culturas jurídicas essencialmente diversas. Porém, não se assume neste texto o equivocado viés de que a sua evolução deva ficar restrita apenas a tais influências externas, já que é indubitável que o sistema brasileiro tem identidade própria e deve-se primar pelo seu desenvolvimento (SANTOS, 2007). Assim, ainda que com as necessárias referências ao direito à privacidade e à proteção de dados pessoais, há que se compreender a tutela desses direitos no âmbito do Estado democrático de direito.

4.1 Constituição Federal

No âmbito da ordenação jurídica nacional, a doutrina e a jurisprudência pouco evoluíram no último século no tocante ao direito fundamental à privacidade, à intimidade e à vida privada, já que ainda predominava a visão de que constituíam liberdades meramente negativas, (SAMPAIO, 1998) a essencialmente protegerem o indivíduo da intromissão estatal em sua vida.

Até por isso, foi inserido no rol do art. 5º da CRFB/1988 que "[...] são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". (BRASIL, [2022a]).

⁷⁸ Essa miscigenação é extremamente clara, e. g., no âmbito do Direito Processual, em que as técnicas processuais de julgamento por precedentes inseridas na Lei 13.105/2015 (BRASIL, [2022i]) foram reconhecidamente inspiradas no direito inglês ou até mesmo na Propriedade Intelectual, em cuja reforma das Leis 9.279/1996 (BRASIL, [2021d]), 9.610/1998 (BRASIL, [2021e]) e 9.609/1998 (BRASIL, 1998) foi fomentada a inserção da responsabilidade civil com caráter punitivo. Não difere, neste íterim, o estudo da proteção de dados pessoais, principalmente com a inafastável tutela, através de arranjos contratuais inerentes aos fluxos transnacionais para os mais variados países.

Outras disposições de índole constitucional, que se relacionam diretamente com a privacidade e a proteção de dados pessoais, também são encontradas nos incisos LXIX e LXXII do próprio art. 5º, os quais asseguram a concessão de *habeas data* como medida para se obter conhecimento de informações relativas à pessoa que constem de bandos de dados públicos ou de caráter público, assim como para a retificação de dados. Além disso, há que se considerarem, igualmente, a tutela e a inviolabilidade das interceptação telefônicas e telegráficas e de dados.

O art. 5º, inciso XI, merece especial destaque ao considerar que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador [...]", (BRASIL, [2022a]) excepcionadas as hipóteses de flagrante delito, desastre, socorro ou para o cumprimento de ordem judicial,⁷⁹ passagem que remete à expressão comumente utilizada na *common law*.⁸⁰

E, de maneira esparsa e não sistematizada, a tutela da privacidade e dos dados pessoais recebeu tratamento pela ordenação jurídica. Como salienta Doneda (2021), o direito civil, processual, penal, comercial, tributário e inúmeras outras leis esparsas⁸¹ e normas deontológicas. Mais recentemente, porém, e seguindo uma tendência muito clara firmada pelo RGPD de sistematizar, de forma ampla, a proteção de dados pessoais, a EC 115⁸² concedeu a estes o *status* de direito fundamental, ao contemplar a criação do inciso LXXIX do art. 5º da CRFB/1988.⁸³

Embora extremamente significativo, o formal reconhecimento de um direito fundamental à proteção de dados pessoais não constituía impedimento para a tutela desse direito como atributo da personalidade e até mesmo como liberdade individual e propriamente como direito fundamental.

⁷⁹ Neste caso, apenas durante o dia.

⁸⁰ *For a man's house is his castle*. Passagem originalmente atribuída a uma decisão de 1644 de Sir Edward Coke, mas que já se encontrava presente na literatura britânica em *The stage of popish toys: containing both tragical and comical parts*, e que significa "[...] pois a casa de um homem é o seu castelo" (ESTIENNE, 1581, tradução nossa).

⁸¹ Os exemplos citados pelo autor são as Leis 8.069/90, Lei 5.988/73 e Lei 4.595/64 (DONEDA, 2021, p. 268-269).

⁸² Emenda Constitucional nº. 115, de 2022, oriunda da PEC 17 que inseriu o direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental. (BRASIL, 2022a).

⁸³ Assim ficou a redação deste dispositivo a partir da EC 115: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (BRASIL, [2022a]).

Doneda (2021) já havia sinalizado neste sentido, quando pontuou que:

Se derivarmos a proteção de dados pessoais diretamente da privacidade, tal qual espécie e subespécie, poderíamos sustentar existir uma extensão da tutela da privacidade à proteção de dados pessoais, sendo esta última uma espécie de mão longa da primeira. Tal operação, se bastaria para abarcar a disciplina sob a égide constitucional, acaba por simplificar demasiadamente os fundamentos da tutela de dados pessoais, o que pode eventualmente limitar o seu alcance. (DONEDA, 2021, p. 269).

Não se defende, nesta tese, a inconveniência da EC 115 que reconheceu a formalização do direito fundamental à proteção de dados pessoais. Bem assim, a existência de normatização sistematizada e própria para a tratativa do tema, representada especificamente pela LGPD, é extremamente útil para a orientação individual e coletiva e corrobora a criação de segurança jurídica. Neste sentido, as situações subjetivas que se encontram compreendidas pela referida legislação específica podem ser derivadas não apenas da histórica garantia constitucional do direito à privacidade, mas, também, especificamente através da tutela da dignidade da pessoa, temas estes praticamente indissociáveis.⁸⁴

Porém, não se desconsidera que a abordagem esparsa e pouco aprofundada do direito à privacidade e de seus inúmeros desdobramentos trouxe dificuldades à interpretação e aplicação do direito, já que circunstâncias factuais traziam à lume, com muito mais frequência, o debate sobre a extensão e a constitucionalidade da interceptação telefônica e telemática em detrimento da proteção à privacidade enquanto direito fundamental.⁸⁵

É o próprio Doneda (2021) que denuncia a histórica controvérsia a respeito da extensão do direito fundamental à privacidade:

⁸⁴ Reconhece-se, portanto, e corroborando Doneda (2021), que a existência de um substrato normativo próprio, partindo da esfera constitucional para a infraconstitucional, concorra para mitigar assimetrias informacionais e *déficits* de aprofundamento na matéria, notadamente ao se deparar com *hard cases*. Porém, considera-se, neste texto, que essa é uma crítica fática à realidade doutrinária e jurisprudencial brasileira e não um impeditivo à evolução hermenêutica da matéria. E, neste ponto, talvez tenhamos uma leve divergência com o autor, (DONEDA, 2021, p. 268-271) no sentido de que a simplificação (apenas) de um tratamento constitucional não constitua impeditivo para a tutela da pessoa. Falhas de interpretação ou de compreensão da complexidade não constituem fatores normativos mas, sim, obstáculos a serem superados pela realidade judiciária.

⁸⁵ Mais uma vez, ressalta-se o fato de que não é a derivação do direito à proteção de dados pessoais, enquanto direito fundamental ligado à privacidade e à dignidade, o problema a obstar o avanço da doutrina e da jurisprudência, senão por um obstáculo meramente hermenêutico. A noção de corpo eletrônico já havia sido indicada por Rodotà (2008) há muitos anos.

Tal interpretação trazia consigo o risco de sugerir uma grande permissividade em relação à utilização de informações pessoais. Nesse sentido, uma decisão do STF, relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, reconheceu expressamente a inexistência de uma garantia de inviolabilidade sobre dados armazenados em computador com fulcro em garantias constitucionais, endossando tese de Tércio Sampaio Ferraz Júnior segundo a qual o ordenamento brasileiro tutelaria o sigilo das comunicações - e não os dados em si. (DONEDA, 2021, p. 270).

A polêmica a que se referira Doneda (2008), inclusive objeto de votação não unânime pelo STF, está representada pelo acórdão do RE 418.416-8/S, que considerou lícita a busca e apreensão de computadores de uma sociedade empresária para a instrução de ação penal sob o argumento de que

[...] não há violação ao art. 5º, XII da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve quebra do sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão da base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial. (BRASIL, RE 418.416/8/SC, 2006).

A incompreensão residiu no fato de que, embora a constituição federal tenha outorgado, como ainda o faz, o *status* de direito fundamental à privacidade, dados constantes de um periférico ou computador poderiam dizer respeito a atributos da personalidade e intimidade e vida privada, hipótese em que deveriam tais ativos ser igualmente tutelados.⁸⁶ O atributo garantidor, à espécie, de uma eventual barreira à coleta de provas, não deveria residir no meio através do qual os dados (pessoais) eventualmente estivessem representados, mas, efetivamente, no seu conteúdo, se, e quando fosse possível associá-lo aos atributos da personalidade de seu titular.⁸⁷⁻⁸⁸

⁸⁶ Do contrário, colhe-se do voto do Min. Cezar Peluso, em ratificação ao Relator Sepúlveda Pertence: "Nem a Microsoft suporia que ao computador fosse dada a capacidade de transformar o objeto daquele registro em objeto de sigilo de caráter absoluto. Isto é, se o dado objeto de registro manual, como Vossa Excelência disse, não goza de sigilo algum, o mesmo registro transposto para o computador não pode, evidentemente, predicar ou exigir sigilo e, muito menos, sigilo de caráter absoluto, que tornaria também absolutamente inviável a persecução criminal. Bastaria que a prova do crime fosse sempre registrada no computador, o que tornaria inviável a persecução criminal". (BRASIL, RE 418.416/8/SC, 2006).

⁸⁷ Chama a atenção, entretanto, outro acórdão do STF, de relatoria do próprio Min. Sepúlveda Pertence e publicado quase oito anos antes, no qual se registrou que "[...] Não se trata, no caso, pois, de colmatar lacuna da lei incriminadora por analogia: uma vez que se compreenda na decisão típica da conduta incriminada, o meio técnico empregado para realizá-la pode até ser de invenção posterior à edição da lei penal: a invenção da pólvora não reclamou a redefinição do homicídio para tornar explícito que nela se compreendia a morte dada a outrem mediante arma de fogo". (BRASIL, HC 76.689, 1998).

⁸⁸ Porém, no citado RE 418.416-8/SC, instaurou-se grande debate acerca do conceito de interceptação das comunicações e do direito à privacidade, sendo tais direitos afastados, quando se procedeu à necessidade de apreensão de computadores e à análise de dados que poderiam, claramente, ser caracterizados como pessoais. Neste segundo caso, o meio parece ter prevalecido sobre a forma.

O entendimento então consolidado foi "[...] amplamente referenciado como precedente em julgados dos quais o STF identificou que a natureza fundamental da proteção de dados estaria restrita ao momento da sua comunicação" (DONEDA, 2021, p. 271). Contudo, isso mostrou quanta importância foi dada à disposição do inciso XII do art. 5º da CRFB/1988 que assegura a inviolabilidade de correspondência, comunicações telegráficas, de dados e telefônicas em detrimento de outro direito fundamental que lhe é equivalente e estampado no inciso X do referido dispositivo, segundo o qual são igualmente invioláveis a intimidade e a vida privada. Fica claro, principalmente em uma realidade cada vez mais interconectada das relações privadas, que o sigilo das comunicações, considerado nesta tese de uma forma geral, é apenas e, talvez, uma característica menor da imposição de tutela da pessoa através de sua dignidade e privacidade.

Atividades que remontam ao tratamento de dados pessoais que não tenham relação com as comunicações e a sua interceptação têm, cada vez mais, uma importância significativa na potencial ofensa à privacidade e à proteção de dados pessoais. Acaba por se tornar inimaginável uma negativa de que dados pessoais, relacionada ou não a comunicações privadas, armazenados em equipamentos eletrônicos deixassem de ser tutelados como tal, apenas pela preponderância do meio em que tenham sido mantidos, já que este efetivamente não é o determinante, mas o próprio corpo eletrônico (RODOTÀ, 2006), como expressão da personalidade cuja tutela também é imposição da cláusula geral de tutela da pessoa.⁸⁹

Nesse diapasão, a EC 115 não promoveu o reconhecimento inicial de um direito à proteção de dados pessoais, mas a sua sistematização de forma mais clara e em sintonia com a cláusula geral de tutela da pessoa, (MORAES, 2009) que constitui o núcleo fundamental em torno do qual orbita a ordenação jurídica.⁹⁰

(BRASIL, RE 418.416/8/SC, 2006).

⁸⁹ Afirmação que certamente se encontra em sintonia com o movimento de constitucionalização do direito privado e com a visão antropocêntrica baseada na cláusula geral de tutela da pessoa.

⁹⁰ Aliás, é extremamente oportuna a lição contida no discurso de Rodotà (2017a) em sua Aula Magna na Universidade de Macerata, na Itália, por ocasião do recebimento de seu diploma de *laurea honoris*. Discorreu, o referido Professor: "Existem outros dilemas diante de nós, outras inquietações se aproximam. Uma pessoa fechada em uma lógica de consumo que produz uma antropologia regressiva, não uma figura do consumidor, mas de consumado, como escreveu Benjamin Barber. Uma pessoa cuja identidade é subtraída da sua autonomia e consciência e confiada a procedimentos automáticos, à tecnologia de algoritmos e da computação autônoma (*autonomic computing*). A pessoa novamente entregue à abstração, desencarnada, reduzida a um fantasma tecnológico? Em face de tudo isso, surge a antropologia do *homo dignus*, que nos obriga a manter a dimensão humana no centro, sua riqueza, imprevisibilidade e liberdade" (RODOTÀ, 2017a, p. 16).

Em 2020, meses antes da promulgação da PEC 17 e da publicação da EC 115, o STF teve a oportunidade de se debruçar novamente sobre a extensão do direito à privacidade e do seu necessário desdobramento na proteção de dados pessoais, por ocasião do julgamento de uma série de ações diretas de inconstitucionalidade⁹¹ ajuizadas em face da Medida Provisória n.º. 954, de 17 de abril de 2020.

A referida MP dispunha sobre o compartilhamento de dados pessoais pelas prestadoras de serviço de telecomunicação fixa e móvel com o IBGE a fim de subsidiá-lo na produção estatística que estava inviabilizada *in loco* em decorrência da pandemia do Coronavírus.⁹² A MP impunha às operadoras do Serviço de Telefonia Fixo Comutado (STFC) e do Serviço Móvel Pessoal (SMP) o fornecimento em meio eletrônico ao IBGE de nomes, números de telefone e endereços de consumidores como pessoas naturais e jurídicas, a fim de que o Instituto pudesse fazer e entrevistas não presenciais não especificadas no texto normativo, sendo assegurado (art. 3º) o caráter sigiloso dos dados e sua utilização exclusivamente para a finalidade de pesquisa. Em decisão liminar lavrada pela Min. Rosa Weber, a eficácia da MP 954/2020 (BRASIL, 2020b) foi suspensa,⁹³ convindo destacar o reconhecimento de que

[...] tais informações, relacionadas à identificação - efetiva ou potencial - de pessoa natural, configuram dados pessoais e integram, nessa medida, o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, *caput*), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII). Sua manipulação e tratamento, desse modo, hão de observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delineados pela proteção constitucional. (BRASIL, ADI 6.387, 2020c).

⁹¹ ADI 6.387 (BRASIL, 2020c), ADI 6.388 (BRASIL, 2020d), ADI 6.389 (BRASIL, 2020e), ADI 6.390 (BRASIL, 2020f) e ADI 6.393 (BRASIL, 2020g)

⁹² Reconhecida por força da Lei 13.979/2020 que dispõe sobre "as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus responsável pelo surto de 2019". (BRASIL, 2020a).

⁹³ A decisão monocrática foi referendada pelo Tribunal Pleno do STF em 07 de maio de 2020 por 10 votos contra 01. Não obstante, a decisão imposta a todas as ADI que questionavam a constitucionalidade da MP 954/2020 (BRASIL, 2020b) foi relacionada à perda de seus respectivos objetos, em razão do decurso do prazo de vigência da Medida Provisória sem a sua respectiva conversão em Lei, o que não retira o mérito e a importância da decisão monocrática, referendada pelo Plenário, que indicou e ratificou de forma indubitável a garantia constitucional à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informativa como consequências da tutela da privacidade no âmbito constitucional. Do voto do Min. Alexandre de Moraes, destaca-se: "Tradicionalmente havia sempre grande discussão, mas intimidade e vida privada, obviamente, acabavam abarcando dados relacionados às pessoas".

No julgamento do Plenário do STF o Ministro Luiz Fux ressaltou que:

A proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos, que envolvem uma tutela jurídica e âmbito de incidência específicos. Esses direitos são extraídos da interpretação integrada da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da garantia processual do *habeas data* (art. 5º, LXXII), todos previstos na Constituição Federal de 1988. (c). (BRASIL, ADI 6.387, 2020c).

Daí a importância que se atribui ao referido acórdão que, pela primeira vez, reconheceu a literalidade da derivação do direito à proteção de dados pessoais, do direito à privacidade, assegurando-se inclusive a autodeterminação informativa.⁹⁴ No plano constitucional, destarte, convém frisar que o direito à privacidade (positivado desde 1988) e o direito à proteção de dados pessoais como desdobramento necessário e inafastável da tutela da pessoa (tradicionalmente compreendida e na concepção de corpo eletrônico) e de sua personalidade encontrava plena condição de reconhecimento, mas, apenas recentemente, foi compreendido como tal. Por este motivo, a EC 115 tem uma importância fundamental, ao ratificar o que a doutrina e a recente jurisprudência admitiam quanto à integração de todos esses institutos de forma indissociável, constituindo-se pressuposto necessário para o exercício da autonomia privada hodierna.

4.2 Código Civil de 1916 e o de 2002

O CC/1916, seguindo a tradição patrimonialista típica do Estado Liberal e do próprio movimento de codificação que lhe antecedeu, não dedicou qualquer capítulo aos direitos da personalidade, limitando-se a disposições gerais em seus artigos iniciais, no sentido de que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro." (BRASIL, 1916).

Alguns direitos da personalidade encontravam-se expressos de forma ainda esparsa, como é o exemplo do direito à imagem⁹⁵ e à inviolabilidade de

⁹⁴ Esta, assegurada no plano normativo pelo art. 2º, inciso II, da Lei 13.709/18, como um dos fundamentos da proteção de dados pessoais. (BRASIL, [2022]).

⁹⁵ Art. 666, inciso X. (BRASIL, 1916).

correspondência.⁹⁶ Outras leis contemporâneas ao Código de Beviláqua vieram, cada qual a seu tempo, e revelaram, gradativamente, uma preocupação maior com a tutela da pessoa.⁹⁷ Neste sentido, observa Bioni (2019) que:

Nessa conjuntura, no cenário nacional ainda sob a vigência do Código Civil de 1916, a doutrina brasileira já reconhecia os direitos da personalidade de forma implícita, mediante a interpretação de dispositivos que versavam remotamente sobre os aspectos extrapatrimoniais das relações sociais. (BIONI, 2019, p. 56).

O anteprojeto do Código Civil de Orlando Gomes, de 1963, sinalizou um avanço na tutela dos direitos da personalidade, ao dedicar um Livro para as "pessoas". Na exposição de motivos do CC/2002, foi ressaltado que:

Todo um capítulo novo foi dedicado aos *Direitos da personalidade*, visando à sua salvaguarda, sob múltiplos aspectos, desde a proteção dispensada ao nome e à imagem, até o direito de se dispor do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos. Tratando-se de matéria de *per se* complexa e de significação ética essencial, foi preferido o enunciado de poucas normas dotadas de rigor e clareza, cujos objetivos permitirão os naturais desenvolvimentos da doutrina e jurisprudência. (BRASIL, 2005, p. 37, grifo do autor).

Especificamente nos arts. de 11 a 21 do CC/2002, os direitos da personalidade encontraram ampla acolhida, muito embora seja possível apresentar uma série de críticas às características que lhe foram atribuídas da intransmissibilidade e da irrenunciabilidade em face do conceito de autonomia privada e de igualdade formal e material entre os indivíduos.

A despeito de outros detalhes sobre a tutela do direito da personalidade contemplados no CC/2002, parece clara a constatação de que houve uma significativa abertura para a constitucionalização do direito privado e para o que a doutrina (MORAES, 2009, 2010) propugna como dever da ordenação jurídica orbitar em torno da pessoa.

⁹⁶ Art. 671, *caput* e parágrafo único. (BRASIL, 1916).

⁹⁷ É o que se pode extrair de uma leitura de disposições normativas do século passado dentre as quais se destaca, ainda de modo muito superficial e talvez grosseiro: Decreto 20.931, de 11 de janeiro de 1932 (BRASIL, 1932), e Lei 5.479, de 10 de agosto de 1968 (BRASIL, 1968). O Código Penal, de 1940 (BRASIL, [2022b]), é outro exemplo que tutelou como bens jurídicos relevantes atributos da personalidade como a vida, a honra e a imagem.

4.3. Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) também tratou da proteção de dados do consumidor de forma branda, porém suficientemente mais visível do que a legislação contemporânea à sua promulgação. Estabeleceu, por exemplo, que constitui prática abusiva dos fornecedores de produtos ou serviços repassarem informações depreciativas referentes a ato praticado pelo consumidor,⁹⁸ no exercício de seus direitos. (BRASIL, [2021c]).

Pressupõe o art. 39, VII, do CDC, que o fornecedor de produtos ou serviços realizaria o tratamento de dados pessoais de consumidor, neste caso especificamente através da coleta e conservação, e vedou o desvio de finalidade,⁹⁹ isto é, a publicização e o compartilhamento de qualquer dado que pudesse depreciar a sua pessoa.

Porém, o avanço mais expressivo do CDC reside nas disposições contidas no art. 43 e em seus parágrafos, os quais estabelecem limitações à criação de bancos de dados e cadastros de consumidores. (BRASIL, [2021c]) Disciplinou-se, já no *caput* do referido dispositivo, o direito de acesso à informação¹⁰⁰ a respeito da existência de cadastros, fichas, registros e dados pessoais "e de consumo", e suas respectivas fontes, uma das premissas mais fundamentais que veio a ser consagrada pela LGPD,¹⁰¹ não só para as relações consumeristas, mas para quaisquer outras.

Assumindo-se o pressuposto de que a existência de dados pessoais sobre consumidores constituía uma necessidade inafastável da atividade empresarial, seja para o cumprimento de obrigações legais, para a execução do contrato de fornecimento de produto ou serviço, ou até mesmo para atividades de prospecção

⁹⁸ Em tempo, convém destacar que o conceito de consumidor está definido no art. 2º do CDC como a pessoa natural ou jurídica que adquire produto ou serviço como destinatária final. Porém, o Código normatiza também outras situações em que tais pessoas assumem a condição de consumidores por equiparação, como ocorre no art. 17 (vítimas de evento danoso causado pelo fato do produto ou do serviço), no art. 29 (quaisquer pessoas expostas às práticas comerciais, ainda que não tenham adquirido diretamente produto e serviço) e o parágrafo único do art. 2º (a coletividade que haja intervindo na relação de consumo, ainda que indeterminável). (BRASIL, [2021c]).

⁹⁹ Um dos pilares fundamentais contemplado em várias passagens da LGPD e por ela definido princípio no art. 6º, 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;

¹⁰⁰ Estabelece o art. 43, CDC: Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. (BRASIL, [2021c]).

¹⁰¹ *Ex vi* dos art. 18, 19 e 21 da LGPD. (BRASIL, [2022j]).

ativa,¹⁰² tudo o que não dependeria exclusivamente do pontual consentimento, o CDC impôs uma regra de transparência em seu art. 43, §2º, que exige a comunicação por escrito, inclusive quando tais dados tiverem sido tratados sem a sua solicitação. Neste caso, o imperativo da boa-fé objetiva e de seu dever lateral de transparência foi amplamente explicitado pela legislação consumerista.¹⁰³

O enrijecimento das normas relativas à utilização de dados pessoais de consumidores estabelecido a partir da década de 1990 e a imposição de atuação transparente, o dever de informação e a responsabilidade objetiva que recaem sobre toda a cadeia de consumo,¹⁰⁴ vetores constantes do CDC, também fortaleceram a criação de normas deontológicas segmentadas em nichos específicos de mercado, como o Código de Autorregulamentação Publicitária do Conar¹⁰⁵ e a Autorregulação para o Consignado da Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN).¹⁰⁶ Isso, porque práticas muito agressivas na prospecção e aquisição e no uso de dados pessoais de consumidores e potenciais consumidores acabam por configurar condutas abusivas à luz do art. 39 do CDC, especialmente à luz do que estabelece o seu inciso IV,¹⁰⁷ diante da problemática e atual diretriz do superendividamento do consumidor e, em especial, daquele com maior grau de vulnerabilidade.¹⁰⁸

¹⁰² Atualmente referenciadas pelo anglicismo de *outbound* marketing.

¹⁰³ Não se olvidando, por óbvio, das inúmeras passagens do próprio CDC que privilegiam a transparência e o dever de informação. Porém, considera-se sua origem comum na boa-fé objetiva incidente nas relações privadas.

¹⁰⁴ Segundo o art. 18, CDC: Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. (BRASIL, [2021c]).

¹⁰⁵ Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR). Maiores informações sobre esta associação civil sem fins lucrativos que criou um código deontológico para o setor econômico de seus integrantes podem ser consultadas em: CONAR (2021-2022).

¹⁰⁶ A FEBRABAN é uma das entidades representativas do setor bancário criada em 1967 e também estruturada como uma associação sem fins lucrativos. Maiores informações a seu respeito podem ser obtidas em: FEBRABAN (2022).

¹⁰⁷ Conforme disciplinado pelo CDC: Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...]. V - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços. (BRASIL, [2021c])

¹⁰⁸ À época do fechamento desta pesquisa, segundo a FEBRABAN (2021), mais de 550 correspondentes bancários foram penalizados, 270 foram advertidos e 114 tiveram suas atividades suspensas temporariamente por 5 a 30 dias. Além disso, 25 empresas foram suspensas permanentemente e encontram-se impedidas de prestar serviços a instituições financeiras aderentes à Autorregulação para o Consignado.

Como destaca Doneda (2021):

[...] mesmo com o grande avanço representado pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor e também pela sua interpretação extensiva, trata-se de uma tutela de certa forma limitada; o que se verifica não somente em relação à sua incidência - em situações caracterizadas como relações de consumo, mas também pelo caráter de suas disposições. (DONEDA, 2021, p. 278).

É visível que muitas das atividades de tratamento de dados pessoais ocorrem, cotidianamente, no âmbito de relações de consumo. Porém, o que se diferencia com relação à legislação que sucedeu ao CDC, em especial o MCI e a própria LGPD, é a maior especificidade e o detalhamento de direitos e obrigações pertinentes a situações que podem ser muito mais particulares e, conseqüentemente, representativas para a tutela da dignidade da pessoa.

4.4 Marco Civil da Internet

A lei 12.965/2014, conhecida como MCI, estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Ao fazê-lo, disciplinou as relações entre os diversos interlocutores da relação de provimento de acesso à infraestrutura de telecomunicações que realiza o intercâmbio de dados com a rede mundial de computadores, dentre os quais se destacam os provedores de conexão, os de aplicação e os usuários. (BRASIL, [2021f]).

Nesse contexto, e por se aplicar diretamente ao intercâmbio de dados na Internet, foi natural que o MCI contivesse algumas disposições sobre a tutela da privacidade e da proteção de dados pessoais dos usuários da rede. Assim, já em seu art. 2º, encontram-se disciplinados os fundamentos do uso da Internet no Brasil, dentre os quais se destaca a pluralidade e a diversidade, a abertura e a colaboração, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor e a finalidade social da rede.

Para além disso, estabelece como princípios, já em seu art. 3º, a garantia da liberdade de expressão, da comunicação e manifestação de pensamento, a proteção da privacidade, dos dados pessoais, a preservação e garantia da neutralidade de rede, a estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, a responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, a preservação da natureza participativa da rede e a liberdade dos modelos de negócios promovidos na Internet.

Nota-se já na principiologia destacada pelo MCI a grande influência da cláusula geral de tutela e a promoção da pessoa humana, enquanto são exemplificados direitos oriundos do valor máximo da dignidade.

Em diversas passagens do MCI, à semelhança daquilo que se encontra definido em seu art. 8º, há uma aproximação muito estreita entre o direito à privacidade relacionado ao sigilo das comunicações privadas e sua respectiva inviolabilidade. Na verdade, inclusive para fins de investigação criminal e de acordo com a Lei 9.296/96 (BRASIL, [2019b]), historicamente havia a necessidade de se diferenciar a interceptação telefônica ou de comunicações ocorridas em tempo real e o acesso a registros de comunicações passadas armazenados em diversos dispositivos digitais, como *smartphones* e *tablets*.

Outras importantes disposições relacionadas à proteção de dados pessoais dos usuários da Internet, assim considerados titulares pela LGPD, são aquelas inseridas no art. 13 do MCI, segundo o qual o provedor de conexão deve manter os registros de conexão de seus respectivos usuários sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança pelo prazo de 01 ano, e no art. 15, o qual impõe aos provedores de aplicação o dever de guarda dos registros de acesso a aplicações de Internet sob sigilo e em ambiente controlado e de segurança pelo prazo de 06 meses.

São disposições históricas que reafirmam o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais dos titulares, conciliando prazos razoáveis de manutenção dos registros de conexão, conforme cada caso. Porém, deve-se observar que a maior controvérsia relacionada ao MCI e à LGPD diz respeito à disciplina do consentimento.

O art. 7º, VII, MCI positiva direitos dos usuários da Internet no país, especificamente quanto ao não fornecimento de seus dados pessoais a terceiro, salvo na hipótese de que tenha sido outorgado consentimento livre, expresso e informado.¹⁰⁹ Parentoni e Lima (2020) destacam a possível antinomia entre a Lei 12.965/14 e a LGPD, enquanto essa conceituaria o consentimento como manifestação de vontade livre, informada e inequívoca (art. 5º, XII, LGPD).

Enquanto os requisitos da liberdade e da informação são comuns a ambas as normas citadas anteriormente, o marco civil da Internet trata do consentimento

¹⁰⁹ Assim dispõe o referido dispositivo: Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: [...] VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei. (BRASIL, [2019f]).

expresso e a LGPD o faz enquanto consentimento inequívoco. Parentoni e Lima (2020) admitem que a antinomia é meramente aparente, assim como defendem que o consentimento deve ser sempre outorgado por escrito, dada a exigência de que ele seja apresentado em cláusulas contratuais destacadas, o que constituiria um pressuposto do contrato escrito.

O consentimento expresso, tal qual aludido pelo MCI, corresponde àquela manifestação de vontade explícita, ostensiva e representativa de um ato positivo. Não compreende, esse conceito, o consentimento presumido ou o implícito.

Lado outro, o consentimento inequívoco mencionado pela LGPD, a ser analisado posteriormente mais detalhadamente, é aquele óbvio e incontestável, que não deixa dúvidas.

Em uma primeira análise, é possível cogitar situações razoavelmente diversas em que o consentimento por ato positivo, a exigir um ato de vontade positivo não coincida com o consentimento inequívoco, sendo este aplicado aos casos, e. g., de pré-assinalação de caixas de texto em uma contratação eletrônica, quando esse procedimento for admissível. Ratificando esse raciocínio, o art. 8º da LGPD estabelece que o consentimento é outorgado por escrito ou "por outro meio que demonstre a manifestação da vontade do titular", o que significa expresso e imediato reconhecimento de que ele não se dá apenas de forma expressa, conforme preconizado pelo MCI.

Relativamente às sanções estabelecidas por ambas as normas, Parentoni e Lima (2020) observam que:

Respondendo de forma conclusiva à pergunta anteriormente formulada, no caso de multa simples a lei a ser aplicada, momentaneamente, é o MCI. Após a entrada em vigor da LGPD, esta deverá ser aplicada em detrimento do MCI, por se tratar de regra especial e mais favorável ao devedor. (PARENTONI; LIMA, 2020, p. 498).

Com isto, observa-se que o ordenamento jurídico já continha, previamente à LGPD, normativa razoavelmente específica a tutelar a proteção de dados pessoais, havendo apenas uma aparente antinomia entre as normas que se encontra superada pela aplicação da LGPD às atividades de tratamento de dados pessoais posteriores à sua vigência.

4.5 Regulação difusa da privacidade e proteção de dados pessoais

A LGPD não encerra, de um modo geral, o cenário regulatório sobre a privacidade e a proteção de dados. Muito pelo contrário, este tema está sujeito a uma miríade de normas infraconstitucionais, cada qual em seu respectivo nicho, que regem as mais diversas relações públicas e privadas.

É assim, por exemplo, que a própria LGPD reconhece a aplicação simultânea do Código de Defesa do Consumidor sempre que as figuras do fornecedor (art. 2º do CDC) e do consumidor (art. 3º do CDC) estiverem presentes. Mas, não apenas isso, já que no âmbito das relações financeiras, o Banco Central do Brasil, por força do que dispõe a Lei 4.595/64 (BRASIL, [2021c]), tem competência para fomentar o desenvolvimento do sistema financeiro.¹¹⁰ Também no âmbito sanitário, a Agência Nacional de Saúde Suplementar exerce esse papel, disciplinando padrões para o intercâmbio de dados dos beneficiários de planos de saúde.

Vale citar ainda, como exemplo de códigos deontológicos que também se orientam a este tema, dentre os quais o Código de Autorregulamentação publicitária,¹¹¹ ao qual todos os interlocutores do mercado publicitário se sujeitam livremente, estabelece que deve-se zelar pelo dever de sigilo e privacidade de investidores em quaisquer ações mercadológicas.

A respeito desse tema, Parentoni e Lima (2019) explicam:

Porém, quando comparada ao MCI - que regula vários outros temas - a LGPD pode ser considerada *especial*. Isto porque não existe lei que seja, *per se*, sempre geral ou especial. A relação de especialidade decorre da comparação de duas ou mais leis no caso concreto, como ensina a literatura jurídica. Ou seja, uma mesma lei pode ser geral quando comparada com "A" e especial quando comparada com "B", pois isto depende do conteúdo de cada ato normativo. Portanto, ainda que o MCI aborde também a proteção de dados pessoais, ele regula uma série de outros temas, ao passo que a LGPD é *específica* sobre um deles, abordando-o com maiores detalhes e em maior profundidade. (PARENTONI; LIMA, 2019, p. 492-493).

¹¹⁰ E instituiu, por exemplo, o ambiente controlado de testes para inovações financeiras e de pagamento (conhecido como Sandbox regulatório) e estabelece as normas para que as instituições financeiras observem no desenvolvimento de soluções inovadoras.

¹¹¹ O Conselho de Autorregulamentação publicitária data do ano de 1977 e foi elaborado pelo setor privado como uma contra medida a uma iniciativa do governo federal de criar um sistema de aprovação prévia de propagandas. O CONAR (2021-2022) foi criado como uma associação civil sem fins lucrativos por diversos integrantes do mercado publicitário, dentre os quais se destacam anunciantes, agências e órgãos de imprensa.

É natural que haja essa constante interlocução entre diversas normas que regulam, com maior detalhamento ou não, o tratamento de dados pessoais, e é, por isso, que os detalhes inerentes à relação material, o fato em si, são determinantes na interpretação.

Com isso, busca-se compreender que a LGPD, embora possa parecer bastante específica, não perde seu caráter essencialmente genérico e o seu necessário diálogo com regras setoriais tão importantes para dirimir controvérsias oriundas de mercados tão diversos, mas que têm em comum o tratamento de dados pessoais como matéria prima de suas atividades.

5 LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Como ressaltado anteriormente, até a edição da LGPD, a tutela dos dados pessoais no Brasil estava sujeita a diversas disposições esparsas na legislação, leis que incluíam obrigações mais específicas como a Lei 8.078/1990 (BRASIL, [2021c]), Lei 12.414/2011 (BRASIL, [2019c])¹¹² e a Lei 12.527/2011 (BRASIL, [2022h]),¹¹³ regulações setoriais exemplificadas neste texto como as da ANS, da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) e aos códigos deontológicos já citados.

Foi exatamente a partir da LGPD que esse microuniverso regulatório recebeu uma sistematização mais clara e segura. A despeito de algumas propostas legislativas rejeitadas, é importante ressaltar o papel do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI, 2022) que, em 2009, publicou o Decálogo da Internet com os princípios para a governança e o uso da Internet, dentre os quais se destaca o primeiro, a saber: liberdade, privacidade e direitos humanos.¹¹⁴ Seguindo esta tendência, em 2010 foi realizada a 1ª Consulta Pública sobre a regulação da privacidade e da proteção de dados pessoais pelo Ministério da Justiça, que resultou no PL 4.060/2012. (MONTI, 2012).

Avanços significativos na tramitação do PL somente se deram a partir da publicização de gravações telefônicas da então Presidente Dilma Rousseff feitas pela CIA, evento que ficou conhecido como o escândalo *Snowden*.¹¹⁵ Esse processo deflagrou uma segunda consulta pública realizada pelo Ministério da Justiça e no apensamento dos projetos que versavam sobre a matéria.¹¹⁶ É interessante notar, entretanto, que o anteprojeto de lei que deu origem à LGPD foi enviado à Câmara dos

¹¹² Denominada Lei do Cadastro Positivo, essa norma disciplina a criação e a consulta a bancos de dados com informações de adimplemento de obrigações e a formação de histórico de crédito de pessoas naturais e jurídicas. (BRASIL, [2019c])

¹¹³ A Lei do Acesso à Informação regulamentou o direito previsto no art. 5º, XXXIII, da CRFB/1988, segundo o qual todos têm o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular e também de interesse coletivo ou geral. (BRASIL, [2022h]).

¹¹⁴ O uso da Internet deve guiar-se pelos princípios de liberdade de expressão, de privacidade do indivíduo e de respeito aos direitos humanos, reconhecendo-os como fundamentais para a preservação de uma sociedade justa e democrática. (COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL, 2022).

¹¹⁵ Edward Snowden, um técnico contratado pela empresa Booz Allen Hamilton que prestava serviços à NSA, divulgou uma série de documentos que comprovaram ações ilegais de monitoramento e invasão de privacidade de diversos líderes de outros países realizadas pelo governo estadunidense, como Angela Merkel e Dilma Rousseff. Sua trajetória foi bem retratada por matéria da NBC News. (EDWARD..., 2014) Posteriormente, Greenberg (2019) publicou uma matéria relevante com o histórico dos 06 anos de exílio de Edward Snowden na Rússia.

¹¹⁶ Valendo destacar o PL 4.060/12, PL 5.276/16 e o PLS 330/13.

Deputados pela Presidente da República, no mesmo dia da abertura do processo de *impeachment* que resultou em seu afastamento do cargo.¹¹⁷

O anteprojeto recebeu uma nova designação na Câmara dos Deputados e passou a tramitar como PL 5.276/2016 (BRASIL, 2016), tendo como relator o Deputado Federal Orlando Silva. Paralelamente a isso, o Projeto de Lei do Senado (PLS) 330/13 (BRASIL, 2013) foi aprovado no Senado, tendo como relator o Senador Ricardo Ferraço. Na Câmara dos Deputados, o anteprojeto, de autoria de Monti (2012), foi apensado ao PL 4.060/12, o que resultou na criação de uma Comissão Especial de Proteção de Dados Pessoais, cujo intuito regimental era exatamente a análise e conciliação das iniciativas legislativas. Ao todo, foram realizadas 11 audiências públicas.

Foi novamente a partir de um outro fato público notório, o escândalo de privacidade da *Cambridge Analytica*,¹¹⁸ e do vazamento de dados de usuários do *Facebook* e da sua provável influência no processo democrático estadunidense, (KAISER, 2019) que a tramitação do PL 6.276/2016 (CASTELO, 2016) e do PLS 330/2013 voltou a ser priorizada. Ambos os projetos seguiram processos simultâneos, um na Câmara dos Deputados e o outro no Senado Federal. Em 29 de maio de 2018, ambos foram pautados para votação. Porém, a sessão do Senado foi encerrada sem a votação do PLS 330/13, mas na Câmara houve aprovação unânime do PL 5.276/16.

Com a aprovação na Câmara dos Deputados, o PL foi encaminhado ao Senado onde foi aprovado e, por fim, sancionado em 14 de agosto de 2018 pelo então Presidente da República Michel Temer.

5.1 Princípios na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

Uma das questões mais importantes versadas na LGPD é sua principiologia, pois, em seu art. 6º estão disciplinados os vetores inafastáveis das relações jurídicas envolvendo o tratamento de dados pessoais, dentre os quais se enfatiza a boa-fé que

¹¹⁷ Como se encontra destacado pela memória do Observatório da Privacidade. Disponível em: <https://www.observatorioprivacidade.com.br/memoria/2016-2017-o-anteprojeto-chega-a-camara/>. Acesso em: 14 mar. 2022.

¹¹⁸ Denominado dessa maneira na obra de Kaiser (2019) e que, segundo a autora, se tornou público no mês de maio de 2018. Desse incidente de segurança da informação, resultou o comprometimento de dados pessoais de 87 milhões de usuários do Facebook que foram obtidos a partir de uma vulnerabilidade da rede social que, posteriormente, foram utilizados para o perfilamento das opiniões políticas da população, durante as eleições presidenciais estadunidenses de 2014.

nele se encontra expressamente referida.

A técnica legislativa de se inserir, na própria lei, os princípios por ela aplicáveis faz sobressair uma dúvida sobre a possibilidade (ou não) de se aplicarem outros princípios previstos em outros instrumentos normativos. Por outro lado, a reunião de tais elementos em uma lei especial constitui um facilitador da interpretação que antes se reportava a direitos, obrigações e princípios contidos na legislação esparsa.

Convém frisar que, diferentemente das regras, os princípios comportam padrões de conduta desejáveis à luz de uma governança de dados pessoais. Enquanto as demais disposições contidas na LGPD possam ser solucionadas, de um modo geral, pela identificação de situações de aplicação ou de não aplicação, no caso dos princípios existe uma carga enunciativa de justificativas de uma decisão ou de um padrão de conduta. A aparente colisão entre princípios deve ser solucionada através de sua correlação maior ou menor com o caso concreto. (DWORKIN, 2014). Estes princípios, não determinam, via de consequência, detalhes de uma conduta a ser seguida, mas, um sentido, que deve ser observado, assim como também os princípios devem ser rigorosamente acatados em todas as atividades de tratamento de dados pessoais.

5.1.1 Existem outros princípios aplicáveis ao tratamento de dados pessoais?

A concepção de que os princípios contidos na LGPD encontram-se enumerados de forma taxativa, o que pode ser inferido em uma primeira leitura, precisa ser interpretada de acordo com o microuniverso regulatório das atividades de tratamento de dados pessoais. Muito embora a LGPD se pretenda como lei geral, não é ela o único instrumento normativo a regular a coleta, o uso e o descarte de dados pessoais, nem tampouco lhe compete levantar as hipóteses em que isso poderia ocorrer.

A Lei 12.414/2011 disciplina a formação e a consulta a bancos de dados com informações de adimplemento de pessoas naturais e jurídicas para a formação de seu histórico de crédito. Para muito além da identificação de consumidores que não tenham adimplido suas obrigações, a lei veio tutelar a utilização de informações para a constituição do *score* de crédito, isto é, a categorização do quão positivo é o histórico

daquele consumidor que adimplir seus compromissos.¹¹⁹ Porém, a lei não adotou expressamente qualquer principiologia.

O MCI, por sua vez, ao estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *Internet* no país, também tratou de disciplinar ostensivamente os princípios que lhe são relevantes, dentre os quais se destacam a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento, a proteção da privacidade e dos dados pessoais, a liberdade dos modelos de negócio promovidos através da *Internet*, dentre outros.

¹¹⁹ Diversos aspectos dessa legislação têm sido analisados pelo Superior Tribunal de Justiça ao longo dos últimos anos. Muito antes da LGPD, portanto, é clara a compreensão de que muitas atividades de tratamento de dados pessoais já se encontravam normatizadas em regras e princípios. Por exemplo, cita-se: "RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO. SÚM. 283/STF. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE DANO MORAL. BANCO DE DADOS. COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES PESSOAIS. DEVER DE INFORMAÇÃO. VIOLAÇÃO. DANO MORAL IN RE IPSA. JULGAMENTO: CPC/15. 1. Ação de compensação de dano moral ajuizada em 10/05/2013, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 29/04/2016 e atribuído ao gabinete em 31/01/2017. 2. O propósito recursal é dizer sobre: (i) a ocorrência de inovação recursal nas razões da apelação interposta pelo recorrido; (ii) a caracterização do dano moral em decorrência da disponibilização/comercialização de dados pessoais do recorrido em banco de dados mantido pela recorrente. 3. A existência de fundamento não impugnado - quando suficiente para a manutenção das conclusões do acórdão recorrido - impede a apreciação do recurso especial (súm. 283/STF). 4. A hipótese dos autos é distinta daquela tratada no julgamento do REsp 1.419.697/RS (julgado em 12/11/2014, pela sistemática dos recursos repetitivos, DJe de 17/11/2014), em que **a Segunda Seção decidiu que, no sistema credit scoring, não se pode exigir o prévio e expresso consentimento do consumidor avaliado, pois não constitui um cadastro ou banco de dados, mas um modelo estatístico**. 5. A gestão do banco de dados impõe a estrita observância das exigências contidas nas respectivas normas de regência - CDC e Lei 12.414/2011 - dentre as quais se destaca o dever de informação, que tem como uma de suas vertentes o dever de comunicar por escrito ao consumidor a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo, quando não solicitada por ele. **6. O consumidor tem o direito de tomar conhecimento de que informações a seu respeito estão sendo arquivadas/comercializadas por terceiro, sem a sua autorização, porque desse direito decorrem outros dois que lhe são assegurados pelo ordenamento jurídico: o direito de acesso aos dados armazenados e o direito à retificação das informações incorretas**. 7. A inobservância dos deveres associados ao tratamento (que inclui a coleta, o armazenamento e a transferência a terceiros) dos dados do consumidor - dentre os quais se inclui o dever de informar - faz nascer para este a pretensão de indenização pelos danos causados e a de fazer cessar, imediatamente, a ofensa aos direitos da personalidade. 8. Em se tratando de compartilhamento das informações do consumidor pelos bancos de dados, prática essa autorizada pela Lei 12.414/2011 em seus arts. 4º, III, e 9º, deve ser observado o disposto no art. 5º, V, da Lei 12.414/2011, o qual prevê o direito do cadastrado ser informado previamente sobre a identidade do gestor e sobre o armazenamento e o objetivo do tratamento dos dados pessoais. 9. O fato, por si só, de se tratarem de dados usualmente fornecidos pelos próprios consumidores, quando da realização de qualquer compra no comércio, não afasta a responsabilidade do gestor do banco de dados, na medida em que, quando o consumidor o faz não está, implícita e automaticamente, autorizando o comerciante a divulgá-los no mercado; está apenas cumprindo as condições necessárias à concretização do respectivo negócio jurídico entabulado apenas entre as duas partes, confiando ao fornecedor a proteção de suas informações pessoais. 10. Do mesmo modo, o fato de alguém publicar em rede social uma informação de caráter pessoal não implica o consentimento, aos usuários que acessam o conteúdo, de utilização de seus dados para qualquer outra finalidade, ainda mais com fins lucrativos. 11. Hipótese em que se configura o dano moral *in re ipsa*. 12. Em virtude do exame do mérito, por meio do qual foram rejeitadas as teses sustentadas pela recorrente, fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial. 13. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido". (BRASIL, REsp 1.758.799/MG, 2019b).

Como fundamentos, o MCI destaca os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor. O art. 7º do MCI assegura à pessoa o não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, fazendo-o de forma exemplificativa, através da menção aos registros de conexão e de acesso a aplicações, bem como ao consentimento livre, expresso e informado.¹²⁰

Com relação à preservação desses dados, no referido artigo existem duas disposições de especial interesse: a do art. 13, MCI, segundo a qual há obrigação dos provedores de conexão de preservarem os registros de acesso à *Internet* de seus respectivos usuários pelo prazo de um ano, e aquela disposta em seu art. 15, consoante à qual o provedor de aplicações deve guardar os registros de acesso de seus usuários às suas aplicações pelo prazo de seis meses.

Destarte, resta por óbvio que as atividades de tratamento de dados pessoais já se encontravam normatizadas muito antes da vigência da LGPD, com regras e princípios bem definidos. A lei geral, todavia, estabeleceu uma regulação mais abrangente que não se sobrepõe, nem tampouco derroga tais normas.

Neste sentido, há que se observar a possibilidade de que princípios oriundos da legislação correlata, que versa sobre o tratamento de dados pessoais, possa informar e interagir dinamicamente com a LGPD, através de um simplificado diálogo das fontes, eis que não se pode pretender a aplicação meramente isolada da legislação, mas buscar-se uma unidade, coerência, e até mesmo um meio de coexistência em todas as diversas normas existentes.¹²¹

À luz do que dispõe a LGPD, notadamente em matérias relativas à principiologia que legitima o tratamento de dados pessoais, como também na responsabilidade civil advinda de sua violação, é perfeitamente coerente uma interpretação que dê sentido de complementaridade entre a lei geral, a LCP, o MCI, o CDC e o CC/2002.

¹²⁰ A propósito, ressalta o art. 10º, MCI: A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de Internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. (BRASIL, [2021f]).

¹²¹ Trata-se de uma possível solução para o problema delineado por Tartuce (2013), segundo o qual: com o surgimento de qualquer lei nova, ganha relevância o estudo das antinomias, também denominadas lacunas de conflito. Dessa forma, a antinomia é a presença de duas normas conflitantes, válidas e emanadas de autoridade competente, sempre que se possa dizer qual delas merecerá aplicação em determinado caso concreto (TARTUCE, 2013, p. 37-38).

Para além deste microuniverso regulatório, a proteção dos dados pessoais envolve, sempre e necessariamente, a estabilidade de mecanismos garantidores da cláusula geral de tutela e a promoção da pessoa humana, o que impõe ao intérprete um leque necessariamente aberto de princípios que, com a atividade de tratamento de dados, possam se relacionar.

5.2 Os fundamentos para o tratamento lícito de dados pessoais

A LGPD sistematiza as hipóteses que configuram o tratamento lícito de dados pessoais, ao criar fundamentos através dos quais os processos e fluxos operacionais se legitimam, e se encontram destacados em seus arts. 7º e 11.

Dispõe a literalidade do art. 7º da LGPD que "o tratamento de dados pessoais somente" pode ser realizado, caso se enquadre em uma das dez categorias apresentadas, dentre as quais se destacam o consentimento, o cumprimento de obrigação legal, a realização de políticas públicas, a realização de pesquisas por órgãos de estudo, a execução de contrato, o exercício regular de direito em processo judicial, administrativo ou arbitral, a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro, a tutela da saúde em procedimento realizado por órgãos da saúde, o interesse legítimo do controlador ou de terceiro e, por fim, a proteção do crédito.

5.2.1 Consentimento

O consentimento é a primeira das hipóteses que legitimam o tratamento lícito de dados pessoais,¹²² mas, nem por isso é privilegiado com qualquer tipo de hierarquia em razão dos demais fundamentos previstos nos demais incisos do art. 7º que o disciplina.

Há que se observar, entretanto, que a LGPD estabelece¹²³ que o consentimento é considerado existente, quando ele configurar como "manifestação

¹²² O consentimento, enquanto base legal para o tratamento de dados pessoais, encontra-se admitido pelo art. 7º, I, LGPD. Além disso, os elementos que o integram encontram-se descritos pelo art. 5º, XII, da referida norma.

¹²³ Assim encontra-se definido pelo art. 5º, XII, LGPD: Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada. (BRASIL, [2022j]).

livre, informada e inequívoca" e sempre vinculada a "uma finalidade determinada".¹²⁴ A observância de tais preceitos tem como objetivo primordial afastar a nulidade de negócios jurídicos decorrentes da aplicação do art. 138 e art. 139, I, do CC/2002.¹²⁵

Supera-se, claramente, diante da positivação, o equivocado paradigma de que qualquer manifestação de vontade poderia ser admissível para a celebração de negócios jurídicos, à espécie, envolvendo dados pessoais. Trata-se da ratificação da superação da autonomia da vontade pela autonomia privada. O consentimento pode ser externado de forma tácita ou expressa, desde que se o faça de modo inequívoco.

Nesse panorama, não há alteração nas condutas sociais relativas à expressão da manifestação de vontade, as quais são delineadas por Roppo (2009), ao observar que:

[...] para ser juridicamente relevante e produzir efeitos jurídicos, a vontade - que, de per si, não é mais que um modo de ser da psique, como tal não cognoscível e não comprovável objectivamente - deve ser tornada socialmente conhecida, deve ser declarada ou pelo menos manifestada para o exterior [...]. Há outros casos em que a vontade de concluir um contrato não é comunicada mediante uma declaração de tal género, mas resulta de outros comportamentos do sujeito: fala-se, a este propósito numa manifestação tácita de vontade. (ROPPO, 2009, p. 93-94).

Não bastasse a exigência das características contidas no art. 5º, XII, da LGPD, aquilo que se considera lícita expressão da autonomia privada modificou-se radicalmente nos últimos anos. Reconhece-se, neste íterim, que a existência de consentimento no âmbito da proteção de dados pessoais não é o espelho da simples expressão da vontade, seja por ato omissivo ou comissivo, mas a garantia de que esta venha a ser externada diante de bases sólidas que assegurem a indiscutível cognição acerca das características e da finalidade do tratamento e que reflitam uma escolha independente da pessoa sobre o padrão de boa qualidade de vida que entende lhe ser devido. Deixa de ser familiar, portanto, a figura do consentimento associado a uma isolada manifestação de vontade, o que se encontra ratificado pelo art. 5º, XII, da

¹²⁴ É o que se extrai do conceito contido no art. 5º, XII, da LGPD. Nota-se, inclusive, a diferenciação dos elementos referenciados pela LGPD em contraste com o MCI, em cujo art. 7º, VII, estabelece-se que o consentimento deve ser livre, expresso e informado. O elemento "expresso" do MCI foi substituído, no âmbito da LGPD, pelo "inequívoco", o que abre grande margem para a definição de processos organizacionais e para a criação das evidências de sua coleta. (BRASIL, [2022j]).

¹²⁵ No CC/2022: Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio. Art. 139. O erro é substancial quando: I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais; (BRASIL, [2022g]).

LGPD.

Acrescenta-se a isso, no contexto do tratamento de dados pessoais, e principalmente diante da possibilidade de usos secundários pelo controlador, e os quais podem não ser tão evidentes ao titular em um primeiro momento, que o dever de informação exerce uma forte influência sobre todos os atos praticados pelo controlador, e isso não poderia ser diferente, ao se contemplar o tratamento de dados pessoais fundado em consentimento.¹²⁶

Visa a garantia de liberdade e de informação a estabelecer uma condição clara de autodeterminação da pessoa, como pressuposto do exercício de suas escolhas independentes e da definição responsável sobre os limites e a extensão das atividades de tratamento de dados a que se sujeitará.

Neste contexto, o consentimento livre é aquele exercido sem qualquer tipo de coação e, em ambientes informatizados, especialmente aquele exercido sem sujeição ou indução.¹²⁷ Trata-se, por outro lado, de uma obrigação do controlador¹²⁸ de assegurar meios efetivos para que a pessoa exerça sua autonomia privada, subsidiando-a com todas as informações necessárias acerca da coleta, do uso e descarte de seus dados pessoais. Mas, não apenas isso; também importa, fundamentalmente, a finalidade para a qual os dados serão tratados e todas as

¹²⁶ Optou-se por tratar as características da liberdade e da informação do consentimento de forma conjunta, por se entender que a manifestação de vontade não poderá ser livre, se não contar, necessariamente, com ostensiva informação prévia.

¹²⁷ É possível analisar o conceito de consentimento livre à luz do avanço já alcançado em outras áreas do direito e em matérias correlatas. Na interseção entre o direito e a medicina, a realização de pesquisas com seres humanos está sujeita à formalização de um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) que é normatizado pela Resolução 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde. Essa normativa impõe que o TCLE deve contemplar a: "1. a justificativa, os objetivos e os procedimentos que serão utilizados na pesquisa, com o detalhamento dos métodos a serem utilizados, informando a possibilidade de inclusão em grupo controle ou experimental, quando aplicável; 2. explicitação dos possíveis desconfortos e riscos decorrentes da participação na pesquisa, além dos benefícios esperados dessa participação e apresentação das providências e cautelas a serem empregadas para evitar e/ou reduzir efeitos e condições adversas que possam causar dano, considerando características e contexto do participante da pesquisa; 3. esclarecimento sobre a forma de acompanhamento e assistência a que terão direito os participantes da pesquisa, inclusive considerando benefícios e acompanhamentos posteriores ao encerramento e/ou interrupção da pesquisa; 4. garantia de plena liberdade ao participante da pesquisa de recusar-se a participar ou retirar seu consentimento, em qualquer fase da pesquisa, sem penalização alguma; 5. garantia de manutenção do sigilo e da privacidade dos participantes da pesquisa durante todas as fases da pesquisa; 6. garantia de que o participante da pesquisa receberá uma via do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido; 7. explicação da garantia de ressarcimento e como serão cobertas as despesas tidas pelos participantes da pesquisa e dela decorrentes; 8. explicitação da garantia de indenização diante de eventuais danos decorrentes da pesquisa". (BRASIL, 2012a).

¹²⁸ Enquanto atributo de quem tem a competência normativa para decidir sobre o tratamento de dados pessoais, notadamente a atribuição de finalidades e meios de tratamento, mas também por imposição do padrão de conduta exigido pela boa-fé objetiva.

eventuais exceções aplicáveis ao caso, como o compartilhamento e a adoção de medidas técnicas de salvaguarda para sua proteção.

Consentimento livre é aquele que não se sujeita a qualquer tipo de condicionamento,¹²⁹ nem tampouco se constitui requisito para o acesso a determinada informação, serviço ou ambiente. Do contrário, quando essa situação se verificar, a pretensa coleta de consentimento consistirá, na verdade, e, quando muito, em ato unilateral do controlador de mera veiculação da informação, prática esta que certamente reclamará outro fundamento (art. 7º, LGPD) para legitimar o tratamento lícito de dados pessoais, excluído o consentimento. Ainda que se trate de uma manifestação da vontade da pessoa, independentemente de seu grau de vulnerabilidade e da assimetria informacional a que esta se sujeita, a simples expressão volitiva não atenderia aos requisitos estabelecidos pela LGPD.

Dito de outra maneira, pode-se afirmar que o consentimento livre é aquele verdadeiramente voluntário, não só livre da coação e dos tradicionais vícios da manifestação da vontade,¹³⁰ mas, também independente de sujeições ou induções inseridas na arquitetura da rede (LESSIG, 1999). A liberdade do consentimento, considerada como voluntariedade, não deve excluir a tomada de decisão apoiada¹³¹ e tampouco qualquer técnica de persuasão adotada pelo controlador.¹³² Nesse diapasão, é necessário compreender que o consentimento livre deve levar em consideração todos os perfis de pessoas sujeitas a outorgá-lo, e a plena informação subsidiada a tais pessoas compreenda também a adoção de linguagem clara, sem

¹²⁹ Por isso é que a mera aceitação de políticas de *cookies*, por exemplo, não constitui externalização de consentimento livre, informado e inequívoco, mas uma simples medida de informação sobre as práticas do controlador. Processos de governança de *cookies* fundados em consentimento devem, via de consequência e necessariamente, discriminar detalhadamente todos os tipos de *cookies* utilizados em determinado *site* e as suas respectivas finalidades, dando ao usuário o direito de optar por quais devem ser acionados ou não. Exclui-se do consentimento livre, informado e inequívoco, dessa maneira, o uso de *cookies* que são obrigatórios para o intercâmbio de dados da sessão de navegação, ou seja, aqueles sem os quais não é possível acessar qualquer informação através da *Internet*.

¹³⁰ Como o erro, dolo, a coação, o estado de perigo e a lesão.

¹³¹ Como aquele contemplado pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência internalizado pelo Decreto nº 6.949/2009. (BRASIL, 2009).

¹³² Diversos estudos sobre o consentimento informado na relação médico-paciente podem ser utilizados como bases para a compreensão e a evolução daquilo que se encontra normatizado pela LGPD. É neste sentido que convém destacar o trecho de Alvarenga, Torres e Azevedo (2018), segundo os quais: "além disso, a informação deve ser dada de modo claro, preciso e sem termos técnicos, bem como ser prestada antecipadamente para que o paciente possa refletir sobre o que lhe foi passado, pois deve ter tempo para pensar e até mesmo para discutir com seus familiares sobre o tratamento". Tais características do consentimento informado devem ser consideradas à luz da LGPD e nortear as práticas do controlador, conforme o caso.

termos técnicos e direcionada à capacidade cognitiva de quem irá expressá-lo.¹³³

A segunda característica exigida do consentimento válido é a informação ou o esclarecimento pleno à pessoa acerca de todas as variáveis que envolvam o tratamento de seus dados pessoais. Parece clara a necessidade de que o consentimento informado seja estabelecido de forma prévia à manifestação de vontade,¹³⁴ pois, caso contrário, não se terá subsidiado a pessoa com as condições necessárias para a expressão de sua plena autonomia privada mas, apenas se justificando o tratamento dispensado pelo controlador, de forma independente,¹³⁵ aos dados pessoais.

O requisito da informação implica a necessária e completa explicitação sobre como os dados pessoais serão tratados, todas as hipóteses de seu tratamento, todas as finalidades a que se destinam, o prazo de sua retenção, e quando e como seu expurgo será realizado e as medidas técnicas a serem implantadas para a salvaguarda da segurança da informação. Para além disso, cabe ainda ao controlador subsidiar o titular com as informações necessárias para o exercício de seus direitos à explicação, à revogação do consentimento, dentre outras hipóteses contempladas pelo art. 18 da LGPD.¹³⁶

¹³³ Não se desconsidera, por óbvio, o desafio do controlador de equilibrar suas práticas e documentos, principalmente ao se considerar modelos de negócio "on-line" e que propiciam contratação em massa com menor precisão na identificação dos atributos da pessoa (titular).

¹³⁴ Inclusive, há que se notar, em áreas correlatas como a interseção entre o direito e a medicina nas quais o consentimento livre e informado é tratado ostensivamente e há muito mais tempo, a legislação denota a necessidade de que esta informação seja prévia. Exemplo disso é encontrado no art. 12 da Lei 13.146/15, segundo o qual: O consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica.

¹³⁵ Esse caso seria indicativo de que o controlador teria definido equivocadamente a base legal para o processo de tratamento de dados pessoais, o que por si só constitui um ilícito definido pela LGPD e que tem sido frequentemente sancionado com penalidades pecuniárias por diversas Autoridades de proteção de dados pessoais dos países europeus. Nesse contexto, quase 30% das penalidades aplicadas até o momento dizem respeito ao erro na definição de base legal. (REGULAMENTO GERAL SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS (RGPD), 2022).

¹³⁶ Segundo o art. 18, LGPD: Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: I - confirmação da existência de tratamento; II - Acesso aos dados; III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei; V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial; 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. § 1º O titular dos dados pessoais tem o direito de peticionar em relação aos seus dados contra o controlador perante a autoridade nacional. § 2º O titular pode opor-se a tratamento realizado com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de

É bem possível que a divulgação de tantas informações sobre o tratamento dos dados pessoais possa, eventualmente, constituir um fator dificultador de sua compreensão. Nesses casos, convém que o controlador realize uma segmentação, através de um instrumento de comunicação conciso e mais geral, mas, contendo a essência que rege a relação do controlador com o usuário, e outro mais detalhado, caso o titular tenha a intenção de obter informações¹³⁷ mais detalhadas.

Aliás, é importante observar que, nos negócios jurídicos realizados por escrito e, notadamente, na manifestação da vontade através de meios eletrônicos, ganha especial importância a adoção de recursos técnicos que sejam capazes e proporcionais à garantia da estruturação do consentimento livre e informado. Inclusive, diante dessa afirmação, a própria LGPD determina,¹³⁸ em seu art. 14, §5º, que quando se tratar de crianças e adolescentes, é obrigação do controlador a adoção de "esforços razoáveis" para assegurar que o consentimento de seu responsável legal tenha sido dado sob os critérios estabelecidos, inclusive, consideradas as tecnologias disponíveis.

Mais importante do que isso, e reconhecendo que a capacidade cognitiva da criança e do adolescente e, acrescenta-se, dos vulneráveis de um modo geral, pode influenciar decisivamente na externalização de um consentimento livre e informado, o §6º do referido dispositivo estabelece que as informações para subsidiar o esclarecimento acerca do consentimento a ser externado devem ser simples, claras,

consentimento, em caso de descumprimento ao disposto nesta Lei. § 3º Os direitos previstos neste artigo serão exercidos mediante requerimento expresso do titular ou de representante legalmente constituído, a agente de tratamento. § 4º Em caso de impossibilidade de adoção imediata da providência de que trata o § 3º deste artigo, o controlador enviará ao titular resposta em que poderá: I - comunicar que não é agente de tratamento dos dados e indicar, sempre que possível, o agente; ou II - indicar as razões de fato ou de direito que impedem a adoção imediata da providência. § 5º O requerimento referido no § 3º deste artigo será atendido sem custos para o titular, nos prazos e nos termos previstos em regulamento. § 6º O responsável deverá informar, de maneira imediata, aos agentes de tratamento com os quais tenha realizado uso compartilhado de dados a correção, a eliminação, a anonimização ou o bloqueio dos dados, para que repitam idêntico procedimento, exceto nos casos em que esta comunicação seja comprovadamente impossível ou implique esforço desproporcional. § 7º A portabilidade dos dados pessoais a que se refere o inciso V do caput deste artigo não inclui dados que já tenham sido anonimizados pelo controlador. § 8º O direito a que se refere o § 1º deste artigo também poderá ser exercido perante os organismos de defesa do consumidor. (BRASIL, [2022j]).

¹³⁷ Essa é a diferença entre o Aviso de Privacidade e a Política de Privacidade, documentos utilizados em contextos distintos, mas que têm o objetivo de dar transparência às práticas do controlador e comprovar o cumprimento da legislação.

¹³⁸ Segundo o art. 14 da LGPD: Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente. [...] § 5º O controlador deve realizar todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo foi dado pelo responsável pela criança, consideradas as tecnologias disponíveis. (BRASIL, [2022j]).

acessíveis, e levando em consideração características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais, inclusive com a utilização de recursos audiovisuais, esses entendidos como elementos facilitadores da cognição.

Como a obtenção do consentimento livre e informado¹³⁹ é atribuição do controlador, e que pode tornar sua atividade de tratamento de dados pessoais ilícita, sujeita a penalidades administrativas arbitradas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), e a reflexos em ações individuais movidas pelo titular ou em coletivas pelos órgãos de administração pública direta e indireta, e a consequências oriundas da legitimação extraordinária de entidades não governamentais, há que se dedicar especial atenção à existência de condições efetivas para que esta manifestação de vontade seja expressa. Bioni (2019) chama a atenção para o *déficit* da cognição humana e a denominada sobrecarga do consentimento oriunda não apenas da impossibilidade material de se compreender a extensão dos diversos usos de dados pessoais na *Internet* e a quais inferências se podem chegar a partir dos mesmos, como também pelo desconhecimento do funcionamento e da estrutura da própria rede.¹⁴⁰

É o que aponta Bioni (2019), ao destacar que:

Em linhas gerais, a pequena parcela que estaria exercendo um controle sobre as suas informações coletadas é encolhida por conta da significativa confusão em torno da motivação que lhe é subjacente. Assim, um genuíno processo de tomada de decisão referente ao controle dos dados pessoais desmorona-se, já que a sua causa é viciada em relação ao seu propósito

¹³⁹ A característica da inequivocidade será abordada na sequência deste texto.

¹⁴⁰ McDonald e Cranor (2010), através de pesquisa de campo, apontam incorreções sobre a compreensão do funcionamento de *cookies* primários e terciários, sobre sua gestão e apagamento. Porém, um dos mais importantes achados da pesquisa consiste em identificar a incompreensão do fluxo de dados na rede, especialmente ao se tratar de *cookies* de publicidade que levam a propaganda direcionada ao perfil de consumo ou navegação do próprio titular. Segundo as autoras (2010): Nenhum dos participantes da nossa entrevista tinha ouvido falar de métodos baseados em cookies para desativar o rastreamento de cookies, incluindo cookies de desativação TACO e NAI. Ao final do protocolo, mostramos a quatro participantes uma descrição de texto da desativação da NAI cookies do site de desativação da NAI (consulte a Figura 4.). Todos os quatro participantes entenderam que continuariam a ver pelo menos alguns anúncios online. No entanto, houve uma confusão substancial sobre o que a desativação da NAI faz. O texto não revela que as empresas podem optar por continuar toda a coleta de dados e criação de perfil, e que em alguns casos a única coisa que muda é o tipo de anúncios exibidos. Um participante entendeu isso, mas os outros três não" (MACDONALD; CRANOR, 2010, p.16, tradução nossa). None of our interview participants had heard of cookie-based methods to opt-out of tracking cookies, including TACO and NAI opt-out cookies. At the end of the protocol, we showed four participants a text description of NAI opt-out cookies from the NAI opt-out website (see Figure 4.). All four participants understood they would continue to see at least some online advertisements. However, there was substantial confusion about what the NAI opt out does. The text does not disclose that companies may choose to continue all data collection and profiling, and that in some cases the only thing that changes is the type of ads displayed. One participant understood this but the other three did not.

idealizador. (BIONI, 2019, p. 150).

Nesse contexto, a obtenção de um consentimento verdadeiramente livre e informado, embora constitua premissa inafastável para muitos casos, envolverá uma série de cuidados que consistem no fornecimento inequívoco de informações prévias à manifestação de vontade, do desenvolvimento de ambientes eletrônicos amigáveis, com textos claramente visíveis e amplos sobre todas as possibilidades envolvendo o uso de dados pessoais. Isso implica, inclusive, a necessidade de se redigir textos claros e concisos. Disso se extrai a importância não apenas de se disponibilizar à pessoa informação passiva sobre as atividades de tratamento de dados em relação a qual seu consentimento é outorgado, mas também a obrigação de agir positivamente de boa-fé objetiva e de seu dever de lealdade, transparência, informação e cuidado. Esses deveres laterais são diretrizes que orientam o agir e constituem pressupostos básicos do agir de boa-fé¹⁴¹ do controlador, devendo pautar toda e qualquer conduta que ele venha a adotar.¹⁴² E nisso se fundamenta o dever de agir preventivamente e em sentido positivo para subsidiar a pessoa a expressar sua vontade da maneira mais clara possível, tornando seu consentimento livremente informado.¹⁴³

Tomasevicius Filho (2020, p. 264) aborda a questão sob a dicotomia do dever de informar e o de se informar, e anota que "cada qual tem um ônus de se informar, para tomar as decisões que julgar convenientes, sendo certo que quem não se informa, deve suportar o risco da sua própria ignorância". Trabalha ele a ideia de que a informação é um ônus e não um dever. Portanto, para o autor, o dever de prestar informação "clara e inteligível" (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 262). somente se justifica enquanto tal, quando os custos de transação para a aquisição de informações

¹⁴¹ Dispositivos contidos não apenas no Código de Defesa do Consumidor, mas considerados em toda e qualquer relação jurídica como imperativos necessários e inafastáveis do princípio da boa-fé objetiva.

¹⁴² No âmbito de sua relação com o titular de dados pessoais, aliás, é imperativa a aplicação daquilo que se encontra previsto no art. 422 do CC/2002. Isto é, não apenas na interpretação dos negócios jurídicos (art. 113, CC/2002) é que a boa-fé se faz notar, mas também, e principalmente, na sua execução. Veja-se: Art. 422, CC/2002: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (BRASIL, [2022g]).

¹⁴³ É importante observar que o arranjo sistêmico da publicidade orientada a dados pessoais é cada vez mais complexo e as hipóteses de compartilhamento e usos secundários raramente se tornam claros para a pessoa, havendo um grande desafio de se equilibrar a exigência do consentimento, quando ele for o caso, para a legitimação de tais atividades de tratamento. Situações ainda mais delicadas podem surgir, quando houver o compartilhamento de dados com outro controlador e a pessoa pretender exercer, por exemplo, algum dos direitos previstos no art. 18 da LGPD, pois é possível que haja imprecisão sobre os agentes em face dos quais sua requisição deve ser direcionada e, neste contexto, talvez uma obscuridade ainda maior acerca das políticas independentes de cada controlador.

claras forem muito altos ou insuportáveis para uma das partes.

A respeito de tal e semelhantes posicionamentos, há que se concordar com Mota (2011), segundo o qual:

Com o advento do Código Civil de 2002 e a positivação dos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social dos contratos, é o momento de revisitar o tema, verificando sua transformação à luz dos novos paradigmas da eticidade, da operabilidade e da socialidade introduzidos pelo Código e, principalmente, tendo em vista o vasto labor doutrinário e jurisprudencial realizado no direito civil para adequá-lo aos princípios da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana insculpidos na Constituição da República. (MOTA, 2011, p. 352).

Torna-se claro, com a necessária superação do *status quo ante* da boa-fé subjetiva inerente ao CC/1916 e tipicamente associado ao paradigma do Estado liberal, que a aplicação da boa-fé objetiva a partir da codificação de 2002 tem verdadeiro conteúdo nomogenético. Com isso, quer-se explicitar que a ponderação de Tomasevicius Filho (2020) não é defensável à luz da conjugação das atividades de tratamento de dados pessoais à cláusula geral de tutela e promoção da pessoa, bem como sobre o que significa agir de boa-fé e observar todos os seus deveres laterais inerentes.

Martins-Costa (2019) leciona que os deveres laterais (anexos ou instrumentais) à boa-fé objetiva derivam sempre de uma relação direta com a obrigação principal como forma de otimização da relação obrigacional. Com isso, exemplifica a obrigação de proteção de uma das partes de uma relação jurídica de direito material em relação à outra, ao afirmar que "[...] essa já não é correlativa aos interesses de prestação, mas aos interesses de proteção, implementados por (iii) deveres de proteção" (MARTINS-COSTA, 2019, p.243). Acrescente-se que não se pode desconsiderar que os contratos (e as relações sinalagmáticas envolvendo o tratamento de dados pessoais) são necessariamente submetidos à sua respectiva função social tal qual derivada dos art. 421 e 2.035, *caput* e do parágrafo único do CC/2002.

Tais vetores devem ser cuidados naquelas relações em que a autonomia privada é exercida em sua plenitude, sob pena de viciar a prerrogativa de autorregulação da pessoa como definidora última da natureza e do conteúdo das obrigações a que se sujeita e se lhe aplica.

Em relações jurídicas de outra natureza, entretanto, a existência de um consentimento livre é ainda mais escassa, como se exemplifica na hipótese das

relações de trabalho, em que um empregado será naturalmente constrangido a não contrariar seu empregador que, no exercício de seu poder diretivo, lhe dita normas. Outro exemplo semelhante se dá com as relações de consumo, especialmente naquelas em que se verifica a contratação em massa e a elaboração de contratos de adesão nos quais o âmbito de expressão da manifestação de vontade da pessoa é reduzido de forma sensível.¹⁴⁴

A terceira característica é a inequivocidade do consentimento. Não se impõe uma forma especial à sua expressão, não importando se feita na modalidade oral ou na escrita. Basta que sua manifestação seja indiscutível.

Importa compreender que, se o consentimento é inequívoco, o mesmo não pode ser presumido¹⁴⁵ e tampouco deve corresponder a uma pré-assinalação realizada pelo controlador como um meio de facilitação da experiência de interação da pessoa com seu produto ou serviço no ato da contratação. Especialmente nas contratações realizadas eletronicamente, itens através dos quais a pessoa deva dar seu assentimento, não devem ser preenchidos antecipadamente pelo controlador, pois caso contrário, suprimirá, ainda mais, a tênue manifestação de vontade ocorrida, geralmente, nas contratações em massa.

Ainda que o consentimento seja colhido de forma verbal (oral), importa, necessariamente, a existência de elementos capazes de comprová-lo, *a posteriori*, o que também constitui um encargo atribuído ao controlador,¹⁴⁶ não apenas pela

¹⁴⁴ Assim como em qualquer outro caso em que a própria lei presume a hipossuficiência de uma das partes em relação à outra e, em decorrência disso, atribua obrigações mais detalhadas como forma de equilibrar, no caso, a manifestação do consentimento livre, informado e inequívoco.

¹⁴⁵ Admite-se, em contrapartida e conforme já se assinalou, a manifestação de vontade tácita, sendo esta considerada sempre que o titular praticar atos que sejam incompatíveis com a recusa expressa.

¹⁴⁶ Mais uma vez, e buscando o significado de consentimento informado que deve ser contemplado também à luz da LGPD, convém frisar o que está contido na Recomendação nº 01/2016 do Conselho Federal de Medicina (CFM), a qual determina que cabe ao médico adotar as medidas necessárias para a obtenção e comprovação do consentimento livre e esclarecido de seu paciente e observar as seguintes medidas práticas: a) O esclarecimento claro, pertinente e suficiente sobre justificativas, objetivos esperados, benefícios, riscos, efeitos colaterais, complicações, duração, cuidados e outros aspectos específicos inerentes à execução tem o objetivo de obter o consentimento livre e a decisão segura do paciente para a realização de procedimentos médicos. Portanto, não se enquadra na prática da denominada medicina defensiva. b) A forma verbal é a normalmente utilizada para obtenção de consentimento para a maioria dos procedimentos realizados, devendo o fato ser registrado em prontuário. Contudo, recomenda-se a elaboração escrita (Termo de Consentimento Livre e Esclarecido). c) A redação do documento deve ser feita em linguagem clara, que permita ao paciente entender o procedimento e suas consequências, na medida de sua compreensão. Os termos científicos, quando necessários, precisam ser acompanhados de seu significado, em linguagem acessível. d) Em relação ao tamanho da letra, recomenda-se que seja pelo menos 12 e, com a finalidade de incentivar a leitura e a compreensão, que o termo seja escrito com espaços em branco ou alternativas para que o paciente possa, querendo, completá-los com perguntas a serem respondidas pelo médico assistente ou assinalar as alternativas que incentivem a compreensão do

assimetria informacional e de poder existentes entre essas partes, mas também, e especialmente, pela eventual hipossuficiência da pessoa nas hipóteses inerentes às relações de consumo. Assim, diante da alteridade inerente à figura do consentimento livre e informado (esclarecido) e da figura da responsabilidade civil objetiva,¹⁴⁷ cabe ao controlador produzir a prova da obtenção do consentimento, através de quaisquer formas admitidas pelo art. 212 do CC/2002.¹⁴⁸

Nada obstante, constata-se uma clara degradação do processo de consentimento como expressão da autonomia privada nas contratações em massa propiciadas por contratos de adesão e, especialmente, nas manifestações volitivas ocorridas em ambientes virtuais,¹⁴⁹ as quais, cada vez menos, estão vinculadas a uma declaração de vontade. Isso já foi reconhecido pelas Diretrizes sobre os padrões obscuros em interfaces e plataformas de mídias sociais.¹⁵⁰

Nesse documento do EDPB,¹⁵¹ são identificadas seis práticas adotadas por controladores, notadamente em ambientes virtuais, que depreciam o consentimento e são chamados de padrões obscuros e, conseqüentemente, indesejáveis.

O primeiro é denominado *overloading* e consiste na entrega de excessivas quantidades de informações e opções à pessoa de modo a induzi-la, involuntariamente, a consentir com práticas de tratamento de dados, em especial o compartilhamento com outros controladores. Dada a limitação da capacidade cognitiva humana, torna-se improvável que haja uma análise em tempo real com a

documento. Depois de assinado pelo paciente, tais espaços em branco e/ou alternativas, quando não preenchidos, deverão ser invalidados. e) O paciente, ou seu representante legal, após esclarecido, assume a responsabilidade de cumprir fielmente todas as recomendações feitas pelo médico assistente. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016).

¹⁴⁷ Sem embargo da divergência doutrinária quanto ao critério de responsabilidade, prevista no art. 43 da LGPD e, simultaneamente, no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, cuja aplicação deve se dar sempre conforme o caso admitir a presença de seus requisitos.

¹⁴⁸ São os elementos definidos por este dispositivo a confissão, o documento, a testemunha, a presunção e a perícia. No âmbito das relações de consumo, embora não apenas nela, torna-se necessária a inversão do ônus da prova acerca dos atributos do consentimento diante da hipossuficiência do titular em comprovar tê-lo outorgado de modo livre, informado e inequívoco, já que o controlador é aquele que define os processos organizacionais relacionados à sua coleta, à preservação de suas evidências, à segurança da informação e, por fim, ao seu expurgo.

¹⁴⁹ Como em redes sociais de um modo geral e, arrisca-se, até no metaverso.

¹⁵⁰ Guidelines on Dark patterns in social media platform interfaces: How to recognize and avoid them, do European Data Protection Board (EDPB, 2022), adotado em 14 de março de 2022.

¹⁵¹ O EDPB é um órgão colegiado da União Européia, com personalidade jurídica própria e integrado por representantes das Autoridades de proteção de dados pessoais dos países membros e que tem como finalidade garantir a aplicação do RGPD e promover a cooperação entre os seus respectivos integrantes. Assim, o órgão tem poderes para emitir orientações gerais sobre a interpretação e o cumprimento de todas as normas europeias sobre proteção de dados pessoais, além de emitir decisões vinculativas às Autoridades nacionais de proteção de dados quanto ao cumprimento do RGPD. (COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, 2022).

autodeterminação e autonomia esperados, especialmente quando a aceitação se torna pressuposto para o acesso a determinado ambiente, produto ou serviço.

Projetar a interface de ambientes virtuais ou criar práticas de experiência do usuário, de modo a tornar desprezível a identificação de atributos relacionados à proteção de dados pessoais também foi identificada como uma prática obscura denominada *skipping* (salto). Não obstante, a prática denominada *stirring* (excitamento) consiste na adoção consistente de recursos visuais apelativos à persuasão emocional. A *hindering* (obstrução) é outra ação equivalente ao desenho de ambientes virtuais capazes de obstruir e bloquear usuários em seu processo de informação. Além disso, incluem-se também nessa categoria os ambientes virtuais que tornem excessivamente demorado o tempo para o titular gerenciar seus dados pessoais, como no caso em que se exige o cumprimento de etapas de confirmação claramente desnecessárias à finalidade pretendida.

Por sua vez, a *fickle* (inconstância, instabilidade) é a projeção da interface de forma intencionalmente inconsistente, e faz com que a experiência de navegação do usuário se dê de forma obtusa e que as opções (*i.e.* menus de acesso) visualmente perceptíveis não permitam uma compreensão clara de seu propósito, sua lógica e estrutura. O último padrão de conduta é denominado *left in the dark* (deixados no escuro) e corresponde à criação de interfaces que intencionalmente deixam de apresentar controles sobre a privacidade e a proteção de dados de seus usuários, fazendo com que estes não tenham meios efetivos para o exercício de seus direitos.

Diante da frequência com que o EDPB verificou a incidência de tais práticas, foram elaboradas as diretrizes para a orientação de controladores¹⁵² que se baseiam, sobremaneira, no respeito aos princípios da legalidade, liberdade e igualdade (*fairness*), limitação à finalidade do tratamento de dados, minimização dos dados

¹⁵² Em seu primeiro capítulo, as Diretrizes informam que os princípios do RGPD devem ser interpretados como obrigações, ao serem incorporados em processos e na projeção de interfaces de ambientes virtuais, a saber: com referência aos provedores de mídia social, estas Diretrizes visam a lembrar as obrigações decorrentes do GDPR, com especial referência aos princípios de legalidade, justiça, transparência, limitação de finalidade e minimização de dados no *design* de interfaces de usuário e apresentação de conteúdo de seus serviços e aplicativos da web. Os princípios mencionados devem ser implementados de forma substancial e, do ponto de vista técnico, constituem requisitos para o projeto de *software* e serviços, incluindo interfaces de usuário (tradução nossa). (EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, 2022). With reference to the social media providers, these Guidelines aim to recall the obligations coming from the GDPR, with special reference to the principles of lawfulness, fairness, transparency, purpose limitation and data minimization in the design of user-interfaces and content presentation of their web services and apps. The aforementioned principles have to be implemented in a substantial way and, from a technical perspective; they constitute requirements for the design of software and services, including user interfaces.

personais utilizados no *design* de interfaces de usuários e na sua contextualização visual. Trata-se de imposição que parte do pressuposto de que em ambientes cada vez mais informatizados *code is law*.¹⁵³ (LESSIG, 1999).

Práticas como estas destacadas pelas Diretrizes do EDPB reconhecem aquilo que Solove (2022) chama de paradoxo da privacidade¹⁵⁴ e que é descrito por Quinelato (2022):

Porém, de forma não proposital, existe uma desconexão entre as atitudes e intenções de privacidade expressas pelos usuários e seu comportamento: muitas vezes indivíduos não se comportam de modo coerente com as preocupações de privacidade que expressam [...]. [...] em grande parte das situações não se tem o conhecimento de que dados pessoais estão sendo tratados e sob quais condições. Ou seja, o conhecimento do consumidor é limitado, havendo assimetria informacional. Assim, não seria possível que um indivíduo avaliasse com precisão os riscos contidos no tratamento de dados pessoais para tomar a melhor decisão em compartilhá-los ou não. (QUINELATO, 2022, p. 53-54).

Com isto, e ainda segundo o próprio EDPB, o princípio da responsabilização¹⁵⁵ deve ser levado em consideração em todas as etapas relacionadas à criação de interfaces¹⁵⁶ e essas, assim como a experiência dos próprios usuários em sua utilização, devem ser consideradas como evidências da conformidade com as provisões do RGPD. Quanto ao princípio da transparência, recursos tecnológicos simples e de necessária implementação são capazes de garantir seu cumprimento. Citam-se como exemplo as tecnologias de confirmação de leitura que podem ser usadas como indicadores da ciência dos usuários acerca de disposições consideradas relevantes sobre o esclarecimento de suas práticas. Ademais, todas as ações de comunicação, assim como as próprias interfaces, devem ser concisas, transparentes,

¹⁵³ Um conjunto de regras do espaço cibernético por meio das quais a tecnologia é usada para reforçar regras existentes, sejam elas explícitas ou não, derivadas ou não da Lei.

¹⁵⁴ Na expressão originalmente praticada em língua inglesa: *privacy paradox*.

¹⁵⁵ *Accountability*, o qual foi denominado na LGPD como responsabilização e prestação de contas.

¹⁵⁶ Das Diretrizes, acerca desse princípio, convém destacar: A interface do usuário e a jornada do usuário podem ser usadas como uma ferramenta de documentação para demonstrar que os usuários, durante suas ações na plataforma de mídia social, leram e levaram em consideração as informações de proteção de dados, deram seu consentimento livremente, exerceram facilmente seus direitos, etc. Métodos de pesquisa de usuários qualitativos e quantitativos, como testes A/B, rastreamento ocular ou entrevistas com usuários, seus resultados e suas análises também podem ser usados para apoiar a demonstração de conformidade (tradução nossa). (EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, 2022). The user interface and user journey can be used as a documentation tool to demonstrate that users, during their actions on the social media platform, have read and taken into account data protection information, have freely given their consent, have easily exercised their rights, etc. Qualitative and quantitative user research methods, such as A/B testing, eye tracking or user interviews, their results and their analysis can also be used to support demonstration of compliance.

inteligíveis e facilmente acessíveis e com linguagem clara e simples. Com relação ao princípio da privacidade desde a concepção, destaca-se a existência de elementos capitais a serem levados em consideração por controladores e operadores na estruturação de seus sistemas, quais sejam, autonomia,¹⁵⁷ interação,¹⁵⁸ expectativa,¹⁵⁹ escolha do consumidor,¹⁶⁰ equilíbrio de poder,¹⁶¹ proibição ao engano¹⁶² e privilégio da verdade.¹⁶³

Todos os elementos destacados nas Diretrizes sobre os padrões obscuros em interfaces e plataformas de mídias sociais apresentam complicadores para o exercício do consentimento livre, informado e inequívoco e, conseqüentemente, à sua admissibilidade como fundamento para o tratamento lícito de dados pessoais. Ainda que esta hipótese (art. 7º, I, LGPD) seja permanentemente admitida, por um imperativo da autonomia privada cuja presença é analisada detalhadamente caso a

¹⁵⁷ Autonomia - Os titulares de dados devem ter o maior grau de autonomia possível para determinar o uso feito de seus dados pessoais, bem como autonomia sobre o escopo e as condições desse uso ou processamento (EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, 2022, tradução nossa). *Autonomy - Data subjects should be granted the highest degree of autonomy possible to determine the use made of their personal data, as well as autonomy over the scope and conditions of that use or processing.*

¹⁵⁸ Interação – Os titulares dos dados devem poder comunicar e exercer os seus direitos em relação aos dados pessoais tratados pelo responsável pelo tratamento (EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, 2022, tradução nossa). *Interaction - Data subjects must be able to communicate and exercise their rights in respect of the personal data processed by the controller..*

¹⁵⁹ Expectativa - O processamento deve corresponder às expectativas razoáveis dos titulares dos dados (EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, 2022, tradução nossa). *Expectation - Processing should correspond with data subjects' reasonable expectations..*

¹⁶⁰ Escolha do consumidor – Os controladores não devem “bloquear” seus usuários de maneira injusta. Sempre que um serviço de tratamento de dados pessoais seja proprietário, pode criar um bloqueio ao serviço, o que pode não ser justo, sem prejudicar a possibilidade de os titulares dos dados exercerem o seu direito de portabilidade de dados nos termos do artigo 20º do RGPD (EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, 2022, tradução nossa). *Consumer choice - The controllers should not “lock in” their users in an unfair manner. Whenever a service processing personal data is proprietary, it may create a lock-in to the service, which may not be fair, if it impairs the data subjects' possibility to exercise their right of data portability in accordance with Article 20 GDPR..*

¹⁶¹ Equilíbrio de poder – O equilíbrio de poder deve ser um objetivo chave do relacionamento entre controlador e titular de dados. Desequilíbrios de poder devem ser evitados. Quando isso não for possível, eles devem ser reconhecidos e contabilizados com contramedidas adequadas (EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, 2022, tradução nossa). *Power balance - Power balance should be a key objective of the controller-data subject relationship. Power imbalances should be avoided. When this is not possible, they should be recognized and accounted for with suitable countermeasures.*

¹⁶² Sem engano - As informações e opções de processamento de dados devem ser fornecidas de forma objetiva e neutra, evitando qualquer linguagem ou design enganoso ou manipulador (EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, 2022, tradução nossa). *No deception - Data processing information and options should be provided in an objective and neutral way, avoiding any deceptive or manipulative language or design..*

¹⁶³ Verdadeiro - os responsáveis pelo tratamento devem disponibilizar informação sobre a forma como tratam os dados pessoais, devem agir como declaram e não induzir em erro os titulares dos dados (EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, 2022, tradução nossa). *Truthful – the controllers must make available information about how they process personal data, should act as they declare they will and not mislead data subjects.*

caso, nota-se um claro processo de degradação do consentimento, que acaba por conduzir a regulação efetiva da privacidade e da proteção de dados pessoais a outra vereda. Observa-se, cada vez com mais intensidade, a necessidade de superação da figura do consentimento, quando este é manifestado.

Não há dúvida de que tais práticas podem ser interpretadas à luz da boa-fé objetiva e de seus deveres laterais, o que já apresenta a instrumentação necessária para impor ao controlador o dever de observar conceitos de privacidade por padrão¹⁶⁴ e privacidade como concepção¹⁶⁵ como corolário lógico das obrigações de proteção, transparência, lealdade, informação e cooperação.

Conforme observa Nissenbaum (2010):

Há muitas maneiras pelas quais o acesso irrestrito à informação pode, diretamente, frustrar a autodeterminação. Buscando aprovação e tentando evitar a desaprovação, as pessoas podem se sentir compelidas a agir de determinadas maneiras; enquanto estivermos sendo observados, monitorados e possivelmente julgados, levando constantemente os outros em consideração na determinação de cursos de ação e decisões, nossas ações não são verdadeiramente voluntárias. [...] Mas os efeitos panópticos podem ser ainda mais insidiosos do que isso, levando a uma diminuição da nossa capacidade de formular princípios, planos e desejos com os quais realmente nos identificamos. De acordo com esse enquadramento da relação entre privacidade e autonomia, não é conceitual, mas causal, pois a privacidade é reivindicada como um aspecto importante de um ambiente no qual a autonomia provavelmente florescerá e sua ausência provavelmente a prejudicará. (NISSENBAUM, 2010, p. 82, tradução nossa).¹⁶⁶

Há dificuldades de se identificarem amplamente esses padrões, em razão da pulverização das relações privadas ocorridas na rede, muito embora isso não exima o controlador de sua responsabilidade. Diante dessa circunstância, a crença na primazia do consentimento fica comprometida por sua exasperação cada vez mais frequente e intensa, demonstração clara de que a regulação efetiva da proteção de dados pessoais passa pela imposição de barreiras para a valorização da autonomia privada, mas precisa superá-la.

¹⁶⁴ *Privacy by design.*

¹⁶⁵ *Privacy by default.*

¹⁶⁶ There are many ways that unfettered access to information may directly thwart self-determination. Seeking approval and trying to avoid disapproval, people may feel compelled to act in certain ways; as long as we are being observed, monitored, and possibly judged, constantly taking others into consideration in determining courses of action and decisions, our actions are not truly voluntary. [...] But panoptic effects might be even more insidious than this, leading to a diminishment in our capacity to formulate principles, plans, and desires with which we truly identify. According to this framing of the relationship between privacy and autonomy, it is not conceptual but causal for privacy is claimed to be an important aspect of an environment in which autonomy is likely to flourish, and its absence likely to undermine it.

5.2.2 Cumprimento de obrigação legal ou regulatória

O cumprimento de obrigação legal ou regulatória do controlador que implique o tratamento de dados pessoais, autorização prevista no art. 7^o, II, da LGPD, é um imperativo decorrente do princípio da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o privado.

Existem determinadas atividades de tratamento de dados pessoais que decorrem de uma imposição legal atribuída ao controlador. Exemplo categórico desse fundamento é o Decreto n^o. 8.373/2014 (BRASIL, [2019a]) que criou o sistema de escrituração digital das obrigações fiscais, previdenciárias e trabalhistas, e que exige do empregador a coleta e o envio sistemático e mensal de dados pessoais dos empregados que se relacionam com o cumprimento da legislação. Também há obrigações regulatórias aplicáveis a certos nichos de atividade do controlador, como aquelas determinadas pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e Banco Central do Brasil (BACEN).

Na área da saúde, na qual se tutela com maior rigor o tratamento de dados pessoais, em razão de sua sensibilidade e da pessoa, também existe vasta normatização infralegal que exige dos controladores o compartilhamento, independentemente do consentimento ou de outro fundamento legal. O sistema informatizado de beneficiários da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é estabelecido pelo art. 20 da Lei n^o. 9.656/1998 (BRASIL, [2022f]), assim como pela Resolução Normativa n^o. 295/2012 (BRASIL, 2012c) e pelas Instruções Normativas n^o 50/2012 (BRASIL, 2012b) e 55/2014 (BRASIL, 2014) e exige que as operadoras de planos de saúde forneçam à respectiva agência reguladora informações sobre a celebração de contratos em nome dos consumidores, sua retificação, mudança, seu cancelamento e até mesmo a eventual reativação.¹⁶⁷

Assim, sempre que o controlador estiver sujeito a qualquer norma jurídica que exija o tratamento de dados pessoais de determinada maneira, inclusive nas hipóteses de compartilhamento com a administração pública direta e indireta, o fundamento do art. 7^o, II, da LGPD legitima suas ações. Contudo, em razão do dever de informação

¹⁶⁷ Além disso, a Resolução Normativa n^o. 162/2007 (BRASIL, 2007). da ANS estabelece a obrigatoriedade da Declaração de Saúde como documento que deve acompanhar o contrato do plano de saúde e no qual devem ser registradas informações sobre doenças ou lesões preexistentes da pessoa.

que recai sobre o controlador e igualmente pelos deveres laterais à boa-fé objetiva, ainda compete a este controlador o dever de dar transparência à prática, levando à pessoa todas as referências possíveis e razoáveis sobre o uso de seus dados pessoais.

5.2.3 Tratamento e uso compartilhado de dados para a execução de políticas públicas pela administração pública

Também em razão da supremacia do interesse público, sempre balizado pelo princípio da legalidade, a administração pública, direta e indireta, pode realizar o tratamento compartilhado de dados pessoais, quando estes se vincularem à execução de políticas públicas. É o que se encontra disciplinado no art. 7º, III, da LGPD.

Existem quatro modalidades de políticas públicas a serem compreendidas neste particular, quais sejam, as distributivas,¹⁶⁸ redistributivas¹⁶⁹ e as regulatórias¹⁷⁰ definidas e priorizadas de acordo com a discricionariedade do Poder Executivo e Legislativo.

A MP nº. 954/2020 (BRASIL, 2020b), que dispôs sobre o compartilhamento de dados pessoais por empresas de telecomunicações que operam o STFC e o SMP com o IBGE, para subsidiá-la na produção estatística oficial durante o período da pandemia do Coronavírus, e cuja constitucionalidade foi enfrentada pelas ADI 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, tinha como objetivo legitimar a transmissão de nome completo e número de telefone celular de entes privados a um ente da administração pública indireta.

Embora o julgamento do mérito das ADI noticiadas tenha ficado prejudicado em razão da perda da vigência da MP nº. 954/2020 sem a sua respectiva conversão em lei, é significativo que a liminar deferida pela Relatora Min. Rosa Weber foi levada a Plenário do STF e integralmente ratificada, o que resultou em um acórdão com relevante direcionamento sobre a matéria,¹⁷¹ que, sob esta perspectiva, analisou a

¹⁶⁸ As políticas distributivas consistem na oferta direta de serviços públicos (ex.: pavimentação, iluminação pública, construção de unidades de saúde, dentre outros).

¹⁶⁹ Cujo objetivo consiste na redistribuição de renda como a cobrança do IPTU em percentuais diferenciados e proporcional a determinadas regiões da cidade.

¹⁷⁰ Políticas públicas regulatórias consistem na definição de normas para a realização de serviços públicos, tais como a Lei de diretrizes e bases da educação, a Lei de uso e ocupação do solo e o Plano diretor municipal.

¹⁷¹ A petição inicial da ADI 6.390, elaborada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

legalidade do tratamento compartilhado de dados pessoais entre operadoras, a de telecomunicação e o IBGE à luz da principiologia contida na LGPD.

Inicialmente, foi observado que as pesquisas realizadas pelo IBGE se dão sempre por amostragem e que a MP 954/20 contemplava a transferência de dados de todos os usuários do sistema de telefonia móvel e fixa, com violação à necessidade, minimização e à finalidade. Além disso, considerou-se que a referida normativa também permitiria o tratamento de dados pelo IBGE como controlador autônomo, após a realização de sua pretendida pesquisa, violando-se, novamente, o princípio da necessidade. A inexistência de qualquer referência às medidas técnicas de salvaguarda da segurança da informação também foi considerada abusiva à luz da LGPD, o que demonstra claramente que não basta a existência de um agente público e da genérica previsão em ato normativo, havendo que se observar todos os demais vetores atrelados à proteção da pessoa.¹⁷²

5.2.4 Realização de estudos por órgãos de pesquisa

Outra possibilidade para a utilização de dados pessoais é a do desenvolvimento de pesquisas, desde que realizada por entes públicos ou privados que tenham esse objetivo social, conforme fundamento para o tratamento lícito de dados pessoais contido no art. 7º, IV, da LGPD.

Em muitos casos, para se proceder a uma pesquisa estatística não é necessário coletar dados que permitam a identificação da pessoa, razão pela qual a

(OAB), apontou oito potenciais inconstitucionalidades formais da MP nº 954/20, e que foram sintetizados no relatório do acórdão da seguinte forma: a) viola dados sigilosos, inclusive o telefônico, de todos os brasileiros; b) tem como finalidade informada, de modo genérico e impreciso, a produção de estatística oficial mediante a realização de entrevistas não presenciais no âmbito de pesquisas domiciliares; c) estabelece a guarda dos dados disponibilizados no âmbito da Fundação IBGE, sem definir procedimentos de controle pelo Judiciário, pelo Ministério Público ou por órgãos da sociedade civil; d) não apresenta com precisão a modalidade, a frequência e o objetivo das pesquisas a serem realizadas; e) não aponta razões justificadoras da urgência e da relevância da medida; f) não apresenta razões que justifiquem a necessidade do compartilhamento dos dados para a pesquisa estatística; g) silencia sobre a adoção de mecanismo de segurança para reduzir o risco de acesso e uso indevidos; e h) ao prever a elaboração de relatório de impacto após o uso dos dados, e não previamente ao compartilhamento, impede a efetiva avaliação dos riscos. (BRASIL, 2020e).

¹⁷² O acórdão relacionado à inconstitucionalidade da MP nº. 954/2020 está relacionado a esse fundamento para o tratamento lícito de dados pessoais mediante justificativa contida na própria decisão, segundo a qual: "O cenário de urgência decorrente da crise sanitária deflagrada pela pandemia global da COVID-19 e a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento não podem ser invocadas como pretextos para justificar investidas visando ao enfraquecimento de direitos e atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição".(BRASIL, 2020b).

norma do dispositivo supracitado dá preferência "[...] sempre que possível à anonimização dos dados pessoais". Entretanto, em alguma medida, pode ser que os dados pessoais dos participantes da pesquisa sejam preservados de alguma forma, como diante da necessidade de se prestar contas ao seu contratante.

5.2.5 Fase pré contratual e a execução de contrato

Outro fundamento para o tratamento lícito dos dados pessoais está relacionado à execução de contratos da qual a própria pessoa seja parte. Neste aspecto, estão envolvidos, inclusive, os atos praticados na fase pré-contratual e que sejam necessários à celebração do instrumento ou de sua proposta.

Nesse sentido, observam Teffé e Viola (2020):

Essa hipótese se assemelha em alguma medida ao tratamento de dados via consentimento. Todavia, como traço distintivo marcante, ressalta-se que o titular dos dados não poderá revogar o seu fornecimento a qualquer momento, uma vez que a outra parte estará resguardada pela LGPD para poder manter os dados fornecidos pelo titular enquanto durar a execução do contrato. (VIOLA; TEFFÉ, 2020, p. 135-136).

Dados pessoais da pessoa geralmente são necessários, não só para a sua inserção e qualificação no instrumento do contrato, mas, também, para a sua própria execução, conforme o caso e em seus diversos contextos. Isso ocorre não apenas em contratos envolvendo relações de consumo, mas também nos contratos de trabalho.

Destaque-se que não há necessidade especial de qualquer concessão, ou mesmo do consentimento para legitimar o tratamento de dados pessoais para a celebração de um contrato, sendo importante apontar a necessidade de que o controlador dê a transparência necessária às suas práticas, em função do seu dever de informação e da boa-fé objetiva.

5.2.6 Exercício regular de direito em processo judicial, administrativo ou arbitral

O exercício da ampla defesa e dos meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CRFB/1988) é assegurado ao controlador sempre que houver a necessidade do tratamento de dados pessoais no âmbito de processo judicial, administrativo ou arbitral.

Esse fundamento, previsto no art. 7º, VI, da LGPD, inclusive, dá legitimidade a uma retenção dos dados pessoais por prazo muito superior ao que eventualmente poderia ser justificado, até mesmo durante o prazo contemplado para o ajuizamento de eventual ação anulatória¹⁷³ ou ação rescisória.¹⁷⁴

5.2.7 Proteção da vida e da incolumidade física do titular ou de terceiro

Situações que exijam o tratamento de dados pessoais para salvaguardar práticas que possam preservar a vida e a incolumidade física do titular ou de terceiro são, igualmente, legitimadas à luz do art. 7º, VII, da LGPD.

A ordenação jurídica admite, inclusive, a figura do estado de perigo¹⁷⁵ a qual comporta a lesão ao direito de terceiros se, e quando, houver necessidade de sua transgressão para salvar uma pessoa ou um membro de sua família de grave dano conhecido. Essa hipótese ilustra que é compatível com o sistema jurídico a noção de que um direito, eventualmente, possa ser lesado para salvaguardar uma situação de dano ainda maior.

Desta forma, especialmente em situações ensejadoras de calamidade pública, o tratamento de dados pessoais das pessoas pode ser feito, a despeito de qualquer outra formalidade, se esta atividade viabilizar a proteção de suas vidas.¹⁷⁶

¹⁷³ Segundo o art. 966, §4º, Lei 13.105/15: Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] § 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei. (BRASIL, [2022i]).

¹⁷⁴ Conforme o caso, por ação rescisória pautada por uma das hipóteses a seguir admitidas: Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar manifestamente norma jurídica; VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos. (BRASIL, [2022i]).

¹⁷⁵ Normatizada pelo art. 156 do Código Civil, segundo o qual: Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. (BRASIL, [2022g]).

¹⁷⁶ Um exemplo dessa variável reside no acesso a dados de sinais telefônicos mapeados pelas empresas de telecomunicações operadoras de SMP para localização de pessoas localizadas em territórios sujeitos a inundação ou deslizamento em decorrência de chuva torrencial, seja para a realização de resgate ou de informação sobre a necessidade de deslocamento imediato.

5.2.8 Tutela da saúde por profissionais da saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária

O tratamento de dados pessoais será lícito se vinculados à tutela da saúde, desde que feitos em procedimentos conduzidos por profissionais da saúde, serviços da saúde ou autoridade sanitária, conforme o que estabelece o art. 7º, VIII, da LGPD.

A bem de verificar a possibilidade de utilização desse fundamento para o tratamento lícito de dados pessoais, há que se considerar, primeiramente, os cidadãos que podem ser denominados profissionais da saúde.

A Convenção de constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS, 1946) definiu a saúde como "um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de infecções e enfermidades". Desta forma, pode se incluir nessa categoria qualquer profissão que lide com a ciência da saúde, com especial destaque para a enfermagem, medicina, farmácia, fisioterapia, nutrição, biomedicina, psicologia e odontologia.

Por sua vez, os serviços da saúde são aqueles prestados com o objetivo de promover a saúde do indivíduo, tanto em grau preventivo quanto corretivo, e no âmbito das especialidades citadas¹⁷⁷ anteriormente.

A autoridade sanitária, à qual o texto do inciso VIII do art. 7º se refere, é representada centralmente pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), a qual reúne a competência para, dentre muitas outras funções, normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde, exercer a vigilância sanitária em portos, aeroportos e fronteiras, acompanhar e coordenar ações estaduais, distrital e municipais, atuar quanto ao risco à saúde, e manter sistema de informações em vigilância sanitária em cooperação com os demais entes estaduais e distrital.

¹⁷⁷ Pode-se partir do pressuposto de que o conceito inicial de serviços de saúde integra a atenção primária, média e alta complexidade, como também aqueles serviços de urgência e de emergência, a atenção hospitalar, as ações e serviços das vigilâncias epidemiológicas, sanitárias, ambiental e de assistência farmacêutica. Esse grau de abrangência está contido no Guia do Sistema Único de Saúde: estrutura, princípios e como funciona. (BRASIL, 2022b). Porém, para além dos serviços ofertados pelo SUS, também podem ser incluídos nessa categoria aqueles ofertados pela rede privada de saúde.

Note-se, aliás, que a competência da ANVISA¹⁷⁸ estabelecida pela Lei nº. 9.872/99 é abrangente e isso lhe dá grande poder de ação na normatização e nas atividades de tratamento de dados pessoais que, eventualmente, venha a entender necessárias. Porém, e como já foi ressaltado anteriormente, esse direito não afasta a

¹⁷⁸ É o que dispõe a norma do art. 7º da Lei 9.872/1999, in verbis: Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo: I - coordenar o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária; II - fomentar e realizar estudos e pesquisas no âmbito de suas atribuições; III - estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária; IV - estabelecer normas e padrões sobre limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde; V - intervir, temporariamente, na administração de entidades produtoras, que sejam financiadas, subsidiadas ou mantidas com recursos públicos, assim como nos prestadores de serviços e ou produtores exclusivos ou estratégicos para o abastecimento do mercado nacional, obedecido o disposto no art. 5º da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, com a redação que lhe foi dada pelo art. 2º da Lei nº 9.695, de 20 de agosto de 1998; VI - administrar e arrecadar a taxa de fiscalização de vigilância sanitária, instituída pelo art. 23 desta Lei; VII - autorizar o funcionamento de empresas de fabricação, distribuição e importação dos produtos mencionados no art. 8º desta Lei e de comercialização de medicamentos; VIII - anuir com a importação e exportação dos produtos mencionados no art. 8º desta Lei; IX - conceder registros de produtos, segundo as normas de sua área de atuação; X - conceder e cancelar o certificado de cumprimento de boas práticas de fabricação; XIV - interditar, como medida de vigilância sanitária, os locais de fabricação, controle, importação, armazenamento, distribuição e venda de produtos e de prestação de serviços relativos à saúde, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde; XV - proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde; XVI - cancelar a autorização de funcionamento e a autorização especial de funcionamento de empresas, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde; XVII - coordenar as ações de vigilância sanitária realizadas por todos os laboratórios que compõem a rede oficial de laboratórios de controle de qualidade em saúde; XVIII - estabelecer, coordenar e monitorar os sistemas de vigilância toxicológica e farmacológica; XIX - promover a revisão e atualização periódica da farmacopeia; XX - manter sistema de informação contínuo e permanente para integrar suas atividades com as demais ações de saúde, com prioridade às ações de vigilância epidemiológica e assistência ambulatorial e hospitalar; XXI - monitorar e auditar os órgãos e entidades estaduais, distrital e municipais que integram o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, incluindo-se os laboratórios oficiais de controle de qualidade em saúde; XXII - coordenar e executar o controle da qualidade de bens e produtos relacionados no art. 8º desta Lei, por meio de análises previstas na legislação sanitária, ou de programas especiais de monitoramento da qualidade em saúde; XXIII - fomentar o desenvolvimento de recursos humanos para o sistema e a cooperação técnico-científica nacional e internacional; XXIV - autuar e aplicar as penalidades previstas em lei. XXV - monitorar a evolução dos preços de medicamentos, equipamentos, componentes, insumos e serviços de saúde, podendo para tanto: a) requisitar, quando julgar necessário, informações sobre produção, insumos, matérias-primas, vendas e quaisquer outros dados, em poder de pessoas de direito público ou privado que se dediquem às atividades de produção, distribuição e comercialização dos bens e serviços previstos neste inciso, mantendo o sigilo legal quando for o caso; b) proceder ao exame de estoques, papéis e escritas de quaisquer empresas ou pessoas de direito público ou privado que se dediquem às atividades de produção, distribuição e comercialização dos bens e serviços previstos neste inciso, mantendo o sigilo legal quando for o caso; c) quando for verificada a existência de indícios da ocorrência de infrações previstas nos incisos III ou IV do art. 20 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, mediante aumento injustificado de preços ou imposição de preços excessivos, dos bens e serviços referidos nesses incisos, convocar os responsáveis para, no prazo máximo de dez dias úteis, justificar a respectiva conduta; d) aplicar a penalidade prevista no art. 26 da Lei nº 8.884, de 1994; XXVI - controlar, fiscalizar e acompanhar, sob o prisma da legislação sanitária, a propaganda e publicidade de produtos submetidos ao regime de vigilância sanitária; XXVII - definir, em ato próprio, os locais de entrada e saída de entorpecentes, psicotrópicos e precursores no País, ouvido o Departamento de Polícia Federal e a Secretaria da Receita Federal. (BRASIL, [2005]).

necessidade de que o órgão atue de forma deliberadamente antecipada, leve informação plena, clara e antecipada às pessoas afetadas.

5.2.9 Interesse legítimo do controlador

O interesse legítimo do controlador é uma das hipóteses mais polêmicas para autorizar o tratamento lícito de dados pessoais, consoante admissão contida no art. 7º, X, da LGPD, ainda a ser analisada criteriosamente e com extrema cautela:

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

[...]

IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; (BRASIL, [2022]).

Trata-se de uma proposição para equalizar os desafios tecnológicos e os riscos impostos pelo desenvolvimento de novas tecnologias ao tratamento de dados pessoais e à pessoa. Esse fundamento para o tratamento lícito é a matriz do reconhecimento de que a economia de mercado, cada vez mais, se pauta pela utilidade dos dados pessoais para a atividade empresarial, formalizando a expressão da incidência dos princípios da livre concorrência (art. 170, CRFB/1988), livre iniciativa (art. 1º e 170, CRFB/1988), garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, II, CRFB/1988), e o balanceamento imposto pela necessidade de se observarem direitos e liberdades fundamentais acaba, igualmente, por manifestar a primazia da construção de uma sociedade livre, justa e solidária. (art. 3º, I, CRFB/1988).

E, de forma a ratificar essa complexa confluência entre os interesses econômicos e individuais, o art. 10º da LGPD estabelece:

Art. 10. O legítimo interesse do controlador somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas, consideradas a partir de situações concretas, que incluem, mas não se limitam a:

I - apoio e promoção de atividades do controlador; e

II - proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas dele e os direitos e liberdades fundamentais, nos termos desta Lei.

§1º Quando o tratamento for baseado no legítimo interesse do controlador, somente os dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida poderão ser tratados.

§2º O controlador deverá adotar medidas para garantir a transparência do

tratamento de dados baseado em seu legítimo interesse.

§3º A autoridade nacional poderá solicitar ao controlador relatório de impacto à proteção de dados pessoais, quando o tratamento tiver como fundamento seu interesse legítimo, observados os segredos comercial e industrial. (BRASIL, [2022j]).

Como bem destaca Bioni (2021, p.164), "o fio condutor de toda essa avaliação é balancear os direitos em jogo". O desafio, acrescenta-se, é trabalhar com conceitos jurídicos indeterminados para regular o que há de mais cotidiano no tratamento de dados pessoais: a aplicação do interesse legítimo do controlador. E, de fato, "poucas noções apresentam contornos tão fluidos" (SCHREIBER, 2014, p. 8), quanto o da dignidade humana que deve ser preservada à luz da indigitada proteção de direitos e liberdades fundamentais.

Torna-se necessário, portanto, compreender o âmbito de aplicação desse fundamento para o tratamento lícito de dados pessoais e, principalmente, destacá-lo à luz da boa-fé objetiva. O primeiro elemento definido pelo *caput* do art. 10º da LGPD são as "finalidades legítimas".

Trata-se de uma proposição do exame de legalidade da atividade de tratamento que o controlador pretende realizar com os dados pessoais da pessoa, e que ganha contornos diferenciados, quando analisado à luz do direito privado (em razão da livre iniciativa) e do direito público (em razão do princípio da legalidade).

Como forma exemplificativa das finalidades legítimas que podem subsidiar a aplicação deste fundamento, a norma destaca as atribuições que consistam no "apoio e na promoção de atividades do controlador". Assim, há uma certa relação que se baseia na atividade econômica desenvolvida pelo controlador, assim definida por objeto social ou estatutário, bem como nas medidas por ele empreendidas para fomentar e potencializar a sua consecução.¹⁷⁹ Importa compreender o que o controlador faz e os meios que adota para atingir sua finalidade.

Isso, no entanto, não significa que o conteúdo material do interesse legítimo do controlador esteja direta e unicamente atrelado àquilo que o próprio controlador venha a definir como seu objeto social ou estatutário. Pelo contrário, existem

¹⁷⁹ Como as ações de relacionamento com clientes antigos, atuais e prospectivos, o *marketing (inbound e outbound)*, a proteção patrimonial, segurança interna de pessoas e bens. Outra possibilidade é enquadrada, por exemplo, no interesse legítimo de um órgão de imprensa em realizar atividade investigativa e publicar seus achados e também nas práticas de enriquecimento de banco de dados para a realização de um melhor perfilamento de clientela para a oferta de produtos e serviços mais aderentes à sua necessidade e realidade.

direcionamentos essenciais a serem observados.¹⁸⁰⁻¹⁸¹

Como bem observam Monteiro Filho e Rito (2016):

[...] a atividade econômica desenvolvida no âmbito da iniciativa privada, expressão do princípio da livre iniciativa, só será digna de tutela se o seu escopo convergir com os ditames dos princípios de funcionamento.

[...] Contudo, deve o particular atender, na persecução da sua finalidade própria, a função social da empresa, o respeito ao valor social do trabalho, aos direitos do consumidor, a preservação do meio ambiente e, também, a manutenção e o respeito à livre concorrência, abstendo-se do exercício disfuncional da liberdade de iniciativa. (MONTEIRO FILHO; RITO, 2016, p. 433).

Acresça-se a isso que, no âmbito da tutela da pessoa, de sua privacidade e de seus dados pessoais, a atividade econômica tal qual definida por uma dada sociedade empresária não é capaz de legitimar uma finalidade lícita de tratamento sem equacionar os interesses individuais da pessoa cujos dados serão manipulados. A livre iniciativa como princípio da ordem econômica constitucional não significa um cheque em branco (BIONI, 2021), para a adoção de quaisquer práticas, mas apenas a desnecessidade de "autorização estatal para o desempenho de atividades econômicas lícitas" (MONTEIRO FILHO; RITO, 2016, p. 434). Se, historicamente, o controle de conteúdo das relações jurídicas sinalagmáticas nunca foi estranho ao direito,¹⁸² passa a importar, cada vez mais, à análise dos atos unilaterais praticados pelo controlador, sob o pretexto de constituírem finalidades admissíveis à luz de seu legítimo interesse.

¹⁸⁰ A Autoridade inglesa de proteção de dados pessoais independente denominada Information Commissioner 's Office, assim como diversas outras entidades semelhantes dispõem de inúmeros documentos orientativos sobre a aplicação do interesse legítimo. (INFORMATION COMMISSIONER 'S OFFICE, 2022).

¹⁸¹ Acerca da identificação, assevera a necessidade de que sejam respondidas as seguintes perguntas: Por que você deseja processar os dados – o que você está tentando alcançar? Quem se beneficia com o processamento? De que maneira? Existem benefícios públicos mais amplos para o processamento? Qual a importância desses benefícios? Qual seria o impacto, se você não pudesse ir em frente? Seu uso dos dados seria antiético ou ilegal de alguma forma? E sobre a necessidade de utilização de dados, sugere ainda que sejam atendidos os seguintes itens: Este processamento realmente ajuda a promover esse interesse? É uma maneira razoável de fazer isso? Existe outra maneira menos invasiva de alcançar o mesmo resultado? (INFORMATION COMMISSIONER 'S OFFICE, 2022, tradução nossa). Why do you want to process the data – what are you trying to achieve? Who benefits from the processing? In what way? Are there any wider public benefits to the processing? How important are those benefits? What would the impact be if you couldn't go ahead? Would your use of the data be unethical or unlawful in any way? E sobre a necessidade da utilização de dados pessoais, sugere ainda que sejam atendidos os seguintes itens: Does this processing actually help to further that interest? Is it a reasonable way to go about it? Is there another less intrusive way to achieve the same result?

¹⁸² Admitindo-se, por exemplo, a figura da exceção do contrato não cumprido, a revisão do contrato em razão de sua função social, por onerosidade excessiva, dentre outros.

Uma vez que se defina pela licitude da atividade a ser desenvolvida pelo controlador,¹⁸³ o *caput* do art. 10º ainda observa que devem ser consideradas situações concretas, isto é, a particular delimitação de toda a conjuntura que envolva o tratamento de dados pessoais, de modo a não transgredir a legítima expectativa da pessoa cujos dados estão sendo objeto de manipulação. A validação desse fundamento irá naturalmente oscilar, conforme os elementos casuísticos e as finalidades adotadas pelo controlador, não havendo como se definir, de forma simplificada, as bases gerais de sua aplicação.

Neste contexto, e de forma subsequente, há que se proceder a uma análise do extrato de dados pessoais que serão objeto de tratamento, já que o §1º do art. 10º estabelece que, na hipótese do interesse legítimo do controlador, "somente os dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida poderão ser tratados". (BRASIL, [2022j]).

Observe-se, neste diapasão, a incidência potencializada do que se denomina princípio da minimização (BIONI, 2021), pois, se, de um modo geral, o tratamento de dados pessoais somente está sujeito às hipóteses em que houver necessidade, não se admitindo o alargamento da captura e manipulação de dados pessoais desvinculados de uma direta relação de causa e efeito com a finalidade pretendida. À vista disso, no interesse legítimo do controlador, há uma restrição adicional consubstanciada pela estrita necessidade.

Observe-se que, sempre que o resultado pretendido puder ser alcançado com a utilização de um conjunto menor de dados pessoais, esta deverá ser a regra a ser observada, sob pena de não se legitimar a utilização deste fundamento para o tratamento lícito de dados pessoais.

O art. 10º, II, da LGPD conjuga uma outra variável consistente na legítima expectativa da pessoa acerca do tratamento de seus dados pessoais e da finalidade a eles atribuída. Legitima-se, também, o exercício regular dos direitos do controlador. (art. 188, CC/2002).

¹⁸³ O que, no âmbito do direito privado, há de ser verificado à luz da livre iniciativa e da inexistência do descumprimento de qualquer norma prevista na ordenação jurídica. Em contrapartida, no âmbito do direito público, há o balizamento prévio a partir do princípio da legalidade, exigindo-se que exista norma que preveja e autorize o tratamento de dados pessoais. E aqui há referência obviamente não ao objeto mas sim à específica atividade que será realizada que deverá ser confrontada à luz da legislação aplicável.

Depreende-se da abstração de uma expectativa legítima, que ela reclama, necessariamente, a preexistência de alguma relação entre o controlador e a pessoa envolvida, de forma a tornar crível, plausível, e até mesmo esperado, que seus dados pessoais sejam objeto de tratamento. Dito de outro modo, é indispensável que as ações do controlador baseadas em legítimo interesse não causem qualquer reação de surpresa na pessoa, ainda que se admita um grau de insatisfação a ser externado. Não se admite, via de consequência, o inesperado.

E, é a partir da manifestação positiva da pessoa que a perpetuação do interesse legítimo do controlador deixará de ser um fundamento lícito para o tratamento de dados pessoais, exatamente por se desconstituir, a partir de então, a legítima expectativa.

Um dos documentos auxiliares mais importantes na aferição da existência do interesse legítimo do controlador é o parecer 06/2014 do Grupo de Trabalho¹⁸⁴ do art. 29 da Diretiva 95/46/CE (UNIÃO EUROPEIA, 1995), o qual estabelece inúmeras orientações sobre a interpretação desse fundamento e propõe um método para a sua avaliação claramente internalizado pelo art. 10º da LGPD.

Ainda sobre a legítima expectativa da pessoa de que seus dados pessoais possam ser tratados pelo controlador, é importantíssimo destacar que os atos praticados pelo controlador são capazes de criar as bases de sua aplicação. Importa, fundamentalmente, que seus contratos, sua publicidade e comunicação, de um modo geral, aliado ao seu posicionamento de mercado e à forma como tais documentos são criados (escritos ou com recursos audiovisuais), sejam capazes de antecipar a possibilidade de tratamento. Por uma imposição legal decorrente da boa-fé objetiva, a construção da legítima expectativa da pessoa deve ser pautada por uma postura ativa do controlador, envolvendo a transparência de suas práticas e a antecipação da informação à pessoa. É o que se extrai da aplicação dos deveres de proteção, transparência, lealdade, informação e cooperação.

Ao controlador cabe, portanto, informar, cooperar e esclarecer ao titular, antecipadamente, acerca de suas práticas envolvendo o tratamento de dados pessoais e, sobremaneira, posicionar-se de tal modo que torne plausível a sua

¹⁸⁴ O qual exerceu atividades até a entrada em vigor do RGPD, em 25 de maio de 2018. O Grupo de Trabalho emitiu a opinião 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under article 7 of Directive 95/46/EC.

intenção.¹⁸⁵ Martins-Costa (2019) observa que:

A cooperação devida não configura uma qualquer cooperação, ou uma cooperação ilimitada ou indefinida e, muito menos, uma <cooperação sentimental>: não há dever de ser ingênuo na relação negocial. Trata-se de um dever técnico, e finalisticamente orientado. Sua medida de intensidade ata-se à espécie da relação e ao quantum de cooperação necessária para alcançar determinada finalidade: [...] (MARTINS-COSTA, 2019, p. 575).

É possível notar também, a esta altura, a incidência do dever lateral de proteção, lealdade e cooperação inerentes à cláusula geral da boa-fé objetiva como expressão, não apenas daquilo que se encontra consagrado nos dispositivos supracitados, e também nos art. 113, 187 e 422 do CC/2002, mas enquanto mandamentos cogentes, isto é, padrão de conduta a ser permanentemente observado pelo controlador, já que sobre ele recai, com maior ênfase, essa obrigação,¹⁸⁶ em razão da assimetria informacional e, presumidamente, de poder econômico.

Verificada a licitude da conduta do controlador, a aplicação do filtro redutor da estrita necessidade, assim como a legítima expectativa da pessoa, a quarta etapa prevista nos §§2º e 3º do art. 10º da LGPD consiste na definição das medidas técnicas e operacionais de salvaguarda aos dados.

Constitui-se exigência de que o controlador adote medidas efetivas para garantir a transparência do tratamento de dados pessoais, o que contempla informação em linguagem clara e acessível sobre a atividade, finalidade e também sobre a forma de conservação destes dados. Dito de outro modo, importa que o

¹⁸⁵ Isso pode se dar através da criação de uma política de privacidade, mas não apenas através dela. Contrato, informações audiovisuais, conteúdo estático em *site* e comunicação formal e informal de uma sociedade empresária com a pessoa (seu consumidor) é que direcionarão, no caso concreto, pela incidência da base legal do art. 7º, X, da LGPD.

¹⁸⁶ Da *opinion* 6/2014 do *Working Party* do art. 29 da Diretiva 95/46/CE, extrai-se fundamentação perfeitamente aderente à realidade da LGPD: Ao equilibrar os interesses e direitos em jogo, conforme descrito acima, as medidas tomadas pelo responsável pelo tratamento para cumprir as suas obrigações gerais ao abrigo da diretiva, incluindo em termos de proporcionalidade e transparência, contribuem grandemente para garantir que o responsável pelo tratamento cumpre os requisitos do artigo 7(f). A plena conformidade deve significar que o impacto sobre os indivíduos é reduzido, que os interesses dos titulares dos dados ou os direitos ou liberdades fundamentais são menos susceptíveis de sofrer interferências e que, portanto, é mais provável que o responsável pelo tratamento possa confiar em 7(f). Tal deverá encorajar os responsáveis pelo tratamento a cumprir melhor todas as disposições horizontais da diretiva (tradução nossa). (UNIÃO EUROPEIA, 1995). When balancing the interests and rights at stake as described above, the measures taken by the controller to comply with its general obligations under the Directive, including in terms of proportionality and transparency, will greatly contribute to ensuring that the data controller meets the requirements of Article 7(f). Full compliance should mean that the impact on individuals is reduced, that data subjects' interests or fundamental rights or freedoms are less likely to be interfered with and that therefore it is more likely that the data controller can rely on 7(f). This should encourage controllers to better comply with all horizontal provisions of the Directive.

controlador expresse, inclusive, as medidas por ele consideradas e implementadas para mitigar os riscos a que, voluntariamente, expôs o titular, ao realizar o tratamento de seus dados pessoais.

É fundamental observar, especialmente naquelas situações em que os dados pessoais serão utilizados sem prévia e específica manifestação de vontade da pessoa, isto é, quando independam de consentimento, os deveres de proteção, transparência, lealdade, informação e cooperação se acentuam, como forma de equilibrar a relação jurídica existente, exercendo relevante efeito na comunicação oral e escrita, posicionamento, publicidade, e nos canais de comunicação estabelecidos com o encarregado de proteção de dados pessoais.

A se considerar esse contexto, Bioni (2021) trabalha a existência de pontos de atenção em torno do legítimo interesse no campo da publicidade direcionada, prática que tem se tornado cada vez mais comum nas mídias sociais. Neste sentido, observa o referido autor que existem quatro vetores fundamentais que devem ser levados em consideração na construção de uma matriz de risco e que são a relação preestabelecida e o contexto na abordagem publicitária, o nível de intrusão, as inferências e usos e as salvaguardas. Muito próximo do que Nissenbaum (2010) chama de privacidade contextual, ou seja, que a proteção de dados pessoais é fortemente impactada pela expectativa das pessoas em relação ao seu grau de privacidade e intimidade nos diversos contextos das relações jurídicas públicas e privadas, pode-se afirmar que a aplicação do interesse legítimo como elemento autorizador do tratamento de dados pessoais, nos casos de publicidade comportamental, irá demandar ainda mais cuidado.

Nos casos em que o tratamento de dados pessoais feito em virtude do interesse legítimo do controlador visar a uma pessoa com a qual já exista uma relação jurídica anterior caracterizada, por exemplo, pela pretérita aquisição de produtos ou serviços, a legítima expectativa do titular poderá ser construída de forma razoavelmente simplificada. O mesmo se afirma para o monitoramento do comportamento do consumidor (cuja posição já foi consolidada no passado) em ambientes informatizados.

No entanto, há um enorme desafio quando o interesse legítimo do controlador é utilizado para a agregação de dados pessoais (de uma pessoa que já consolidou sua posição de consumidora no passado), através de terceiros, para o enriquecimento do perfil comportamental, e com a finalidade de lhe destacar publicidade direcionada,

seja ela relativa a produtos e serviços por ela visualizados, correlacionados ou previamente adquiridos. Convergem duas questões muito relevantes: as práticas de enriquecimento de bancos de dados e, por outro lado, a agregação e o compartilhamento de dados de monitoramento (de navegação, por exemplo) realizados pelo controlador e por terceiros¹⁸⁷. Em ambos os casos a finalidade seria a obtenção de condições para a oferta assertiva de produtos ou serviços que sejam capazes de beneficiar a própria pessoa.

A aquisição de dados pessoais diversos daqueles já detidos pelo controlador pode constituir uma prática lícita, sob a égide de seu legítimo interesse, se a finalidade para a qual se vincula for amparada por todos os princípios contidos no art. 6º da LGPD, dentre os quais se destaca a finalidade, a necessidade e a adequação.

Com relação ao compartilhamento de dados de monitoramento de navegação através de diversas plataformas, Bioni (2021) explica:

[...] há uma rede de publicidade comportamental composta por uma série de atores que trocam dados entre si e exibem tais anúncios em diferentes plataformas. Essa é a razão pela qual, por exemplo, o mesmo anúncio publicitário percorre diferentes websites visitados ou aplicativos acessados. [...] nesses casos, há não só o ingresso de terceiros no fluxo informacional, mas também o acúmulo de dados de diferentes esferas da vida do titular do dado. É por esse motivo que o Grupo de Trabalho do Artigo 29 reafirmou o seu posicionamento de que o legítimo interesse não seria aplicável nesses casos. (BIONI, 2021, p. 168).

No que tange à utilização do interesse legítimo como um fundamento para o tratamento lícito de dados pessoais, assim considerado como o compartilhamento entre os diversos intermediários da cadeia de publicidade comportamental que integra a arquitetura da rede, as Autoridades de Proteção de Dados Pessoais divergem sobre sua viabilidade. A ICO entende que o fundamento adequado residiria no consentimento,¹⁸⁸ enquanto a Autoridade alemã admite não apenas o consentimento, como também a execução de contrato e até mesmo o interesse legítimo.¹⁸⁹ A CNIL e a Autoridade espanhola, duas entidades muito ativas na área, mantiveram-se silentes

¹⁸⁷ A propósito do consentimento para o monitoramento da navegação do usuário, Voisin *et al.* (2022) produziu um guia (editado pelo International Association of Privacy Professionals - IAPP) - orientativo que compara as diretrizes das Autoridades de Proteção de Dados Pessoais do Reino Unido, Alemanha, Espanha e França, do qual se infere que existe controvérsia sobre o que deve ser exigido do controlador e quais são os casos em que o consentimento pode ser diluído.

¹⁸⁸ Notadamente, a partir da *ePrivacy Directive*.

¹⁸⁹ Apenas no caso de aprovação em todas as etapas do teste de balanceamento previsto no art. 6º do RGPD, e internalizado no art. 10º da LGPD.

acerca dessa orientação.

5.2.10 Proteção do crédito

A proteção do crédito é a décima hipótese que legitima o tratamento lícito de dados pessoais no panorama da LGPD e encerra a interessante particularidade de não corresponder diretamente a qualquer previsão do RGPD.

No contexto do regulamento europeu, as práticas de análise de crédito se situam no âmbito do interesse legítimo do controlador e, como tal, sujeitas ao teste de proporcionalidade previsto no art. 6º do RGPD, e à semelhança de outros métodos de avaliação internalizado no art. 10º da LGPD. Porém, uma das últimas alterações no PL que tratou da instituição da LGPD consistiu no acréscimo de um décimo fundamento para o tratamento lícito de dados pessoais.

Explicita-se, neste sentido, que todas as práticas envolvendo o tratamento de dados pessoais que tenham como finalidade dar maior segurança ou eficiência a operações financeiras, inclusive à prevenção de fraudes na compra e venda de produtos ou serviços, são permitidas.

A proteção do crédito, como fundamento para o tratamento de dados pessoais, situa-se no âmbito de uma base legal vinculada a operações de crédito ou, de forma análoga, à proteção contra fraudes financeiras em negócios jurídicos. Assim, legitima-se a obtenção de dados relacionados à checagem da identidade da pessoa, a consulta sobre seu histórico de crédito ou sobre a existência de roubo, furto ou extravio de documentos pessoais.

Existem diversos intermediários no mercado financeiro, valendo ressaltar os mais conhecidos como *bureaus* de crédito,¹⁹⁰ que podem se valer da proteção do crédito como forma legitimadora da aquisição e do enriquecimento de suas bases de dados, as quais serão consultadas por terceiros igualmente fundados na base legal da própria proteção do crédito.

Trata-se de um fundamento para o tratamento de dados pessoais de caráter vinculativo e que não se abre a outras possibilidades, como é o exemplo do interesse

¹⁹⁰ Os *bureaus* de crédito são pessoas jurídicas de direito privado mantenedoras de bancos de dados com dados pessoais relacionados à identificação de pessoas e seu histórico de (in) adimplemento de obrigações. No Brasil, os mais conhecidos são o SPC Brasil, Serasa Experian e Boa Vista. Maiores informações a esse respeito podem ser encontradas em: Associação Nacional dos Bureaus de Crédito (ANBC, 2022).

legítimo do controlador. Há que se ponderar, entretanto, por respeito aos princípios da finalidade, da necessidade e da minimização, assim como da incidência da boa-fé objetiva e de seus deveres laterais, que não basta o pretexto de se proteger o crédito de relações negociais, para que se legitime a agregação de dados pessoais e, em especial, relacionados ao perfil de consumo, apenas como pretexto de se realizar uma melhor e mais eficaz prevenção à fraude. É fundamental observar que, nesses casos, os mandamentos da transparência e informação exigem que se levem tais práticas ao conhecimento da pessoa.

Além disso, o art. 43, §3º, do CDC estabelece que o consumidor deve ser comunicado sempre que houver a abertura de cadastro que ele não solicitou. A inclusão de dados pessoais de consumidor em bancos de dados desta natureza, indubitavelmente, clama pela comunicação prévia imediata. E, para tanto, não é necessário que tenha havido aquisição de produto ou serviço como um consumidor final, já que a própria legislação consumerista admite a figura do consumidor por equiparação em várias situações, valendo destacar a principal aplicável à espécie consistente na aplicação da legislação consumerista a todas as pessoas expostas às práticas nela previstas.

Se a abertura de cadastro, isto é, o ato inicial da inserção de informações da pessoa em banco de dados do fornecedor, encontra regra positivada que exige a comunicação prévia, inexistente qualquer disposição relacionada à agregação de novos dados pessoais. Isso faz com que a evolução da condição de perfilamento das preferências de um consumidor não seja perceptível. Importa fundamentalmente conhecer quando um fornecedor abre um cadastro não solicitado previamente pelo consumidor e também, como medida garantidora de uma mínima transparência nessa relação, e certamente equivalente a uma boa prática de governança, quando mais e mais informações são agregadas, sob o pretexto de se obter uma identificação mais eficiente do perfil de consumo ou de crédito do titular.

Cite-se um fato a respeito do consumidor para quem o fornecedor abriu um cadastro contendo determinados dados pessoais e, para além dessa situação, incluírem-se futuramente novas informações a seu respeito que não seriam minimamente previsíveis. Essa prática, consistente no enriquecimento da base de dados com novas informações sobre o titular deve, necessariamente, ser a ele comunicada como desdobramento da obrigação contida no art. 43, §3º, do CDC, quando analisada à luz das obrigações de transparência, proteção, cooperação e

informação oriundos da boa-fé objetiva e da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, CDC).

5.3 Existem outros fundamentos jurídicos aplicáveis ao tratamento lícito de dados pessoais?

Uma das questões mais controvertidas acerca da LGPD diz respeito à definição da natureza do rol contido no art. 7º, o qual define as hipóteses para o tratamento lícito de dados pessoais. Em uma leitura inicial, pode-se ter a impressão de que a enumeração contida na norma é de caráter taxativo, inclusive, pela abrangência que os 10 incisos apresentam, como subsídio das situações jurídicas que lhes sejam subjacentes.

Entretanto, não se pode excluir o diálogo das fontes para se interpretar o ordenamento jurídico de forma única e coesa. Neste sentido, e considerando-se que o maior fundamento do direito à privacidade e à proteção de dados pessoais encontra-se na cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, não se poderia instituir mera restrição decorrente da positividade da LGPD, senão com base na interpretação deste próprio princípio.

Assim, parece não haver dúvida de que, pelo menos em tese, é perfeitamente possível que a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana fomenta outras bases legais para legitimar as atividades de tratamento de dados pessoais, que se verifiquem em casos específicos, como é a hipótese do tratamento de dados de crianças e adolescentes e o princípio informativo do zelo pelo melhor interesse previsto na Convenção de Haia e igualmente depreendido do art. 227 da CRFB/1988 e do art. 1.584, II, do CC/2002.

Da mesma forma, pode-se afirmar que, no eventual conflito aparente entre diversas bases legais, é a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana que orientará a prevalência da norma jurídica ao caso concreto, alinhado ao que Gonçalves (2022) denominou titular-centrismo.

5.4 Encarregado do tratamento de dados pessoais

A LGPD estabelece, em seu art. 41, que constitui obrigação do controlador a indicação de um encarregado pelo tratamento de dados pessoais, com a divulgação

de sua identidade e a forma de contato com ele de modo claro e objetivo.

A figura do encarregado, que não se confunde com a exigência da contratação de empregados ou prestadores de serviço pelo controlador, em sintonia com o RGPD, é mais um indicador de que a governança de dados pessoais está em lenta transição de um modelo que escapa de atos unilaterais ou sinalagmáticos majoritariamente centrados no consentimento para um sistema em que se garanta um efetivo controle sobre o fluxo dos dados pessoais (RODOTÀ, 2008). O encarregado, a este sentir, opera como um verdadeiro auditor da integridade das práticas do controlador, embora diretamente a ele vinculado.

Extraí-se do §2º do art. 41 da LGPD que o encarregado tem atribuições inerentes à orientação de funcionários e operadores com relação às práticas de tratamento de dados pessoais, à recepção de comunicados da ANPD e a consequente adoção de providências a eles inerentes ao relacionamento direto com os titulares de dados, prestando-lhes todo o suporte para o exercício de seus direitos e, por fim, o cumprimento de eventuais atribuições adicionais estabelecidas por órgãos reguladores ou pelo próprio controlador.

Enquanto garantidor da integridade da governança de dados pessoais e fomentador das boas práticas, o encarregado em muito se assemelha à figura do auditor independente previsto na Lei das Sociedades Anônimas,¹⁹¹ no que tange à exigência de não envolvimento com as práticas decisórias e não dependência do controlador.

O art. 5º, VIII, da LGPD define o encarregado como "pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)" (BRASIL, [2022j]). Suas atribuições, ressalte-se, não podem se confundir com aquelas atribuídas ao controlador (art. 5º, VI, LGPD), e que consistem na competência para a tomada de decisões referentes ao tratamento de dados pessoais.¹⁹² Como bem observado por Kremer e Palmeira (2022):

A literatura de *compliance* indica que a inserção desse gestor na estrutura organizacional deve se dar por meio de um setor destacado ou por uma

¹⁹¹ Como por exemplo, naquilo que está contido nos art. 133, 134, 140, 141, 142, 163, 177, 275 e 289 da Lei 6.404/76. (BRASIL, [2022d]).

¹⁹² A Resolução CD/ANPD no. 02, de 27 de janeiro de 2022, estabelece que os agentes de tratamento de pequeno porte podem ser dispensados da indicação de um Encarregado pelo tratamento de dados pessoais, caso atendidos os seus requisitos. (BRASIL, 2022c).

pessoa responsável. Indicação esta que é reforçada no Brasil pela Controladoria Geral da União (CGU). Revisitando a *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* (GFSO), marco internacional do compliance, encontra-se o mesmo apontamento de designação de indivíduos específicos para a gestão cotidiana dos programas de integridade. (KREMER; e PALMEIRA, 2022, p. 639).

Dentre as incumbências do controlador, incluem-se a definição de finalidades para o tratamento de dados e a estipulação da forma como esta ocorrerá. Por outro lado, a adoção de tecnologias de salvaguarda e a migração para plataformas que se identificam com o estado da arte, por exemplo, se situam no âmbito decisório do controlador e não do encarregado. Assim, cabe a este zelar pelo cumprimento das decisões de competência do controlador e para a manutenção da integridade da governança de dados pessoais.

Há que se observar que a regulação da função do encarregado mereceu um tratamento muito mais detalhado no âmbito do RGPD do que na própria legislação brasileira,¹⁹³ com especial preocupação com a figura de seu conflito de interesses.¹⁹⁴ Essa é uma delicada questão, pois, embora a função de encarregado seja, a princípio, potencialmente submetida ao poder diretivo¹⁹⁵ do controlador, dele se exige um certo grau de independência para zelar pela integridade da governança de dados pessoais tal qual considerada em um sistema antropocêntrico, ainda que existam interesses em sentido oposto. Daí ter o estudo do conflito de interesses do encarregado grande

¹⁹³ Exemplo disso está disposto no art. 38 do RGPD, segundo o qual: 1. O responsável pelo tratamento e o subcontratante asseguram que o encarregado da proteção de dados seja envolvido, de forma adequada e em tempo útil, a todas as questões relacionadas com a proteção de dados pessoais. 2. O responsável pelo tratamento e o subcontratante apoia o encarregado da proteção de dados no exercício das funções a que se refere o artigo 39.º, fornecendo-lhe os recursos necessários ao desempenho dessas funções e à manutenção dos seus conhecimentos, bem como dando-lhe acesso aos dados pessoais e às operações de tratamento. 3. O responsável pelo tratamento e o subcontratante asseguram que a proteção de dados não recebe instruções relativamente ao exercício das suas funções. O encarregado não pode ser destituído nem penalizado pelo responsável pelo tratamento ou pelo subcontratante pelo facto de exercer as suas funções. O encarregado da proteção de dados informa diretamente a direção ao mais alto nível do responsável pelo tratamento ou do subcontratante. 4. Os titulares dos dados podem contactar o encarregado da proteção de dados sobre todas as questões relacionadas com o tratamento dos seus dados pessoais e com o exercício dos direitos que lhe são conferidos pelo presente regulamento. 5. O encarregado da proteção de dados está vinculado à obrigação de sigilo ou de confidencialidade no exercício das suas funções, em conformidade com o direito da União ou dos Estados-Membros. 6. O encarregado da proteção de dados pode exercer outras funções e atribuições. O responsável pelo tratamento ou o subcontratante assegura que essas funções e atribuições não resultam num conflito de interesses. (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

¹⁹⁴ Item 6 do art. 38 do RGPD. (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

¹⁹⁵ O qual se encontra positivado pela norma do art. 2º, CLT, segundo o qual: Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. (BRASIL, [2022c]).

relevância, embora não se encontre sobre ele qualquer referência na LGPD.

A Lei das Sociedades Anônimas,¹⁹⁶ cujo tema encontra maior disciplina na ordenação jurídica nacional, estabelece que é vedado ao administrador intervir em qualquer operação em que seu interesse pessoal for conflitante com o da companhia, havendo a obrigação positiva de que declare o impedimento aos demais interessados com registro em ata da "natureza e extensão do seu interesse". Além disso, ao dispor sobre o conflito de interesse do acionista, veda o voto deste em deliberações assembleares relacionadas ao laudo de avaliação de bens que concorrem para a formação do capital social, assim como na aprovação de suas próprias contas como administrador, ou em qualquer outro ato que possa beneficiá-lo de modo direto ou indireto.¹⁹⁷

Orientado a esta preocupação, o RGPD estabelece, em seu art. 38, item 3, que o encarregado não pode receber "instruções relativamente ao exercício das suas funções", assegurando-lhe, na medida do possível, independência. Não obstante, o RGPD ainda prevê que o encarregado não pode ser "destituído nem penalizado" pelo modo como exerce suas funções, por estar diretamente atrelado ao mais alto nível gerencial da organização.

Em meio ao silêncio da LGPD a respeito da matéria, as disposições contidas no RGPD são úteis como orientações sobre os potenciais conflitos que podem emergir no exercício das atribuições do encarregado. É possível sintetizar, neste sentido, a ocorrência do conflito de agência do encarregado em algumas situações.

Configurar-se-á conflito de interesses sempre que um encarregado for empregado e o exercício de suas funções apresentar a possibilidade de comprometer a isenção e a imparcialidade que dele se exigem. Por este motivo, cargos atrelados à função executiva e à diretoria de sociedades empresárias não se tornam, a princípio,

¹⁹⁶ Especificamente o art. 156 da Lei 6.404/76 que trata do conflito de interesses entre o administrador e a companhia ao qual o mesmo se vincula disciplina que: Art. 156. É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse. (BRASIL, [2022d]).

¹⁹⁷ Essa previsão encontra-se inserida no art. 115, §1º, da Lei 6.404/76, *in verbis*: Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. §1º. O acionista não poderá votar nas deliberações da assembleia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia. (BRASIL, [2022d]).

adequados para a cumulação das funções do encarregado pelo tratamento de dados pessoais, eis que o interesse na consecução do objeto social apresentará desafios, quiçá, insuperáveis ao bom desempenho do encarregado. Isso, porque tais funções estão tradicionalmente associadas àquelas que têm competência para a definição das finalidades, dos meios e das medidas técnicas de salvaguarda e processos organizacionais que sujeitarão o tratamento de dados pessoais. Além disso, são funções orientadas à consecução do objeto social da sociedade e não à higidez da governança de dados pessoais, em sua visão antropocêntrica.

A se considerar a figura do encarregado externo, geralmente desempenhando funções de índole técnica, o conflito de interesses também poderá ser encontrado em diversas situações. Estabelece o art. 4º do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil que o advogado deve zelar pela independência e liberdade, mesmo quando vinculado a cliente, através da relação de emprego ou de contrato de prestação de serviços, sendo ainda mais relevante destacar, consoante o art. 20 do referido dispositivo, que estabelece:

Art. 20. O advogado deve abster-se de patrocinar causa contrária à ética, à moral ou à validade de ato jurídico em que tenha colaborado, orientado ou conhecido em consulta; da mesma forma, deve declinar seu impedimento ético quando tenha sido convidado pela outra parte, se esta lhe houver revelado segredos ou obtido seu parecer. (BRASIL, [2022d]).

Ao advogado conceda-se um espaço de não interferência que seja capaz de assegurar sua liberdade e independência. Em contrapartida, cabe ao encarregado, como uma das atribuições definidas pelo inciso IV do art. 41 da LGPD, o cumprimento das orientações definidas pelo controlador.

Observe-se, a esta altura, que o encarregado poderá ter formação jurídica, mas não exercerá sua função enquanto advogado. Quando, porém, exercer as atribuições típicas do encarregado pelo tratamento de dados pessoais e sobrevier a necessidade de sua atuação em situação típica de advogado, não poderá fazê-lo, e tampouco receber procuração, caso quando, previamente ao fato, tenha concorrido para a prática do ato jurídico que a ela deu causa, e orientado ou conhecido a questão em consulta.¹⁹⁸ O conflito de interesses se configurará, portanto, sempre que a atribuição

¹⁹⁸ Conforme estabelecido pelo art. 22 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, segundo o qual: Art. 22: Ao advogado cumpre abster-se de patrocinar causa contrária à validade ou legitimidade de ato jurídico em cuja formação haja colaborado ou intervindo de qualquer maneira; da mesma forma, deve declinar seu impedimento ou o da sociedade que integre quando

de fiscalizar inerente ao encarregado¹⁹⁹ conflitar com a sua atuação profissional em defesa dos interesses de seu próprio contratante,²⁰⁰ principalmente se o objeto de sua atuação recair sobre prática por ele aconselhada ou ratificada.

A pouco usual figura de um encarregado pelo tratamento de dados pessoais prevista na legislação especial, seja de um empregado diretamente contratado por uma sociedade empresária, ente da administração pública direta ou indireta e organizações não governamentais, um comitê ou no caso da terceirização dessas práticas, milita a favor da sistematização da governança de dados pessoais à superação do mero consentimento e da privacidade enquanto liberdade negativa.

Exatamente em função da concepção estrutural do direito à proteção de dados pessoais, tal qual discorrido e interpretado à luz da boa-fé objetiva, inicia-se um movimento para o estabelecimento de métodos de controle sobre o fluxo organizacional, exatamente como é a figura do encarregado. Para muito além de se assegurar à pessoa o exercício dos direitos previstos no art. 18 da LGPD, torna-se necessária a estruturação de processos internos destinados a recepcionar toda e qualquer requisição que sobre eles possa recair. A efetivação da dignidade da pessoa no contexto das relações jurídicas que envolvam dados pessoais só se garante, com isto, através da instrumentalização de mecanismos capazes de assegurar conformidade com a legislação de forma prévia, concomitante e posterior à consecução da atividade econômica.²⁰¹

Neste contexto, o encarregado tem o dever (art. 41) de atuar como verdadeiro guardião da higidez da governança de dados pessoais. A Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) / Norma Brasileira (NBR) / ISO/IEC 27.701, considerada não como norma cogente, mas como uma boa prática a ser eventualmente adotada, estabelece que há necessidade de "identificar e documentar os propósitos específicos pelos quais os dados pessoais são tratados", assim como "determinar e manter de

houver conflito de interesses motivado por intervenção anterior no trato de assunto que se prenda ao patrocínio solicitado. (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2015).

¹⁹⁹ Exercida de modo imparcial em razão de sua atribuição de zelar pela higidez da governança dos dados pessoais em uma dada organização, o que não admite postura cujos fins tenham sido pré-determinados e se difere, portanto, da atuação de procuradores que podem livremente basear seus argumentos no princípio da eventualidade.

²⁰⁰ Neste sentido, é necessário compreender que o encarregado não pode pautar sua atuação unicamente sob a égide dos interesses de seu respectivo empregador ou contratante, devendo ser-lhe assegurada grande margem de independência para que não se configure o conflito de interesses (ainda que em tese).

²⁰¹ Aqui referenciada como regra geral, embora não se desconsidere que a LGPD também é aplicável para contextos que envolvam o tratamento de dados pessoais de forma não onerosa.

forma segura os registros de tratamento mediante a elaboração de inventário [...]" (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, 2020). Essas práticas constituem atribuições inerentes à figura do encarregado pelo tratamento de dados pessoais, funcionando esse como um importante elemento garantidor da manutenção e da evolução da governança de dados pessoais de todas as organizações, sejam elas públicas ou privadas.

5.5 Sistema de responsabilização civil: entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva

Outro conjunto de normas que exerce grande influência na regulação da proteção de dados pessoais e na estruturação dos critérios de sua governança é a responsabilidade civil regulada especificamente pelos art. 42 a 45 da LGPD. Disciplina-se, por conseguinte, a reparação de perdas e danos ocasionados pela violação de direitos da personalidade (privacidade e proteção de dados pessoais) e cuja negativa, certamente, contrariaria o princípio da dignidade da pessoa.

No contexto das atividades de tratamento de dados pessoais, a reparação de danos há que ser examinada com extrema cautela, eis que existem elementos especialíssimos a serem levados em consideração, a se iniciar pela consagração do princípio da responsabilização e prestação de contas no art. 6º, X, da LGPD e de todos os demais vetores estruturais relacionados ao cuidado, prevenção, transparência e informação. A este sentir, estabelece-se que os agentes de tratamento têm a obrigação de adotar "medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais",²⁰² devendo estas serem suficientemente precisas e evoluídas, a ponto de gerarem o nível de proteção necessário no contexto em que se encontram.

Mas, não apenas isso, exige-se também deste agente a adoção de cautelas capazes de comprovar a adoção de tais salvaguardas.²⁰³ Com isto, e com o amparo da boa-fé objetiva, também se estabelece como obrigação o emprego de práticas que

²⁰² É o que dispõe o art. 46, LGPD: Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. (BRASIL, [2022j]).

²⁰³ Trata-se da positivação do princípio da responsabilização e da prestação de contas contido no art. 6º, X, LGPD, os quais conjugados com a boa-fé objetiva (mencionada no caput do referido dispositivo) exigem a postura proativa e não meramente reativa do controlador.

confirmam transparência ao tratamento de dados pessoais e que sejam capazes de assegurar plena informação ao titular.²⁰⁴ São obrigações morfológicas que se aplicam sobre a ação ou omissão do agente de tratamento, isto é, sobre o método, procedimento, a técnica, o sistema e todos os demais fluxos organizacionais internos e externos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

Além disso, o art. 44 da LGPD²⁰⁵ estabelece haver ilicitude no ato praticado pelo controlador ou pelo operador, quando não forem observadas quaisquer das exigências previstas em lei, se não houver o fornecimento do nível de segurança exigível para uma dada situação concreta e que, nesta análise, sejam considerados o modo do tratamento de dados pessoais, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e também as técnicas de tratamento que integravam o estado da arte, naquele momento.

O que normatiza a LGPD, neste particular, é a consagração do princípio geral de que aquele que causa dano fica obrigado a repará-lo e o dos deveres de cuidado que são inerentes à boa-fé objetiva. Há que se observar, não obstante, que toda a organização de obrigações estruturais de precaução, cautela e prevenção é inerente ao tradicional conceito de culpa.

Em qualquer atividade o homem deve observar a necessária cautela para que sua conduta não venha a causar danos a terceiros, ainda que ausente o *animus laedendi*. A inobservância desse dever geral de cautela ou dever de cuidado, imposto genericamente no art. 186 do Código Civil, configura a culpa *stricto sensu* ou aquiliana. (GONÇALVES, 2012, p. 317).

Destarte, no art. 186 do CC/2002, é possível extrair o conceito de ato ilícito, o qual decorre de ação omissiva ou comissiva, culpa ou dolo, e no art. 927, *caput*, o dever de reparar o dano existente, dos quais se identifica a necessidade de investigar o critério de culpa, subjetiva ou objetiva e o nexo de causalidade. Parte disso uma definição do que teria sido reclamado pela LGPD.

²⁰⁴ A partir disso é que se fala em políticas representativas das práticas adotadas pelas organizações, como a política de privacidade, de *compliance*, de uso de cookies, código de ética, dentre outros.

²⁰⁵ Art. 44, LGPD: O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo pelo qual é realizado; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado. Parágrafo único. Responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano. (BRASIL, [2022]).

A controvérsia na LGPD a respeito do critério, objetivo ou subjetivo, da responsabilidade civil decorre da necessidade de conciliar a redação do art. 43, o qual em uma primeira leitura induz à objetivação, com todos os demais deveres de cuidado estruturais definidos pela própria legislação, os quais são compatíveis com o conceito de culpa aquiliana, também responsabilidade aquiliana ou delitual.

Na esfera desses deveres de cuidado, a LGPD traz inúmeras obrigações, através das quais atribui várias incumbências ao controlador e ao operador, conforme o caso. Em vista disso, não se poderia olvidar da figura e das atribuições do encarregado pelo tratamento de dados pessoais ao qual cabe a demonstração, seja perante os diversos órgãos reguladores ou aos respectivos titulares, das medidas adotadas para a salvaguarda dos direitos e dos dados pessoais que permeiam as práticas de governança internas.²⁰⁶ Trata-se de mais uma obrigação estruturante dos processos organizacionais do agente de tratamento.

Parece claro que a redação do art. 42 da LGPD²⁰⁷⁻²⁰⁸ consagrou a matriz da responsabilidade civil subjetiva em nítida aproximação ao que dispõe o art. 186 do Código Civil²⁰⁹ e assim poderia ser considerado, caso o referido dispositivo fosse interpretado isoladamente. É a propósito da redação deste dispositivo que Schreiber (2021) observa:

Em primeiro lugar, salta aos olhos a pluralidade de espécies de danos expressamente apanhadas pela norma: "dano patrimonial, moral, individual ou coletivo". O dano, que constitui figura nuclear da responsabilidade civil, é tradicionalmente conceituado como lesão a um interesse juridicamente protegido. O dano patrimonial é entendido como a lesão a um interesse jurídico passível de valoração econômica. O dano moral, por sua vez, deve ser compreendido como a lesão a um interesse jurídico atinente à personalidade humana. Ambas as noções foram construídas a partir de uma perspectiva estritamente individual: lesão ao patrimônio ou à dignidade de uma pessoa específica. (SCHREIBER, 2021, p. 321).

²⁰⁶ Enquanto função interna, suas competências também podem ser compreendidas como expressão do dever de cuidado do próprio controlador.

²⁰⁷ Art. 42, LGPD: O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo. (BRASIL, [2022j]).

²⁰⁸ A respeito da locução inserida no *caput* do art. 42 da LGPD, a expressão "em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais" não parece corresponder necessariamente à teoria do risco, já que tanto na responsabilidade objetiva ou subjetiva, o ato praticado o será em virtude da atividade de tratamento de dados pessoais. (BRASIL, [2022j]).

²⁰⁹ Art. 186, CC/2002: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, [2022g]).

Não foi contemplada qualquer expressão que pudesse subverter a regra geral da responsabilidade subjetiva inserida no CC/2002, como fora feito, por exemplo, no art. 14 do CDC. Acrescente-se a isso que a expressão "independentemente de culpa", que constava inicialmente do PL durante a sua tramitação no Congresso Nacional, foi excluída do texto normativo promulgado sem qualquer referência ao critério da objetivação. Por fim, anota Schreiber (2021, p. 324) que "[...] a parte final do art. 42, que alude ao dano causado "em violação à legislação de proteção de dados pessoais, expressão que sugere uma responsabilidade fundada na violação de deveres jurídicos (culpa normativa)".

Interessa, por conseguinte, a compreensão daquilo que se encontra previsto no art. 43 da legislação especial, segundo o qual:

Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem:
I- que não realizaram o tratamento de dado pessoais que lhes é atribuído;
II- que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhe é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou
III- que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro. (BRASIL, [2022j]).

A redação adotada pelo referido dispositivo também é geradora de perplexidade, eis que aparentemente antagônica com o disposto no art. 42.²¹⁰ Em um primeiro momento, poder-se-ia compreender que os agentes de tratamento são sempre e irrefutavelmente responsáveis, salvo nas hipóteses enumeradas nos incisos um a três, o que aproximaria a responsabilidade civil na esfera do tratamento de dados pessoais do regime objetivo. Entretanto, é preciso compreender, com mais detalhes, aquilo que se encontra compreendido nos incisos do art. 43.

De fato, a redação do indigitado dispositivo é bem próxima ao que dispõe o parágrafo terceiro do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor,²¹¹ o qual consagrou a sistemática da responsabilidade do fornecedor, independentemente de culpa na reparação de danos causados aos consumidores. Essa comparação, potencializada pelo fato de que o tratamento de dados pessoais constituirá uma relação

²¹⁰ O mesmo apontamento é compartilhado por: Tepedino, Terra e Guedes (2021).

²¹¹ Assim dispõe o art. 14 do CDC: Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. [...] § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. (BRASIL, [2021c]).

consumerista, constitui um fator de razoável insegurança no estudo da matéria,²¹²⁻²¹³ diante da constante relação entre essas normativas.

No domínio do CDC, que pode ser aplicado diretamente²¹⁴ em inúmeros casos do tratamento de dados pessoais, caso presentes as figuras do consumidor (direto ou por equiparação) e do fornecedor, o art. 14 a Lei 8.078/1990 estabelece que há responsabilidade "independentemente da existência de culpa pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços". (BRASIL, [2021c]). E, o parágrafo terceiro deste dispositivo estabelece que o fornecedor somente se isenta da responsabilização, quando comprovar a inexistência de vício no serviço prestado ou se o dano tiver sido causado pela culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Na esfera da LGPD, não se adotou positiva e expressamente a expressão "independentemente da existência de culpa".

Reporte-se, especificamente, ao que estabelece o mencionado art. 43 da LGPD, que aponta a prevalência da regra da responsabilização do controlador, o qual será isento do ressarcimento, quando provar que não realizou o tratamento de dados pessoais. Veja-se que, nesta hipótese, não haveria sequer a constituição de um liame a unir juridicamente o controlador ao titular, eis que, em um primeiro momento, aquele não seria legitimado para responder por atos de terceiros.²¹⁵ Ausente, via de consequência, o nexo de causalidade a impedir a responsabilização do controlador em relação ao qual, aliás, não se estabeleceu solidariedade como regra geral.²¹⁶⁻²¹⁷

²¹² Isso porque em muitos casos o tratamento de dados pessoais ocorrerá no âmbito do fornecimento de um produto ou serviço, o que fará incidir a norma especial prevista na legislação consumerista com a atribuição da responsabilidade objetiva do fornecedor. Nessa hipótese, especial atenção deve ser dada ao conceito de consumidor por equiparação conforme previsto nos art. 17 e 29 da Lei 8.078/90.

²¹³ Há que se discernir, aliás, a diferenciação entre a responsabilidade objetiva e a solidariedade do dever de reparar o dano, algo que não tem sido tão bem distinguido pela doutrina que se debruça sobre o tema, como Cordeiro (2019) e Kremer (2020).

²¹⁴ Conforme estabelecido pelo art. 45, LGPD: As hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente. (BRASIL, [2022j]).

²¹⁵ Conquanto não se tenha estabelecido a solidariedade como regra geral.

²¹⁶ A exemplo do que se estabeleceu, por exemplo, no art. 18 do CDC e cujo teor é o seguinte: Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. (BRASIL, [2021c]).

²¹⁷ *Ad cautelam*, é importante lembrar que o nexo de causalidade rompe com o dever de indenizar mesmo nas situações de objetivação da responsabilidade civil, eis que esta diz respeito à presunção relativa ou absoluta da culpa de uma das partes, enquanto não se dispensa o dano e a respectiva relação de causalidade direta.

A segunda hipótese contemplada diz respeito à inexistência de ato ilícito, isto é, embora o controlador tenha realizado efetivamente o tratamento de dados pessoais, e sua prática tenha sido respaldada por um dos fundamentos para o tratamento lícito inseridas no art. 7º da LGPD, ou em outro dispositivo correlato assim considerado pelo diálogo das fontes.²¹⁸ Nesta hipótese, não há ato ilícito e, conseqüentemente, não prospera o dever de indenizar entre o controlador e a pessoa lesada.²¹⁹⁻²²⁰ Houvesse o art. 43, II, da LGPD predeterminado a responsabilidade objetiva, não haveria motivo para se preocupar com a licitude ou não do ato praticado pelo agente de tratamento, já que bastaria, por si só, a existência de ato ou fato a ele atribuído que, em virtude de uma relação causal, houvesse causado danos à pessoa.

A esse respeito, Tepedino, Terra e Guedes (2021) assinalam que

Ao contrário dos incisos I e III do art. 43, que se referem à relação de causalidade, o inciso II remete à ideia de culpa como fundamento da responsabilidade civil e sua redação é bem diferente da empregada pelo legislador no art. 12, §3º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor. (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 751).

Neste particular, é essencial compreender que o ato que se reputar ilícito será praticado a título de culpa ou dolo. A responsabilidade objetiva, nada obstante, representa uma simplificação dos requisitos do dever de indenizar e do afastamento do elemento subjetivo da culpabilidade, bastando que exista ato praticado, dano e nexo de causalidade. Deste modo, é possível afirmar que o inciso II do art. 43 da LGPD constitui uma clara evidência da adoção do padrão subjetivo da responsabilidade civil pois, a se cogitar sua objetivação, seria irrelevante a comprovação do caráter lícito ou ilícito do ato praticado pelo respectivo agente de tratamento.

A terceira hipótese estabelece que o controlador não será responsável, quando comprovar que o dano suportado pela pessoa foi causado exclusivamente por ela própria ou por terceiro. Mais uma vez, trata-se do reconhecimento da necessária relação de causalidade entre o ato que se reputa ilícito e o dano originado. Se o ato, ainda que ilícito, foi praticado pela própria pessoa ou por terceiro, há que se

²¹⁸ Como, por exemplo, o autêntico exercício regular de direito previsto no art. 188, I, do CC/2002.

²¹⁹ Salvo na hipótese do abuso de direito que, por si só, será considerado como uma espécie de ato ilícito na forma do art. 186 do CC/2002.

²²⁰ Ainda que a responsabilidade objetiva trate do dever de indenizar sem culpa, ainda nela há ato ou fato atribuído ou inerente àquele que foi definido como responsável pelo ressarcimento.

reconhecer o afastamento do nexo de causalidade e do dever de indenizar.

A compreensão daquilo que está contido nos incisos do art. 43 da LGPD revela que o controlador será sempre responsabilizado, salvo nas hipóteses em que inexistir nexo de causalidade entre o ato por ele praticado e o dano suportado pela pessoa, assim como na ausência de antijuridicidade do ato realizado. Isso significa que o sistema adotado pela LGPD é o da culpa presumida em caráter relativo. Parte-se do pressuposto, portanto, de que a responsabilidade do agente de tratamento constitui uma regra geral que pode ser afastada mediante a demonstração de que sua conduta não incorreu em quaisquer das modalidades da culpa, o que ocorrerá notadamente através da demonstração da adoção dos deveres de cuidado estruturalmente definidos pela lei.

Acrescentem-se, ainda, os naturais obstáculos à comprovação da existência e da dimensão do dano, os quais podem excepcionalmente impedir o estabelecimento do liame obrigacional de ressarcimento.

Lima e Sá (2020) entendem que a objetivação da responsabilidade do controlador decorre da adoção da teoria do risco-proveito, o qual, segundo Cavalieri Filho (2012) é sintetizada da seguinte maneira:

O suporte doutrinário dessa teoria, como se vê, é a ideia de que o dano deve ser reparado por aquele que retira algum proveito ou vantagem do fato lesivo. Quem colhe os frutos da utilização de coisas ou atividades perigosas deve experimentar as consequências prejudiciais que dela decorrem. A grande dificuldade, todavia, está na conceituação do proveito. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 153).

Em tese, é possível interpretar que as atividades de tratamento de dados pessoais representam atividade de risco e, via de consequência, incluídas no critério da responsabilidade objetiva de que trata o parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Porém, isso não tem qualquer relação com o que se discutiu até então. Fica claro, da leitura dos art. 42, 43 e 44 da LGPD, que dela não se extrai, de forma cogente, a objetivação da responsabilidade civil. No diálogo das fontes, evidentemente, pode-se cogitar uma interlocução com a legislação consumerista ou civilística, de onde será possível chegar a conclusões diversas, assim consideradas pelas particularidades de um dado caso concreto.

A teoria do risco atrelada à responsabilidade civil, como aponta Cavalieri Filho (2012), foi desenvolvida como forma de superação da dificuldade de se produzir prova

da culpa de uma das partes, com relação ao dano existente e afirma que "risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente" (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 152). A teoria da responsabilidade objetiva pura, portanto, é aquela em que basta que o dano ocorrido seja atribuído diretamente, mediante o conceito do nexo de causalidade à atividade exercida, não importando a natureza do ato praticado (ou não) pelo controlador. Entretanto, parece clara a noção de que não foi esse o critério adotado pela LGPD.

Moraes (2019) trilha o mesmo caminho de Lima e Sá (2020), ao apontar a aplicação da teoria do risco:

[...] vê-se que o legislador, embora tenha flertado com o regime subjetivo, elaborou um novo sistema, de prevenção, e que se baseia justamente no risco da atividade. Tampouco optou pelo regime da responsabilidade objetiva, que seria talvez mais adequado à matéria dos dados pessoais, porque buscou ir além na prevenção, ao aventurar-se em um sistema que tenta, acima de tudo, evitar que danos sejam causados. (MORAES, 2009, p. 6).

Nesta medida, a responsabilidade civil pelo tratamento de dados pessoais prevista no art. 43 da LGPD estaria respaldada pelo parágrafo único do art. 927 do CC/2002,²²¹ segundo o qual o dever de reparar o dano não depende de culpa "quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem" (BRASIL, [2022g]). Venosa (2010) explica, a esse respeito, que "o que se leva em conta é a potencialidade de ocasionar danos; a atividade ou conduta do agente que resulta por si só na exposição a um perigo [...]".

O mesmo posicionamento é defendido por Mendes e Doneda (2018) para os quais o simples fato de existir tratamento de dados pessoais significa um risco agravado e intrínseco à pessoa que poderá ter seu direito de personalidade violado. Também é esta a opinião de Mulholland (2021), segundo a qual:

Consideradas as posições opostas levantadas pelos autores citados, afirma-se que a Lei Geral de Proteção de Dados, em seu artigo 42, adota a teoria que impõe a obrigação de indenizar independentemente da análise da culpa dos agentes de tratamento de dados, isto é, a responsabilidade civil é objetiva. (MULHOLLAND, 2021, p. 15).

²²¹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, [2022g]).

Sem embargo, importa refutar a aplicação irrestrita da teoria do risco às atividades de tratamento de dados pessoais, porque estas nem sempre poderão ser caracterizadas como perigosas, dado o seu caráter absolutamente comum, cotidiano, na contemporaneidade. Nesse mesmo sentido, Poli (2019) observa que:

É lógico que a noção de risco criado deve ser relativizada, ou, caso contrário, a responsabilidade subjetiva não mais seria aplicável, visto que, em última análise, toda conduta humana em sociedade gera risco de dano para terceiros.

Assim, tem-se que a teoria do risco criado não se aplica a qualquer atividade humana que gere risco, uma vez poder-se dizer que exista risco em qualquer atividade humana. A teoria se aplica apenas a atividades ditas perigosas, aquelas em que o risco é inerente, seja por sua natureza, seja pelos meios que utiliza. (POLI, 2019, p.575).

Além disso, duas outras questões corroboram esse apontamento. A primeira, é que toda a LGPD é estruturada de acordo com uma complexa morfologia de práticas relacionadas ao dever de cuidado,²²² transparência, informação, prevenção, segurança, responsabilização e prestação de contas e cujo cumprimento total ou parcial devem importar à gradação da responsabilidade do agente de tratamento.

A simples atribuição da responsabilidade civil, independentemente do elemento subjetivo da culpa, significará que o cumprimento desses deveres estruturais será irrelevante para o agente de tratamento de dados pessoais, já que não resultaria em qualquer possibilidade de afastamento ou mitigação de sua responsabilidade.

Dito de outra forma, nem mesmo existiria incentivo para a adoção das melhores práticas de governança de dados pessoais,²²³ da sua manutenção e melhoria contínua ao longo do tempo se, eventualmente, incapazes de evitar o ilícito, não pudessem atenuar total ou parcialmente a dimensão da responsabilidade do agente de tratamento. Se é certo afirmar que o instituto da responsabilidade civil tem passado por um deslocamento de seu eixo gravitacional, o qual se transfere de uma inicial incidência sobre o dano e, agora, tende para a reprovabilidade da conduta do ofensor (LEVY, 2012; ROSENVALD, 2010), seria igualmente apropriado também

²²² Categórica e tradicionalmente vinculado ao elemento subjetivo da culpa.

²²³ De que trata, por exemplo, o art. 50 da LGPD, em cujo *caput* está definido o seguinte: Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais. (BRASIL, [2022j]).

compreender que esse movimento deve ser levado em consideração, ao se interpretar a responsabilidade civil pelo tratamento de dados pessoais. A objetivação da responsabilidade civil, nessa esfera, embora possa constituir uma medida de facilitação da preservação dos direitos fundamentais da pessoa, não dispensa, *a priori*, a sua conjugação com o critério subjetivo. Para compreender a responsabilidade civil na LGPD é preciso ir além.

É inegável, nesta perspectiva, que qualquer atividade hoje realizada envolve, em maior ou menor grau, o uso de dados pessoais. Ainda que isso seja evidente à luz de uma relação consumerista, em que informações de consumidores sejam objeto de tratamento²²⁴ e em cuja legislação especial se estabeleça a objetivação da responsabilidade civil,²²⁵ há ainda o uso de dados pessoais em relações eminentemente empresariais, assim como na própria relação de emprego em que o empregador compartilha dados com o Poder Público para o cumprimento de obrigações legais ou regulatórias (art. 7º, II, LGPD), ou com outros entes privados²²⁶ (art. 7º, II ou V, LGPD, conforme o caso), sem que isto corresponda, necessariamente, a uma operação preponderantemente econômica (sujeita a risco do empreendimento), ou a qualquer forma de atividade perigosa.

Em uma análise pragmática, considerar que o tratamento de dados pessoais, por si só, constitua eminentemente uma atividade de risco, significará tornar regra a objetivação da responsabilidade civil em toda e qualquer hipótese e em detrimento do critério subjetivo.

Ao tratar deste critério, Cavalieri Filho (2012, p. 153) propõe uma classificação das modalidades de risco, as quais denomina "subespécies", dentre as quais cita o risco-proveito, o risco profissional, o risco excepcional, o risco criado e o integral. Cada uma dessas variáveis poderá, conforme o caso, legitimar ou afastar a aplicação da responsabilidade objetiva no tratamento de dados pessoais.

Lima e Sá (2020), assim como Moraes (2019) entendem que o art. 43 da LGPD contempla a teoria do risco da atividade, ao objetivar o critério de culpa da

²²⁴ Notadamente, para a prestação de serviços ou para a oferta personalizada. Com menor importância, o fornecimento de produtos isoladamente considerado eis que os dados pessoais do consumidor se restringiriam ao que é exigido pela legislação para a emissão dos documentos fiscais correspondentes à operação e à sua logística.

²²⁵ Como medida facilitadora da defesa dos direitos do consumidor que, assim como a inversão do ônus da prova, encontra-se compreendida no âmbito da Política Nacional das Relações de Consumo.

²²⁶ Como quando uma sociedade empresária tem a obrigação de fornecer plano de saúde ou plano odontológico em decorrência de previsão em Convenção Coletiva de Trabalho, assim como no caso em que essa mesma sociedade o faz espontaneamente e mediante adesão do empregado.

responsabilidade civil pela subespécie do risco-proveito. Nessa direção, Moraes esclarece:

Como já se sustentou, o sistema brasileiro de responsabilidade civil parece indicar a subversão da antiga coerência do sistema ao superar, em casos cada vez mais numerosos, a identificação do culpado, melhor protegendo assim as vítimas lesadas, ao atribuir o dever de indenizar àquele que com sua atividade - como o tratador de dados - gera ocasião ou oportunidade de dano. A adoção do regime de responsabilidade civil objetiva fundada no risco da atividade, assim à luz do art. 927, parágrafo único do Código Civil e *ex vi* aparente risco contido na atividade, pareceria ser um caminho melhor, porque asseguraria uma mais efetiva proteção ao titular dos dados pessoais. (MORAES, 2019, p. 4).

Entretanto, há que se observar a dimensão do termo proveito de que tratam os referidos autores. Embora, de um modo muito claro, seja possível presumir a existência de um proveito no tratamento de dados pessoais, há um nítido descompasso, quando esta atividade constitui o próprio objeto social perseguido por uma determinada sociedade empresária, em relação àquela que o faz como medida acessória e lateral à sua consecução, como por exemplo, no simples cumprimento de obrigações legais ou regulatórias,²²⁷ ou no atendimento a uma requisição do próprio titular.

Se, em certa medida, é possível estabelecer a responsabilidade objetiva enquanto política pública de proteção dos direitos da pessoa, evitando o sacrifício de seu direito sem qualquer ressarcimento em função da dificuldade ou da impossibilidade material de se produzir prova da culpa,²²⁸ bem como se admitir eventualmente o componente do lucro da intervenção nessa equação, por outro lado, parece lógico discernir as atividades e circunstâncias em que ela será aplicada.²²⁹ Sem prejuízo da visão antropocêntrica balizada pelo respeito à dignidade da pessoa, a presunção de culpa (em detrimento da culpa objetiva atribuída como presunção *iure et de iure*) é seguramente capaz de afastar o sacrifício do direito individual pela impossibilidade de produção de prova da culpa. Procede-se, neste íterim, a uma

²²⁷ Obrigações essas, aliás, das quais o agente de tratamento não pode se olvidar. Isso ocorre, por exemplo, quando há o compartilhamento de dados pessoais entre o empregador e a União através da plataforma e-Social.

²²⁸ O que, na maioria dos casos, poderia ser superado pela inversão do ônus da prova contemplada pela legislação consumerista ou processual, mas que constitui política legislativa no sentido de privilegiar a reparação do dano sofrido por uma das partes que, frequentemente, é hipossuficiente.

²²⁹ A esse propósito, a culpa objetiva pode eventualmente ser reposicionada através da inversão do ônus da prova, admissível à luz do art. 6º do CDC mas também em todas as demais relações que não envolvam os conceitos de fornecedor e consumidor pela aplicação do art. 373 do CPC.

inversão do ônus da prova com relação ao elemento subjetivo.

A LGPD é estruturada com bases muito claras nos deveres de cuidado, proteção, segurança, prevenção, responsabilização e prestação de contas, inclusive com o reconhecimento expresso de que os agentes de tratamento têm a obrigação de adotar medidas de segurança de índoles técnica e administrativa suficientes para proteger os dados pessoais de situações dolosas ou culposas que possam levar ao seu uso indevido.²³⁰ Isso, por si só, poderia denotar a importância atribuída à gradação da culpa, e como consequência sustentar a incidência do critério subjetivo da responsabilidade civil.

Há no cenário que ilustra o critério de responsabilidade civil analisado, o tradicional embate entre os sistemas de tradição francesa (Código Napoleônico) e alemã (do BGB),²³¹ que parecem ainda continuar a exercer grande influência nos diversos posicionamentos analisados (LIMA; SÁ, 2020; MENDES; DONEDA, 2018; MORAES, 2019; MULHOLLAND, 2021; SCHREIBER, 2021) e os quais influenciaram o sistema brasileiro. A respeito dessas tradições, Gonçalves (2012) assinala que:

Havia, de um lado, a direção indicada pelo mais que centenário Código Civil da França, que estabelece a presunção *juris tantum* de culpa dos indiretamente responsáveis pelos atos ilícitos de outrem, somente aceitando e admitindo escusa no caso em que possam provar lhes tenha sido, moral e materialmente, impossível evitar o evento danoso, não podendo isentar-se da responsabilidade mediante prova de não culpa.

De outro lado havia o sistema, cujo expoente é o Código Civil alemão, para o qual, em matéria de ato ilícito, a responsabilidade indireta não é tão grave, porque há a possibilidade de o demandado eximir-se, alegando que empregou diligência para evitar o ocorrido. (GONÇALVES, 2012, p. 153).

Tepedino, Terra e Guedes (2021) chegam à mesma conclusão ao compararem a redação do art. 43 da LGPD com o art. 493, item 2, do Código Civil português e com o art. 2.050 do Código Civil italiano, a saber:

Tanto no sistema português quanto no italiano, se o agente conseguir demonstrar que "empregou todas as providências exigidas" (redação do Código português) ou adotou "todas as medidas idôneas a evitar o dano"(redação do Código italiano), ele se exime do dever de indenizar. Afirma-se, por isso mesmo, que não há nesses sistemas uma cláusula geral

²³⁰ Esse postulado encontra-se positivado no art. 46, LGPD, segundo o qual: Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. (BRASIL, [2022]).

²³¹ *Bürgerliches Gesetzbuch* - é o Código Civil da Alemanha. Em desenvolvimento desde 1881; e passou a vigorar em 1º de janeiro de 1900.

de risco (cláusula geral de responsabilidade objetiva), mas apenas um sistema intermediário de presunção de culpa. Presume-se a culpa do agente, mas essa pode ser afastada se ele conseguir demonstrar que observou o *standard* de conduta esperado, empregando medidas idôneas para evitar o dano. (TEPEDINO; TERRA; GUEDES. 2021, p. 754).

No movimento histórico que levou ao desenvolvimento da responsabilidade civil enquanto presunção relativa de culpa e o dever de reparar, mediante presunção absoluta ou da adoção de medidas mitigadoras do dano, consolidara-se no CC/2002 diversas disposições neste sentido,²³² como é o caso da responsabilidade de pais, tutores, curadores, empregadores, donos de hotéis e hospedarias, casas ou estabelecimentos onde uma pessoa se abriga, mediante contraprestação pecuniária, em que a culpa por danos causados não é discutida pois dotada de presunção *iure et de iure*. O mesmo ocorre com a responsabilidade do fornecedor de produtos ou serviços pelos danos causados aos consumidores.²³³ Porém, em tais situações, houve expressa determinação prevista na legislação para a adoção desse tipo de obrigação.

Com efeito, estaria longe de corresponder ao senso de justiça a solução por via da qual se permitisse deixar ao lesado o prejuízo por ele sofrido, simplesmente porque aquele que devia responder pelo dano conseguiu provar que usou de todos os recursos possíveis no sentido de evitar o resultado lesivo. Tal solução importaria transferir à vítima a responsabilidade do prejuízo por ela sofrido em decorrência do ato de outrem. (GONÇALVES, 20012, p. 115).

No desafio da construção de uma interpretação consentânea com a unidade da ordenação jurídica em um pensamento pós-abissal (SANTOS, 2007), sem descuidar da tendência antropocêntrica orientada pela dignidade da pessoa, de fato, não há sentido em se atribuir à parte lesada o ônus decorrente do tratamento indevido de seus dados pessoais, dificultando-lhe, sobremaneira, o exercício de seu direito de ação e o ressarcimento integral daquilo que suportou. Em inúmeras situações, a pessoa se torna verdadeiramente hipossuficiente em relação a qualquer prova do elemento subjetivo da culpa e da adoção das salvaguardas técnicas, de segurança e administrativas, a cargo do agente de tratamento, e às quais alude o art. 46 da LGPD.

²³² De forma complementar, registra-se a observação de Venosa (2010, p. 9), segundo o qual "[...] nesse texto, a lei brasileira foi mais além do código italiano, que lhe serviu de inspiração (art. 2.050), ao optar abertamente pela responsabilidade objetiva, e não por um sistema intermediário de presunção de culpa, como fizeram os estatutos italiano e português".

²³³ Mediante a incidência do já citado art. 14 do CDC. (BRASIL, [2021c]).

Porém, há aqui um problema relativo à prova do ato ilícito e da adoção das medidas de índole procedimental e estrutural previstas na legislação, como os deveres de cuidado, informação, transparência, segurança, prestação de contas e responsabilização e não, rigorosamente, uma discussão inerente ao regime de culpa. Para tais situações, a legislação processual estabelece a possibilidade de inversão do ônus da prova, seja pela aplicação do art. 6º, do CDC ou do art. 373 do CPC.

Chamon Junior (2007), ao elaborar uma relação entre os conceitos de culpabilidade, dever e poder, destaca que:

De uma culpa que antes se fazia indispensável sua prova, passou-se nesse período de rupturas, a ser interpretada como presumida. O primeiro grande momento foi quando a jurisprudência, sobretudo francesa e a partir de uma “flexibilização” na interpretação do Código de Napoleão, passou a interpretar como presumida a culpa no que dizia respeito a fatos resultantes de coisas que se encontram sob a guarda de outrem. (CHAMON JUNIOR, 2007, p. 173).

O sistema da culpa presumida em caráter relativo, destarte, serve como instrumento de inversão da lógica de comprovação da culpa (e da sua gradação), ao atribuir ao agente de tratamento o dever de demonstrar a adoção das obrigações de cuidado, informação, transparência, segurança, prestação de contas e responsabilização, o que parece lógico e compatível com a disposição da LGPD.

O mesmo se extrai do art. 44 da LGPD, segundo o qual haverá ilicitude no tratamento de dados pessoais, quando este não oferecer a segurança esperada, a se considerarem os seguintes vetores: o modo de sua realização, o resultado e os riscos razoavelmente esperados, e as técnicas de tratamento disponíveis à época. É novamente com Tepedino, Terra e Guedes (2021) que se corrobora a ideia de que

[...] o legislador seguiu o mesmo modelo de responsabilidade subjetiva, ao afirmar que "responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano". Assim, também na hipótese de incidente de segurança, a opção do legislador não foi a de responsabilizar o agente independentemente de culpa, subordinando o dever de reparar a não demonstração das medidas de segurança previstas em lei. (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p.752-753).

Presume-se, portanto, a culpa do agente de tratamento, até que haja demonstração da licitude dos atos por ele praticados, da inexistência de nexo causal entre o ato e o dano, assim como da suficiência dos deveres de cuidado, informação,

transparência, segurança, prestação de contas e responsabilização. Não obstante o inestimável respeito acadêmico ao posicionamento considerado majoritário de Kremer, (2020), Lima e Sá (2020), Mendes e Doneda, (2018), Moraes (2019), Mulholland (2021) e Schreiber (2021) conclui-se parcial e prematuramente com Tepedino, Guedes e Guerra (2021) por ratificar a dissidência acerca do tema.

Dito isso, existem situações ensejadoras do tratamento de dados pessoais, notadamente aquelas impostas por obrigações legais ou regulatórias que denotam muito claramente sua incompatibilidade com o critério objetivo. O mesmo ocorre, quando o tratamento de dados pessoais é realizado mediante determinação do titular, seja pelo exercício de seu consentimento livre, informado e inequívoco (art. 7º, I, LGPD) ou do seu direito à portabilidade (art. 18, V, LGPD), que se alinham muito bem à presunção relativa de culpa do agente de tratamento. Tais situações comportam distinção entre aquelas em que os dados pessoais são objeto de tratamento por expressa deliberação do controlador e em seu proveito, ainda que se funde na celebração de um contrato.²³⁴

Situações consentâneas com a obrigação do agente de tratamento em demonstrar, ativa e claramente, as cautelas por ele observadas, envolvem a identificação do uso secundário de dados pessoais, o desvio de finalidade pautado em base legal que assim o permita (art. 7º, LGPD) e, neste ângulo, principalmente, a utilização do legítimo interesse do controlador (art. 7º, IX c/c art. 10, LGPD) e da proteção do crédito (art. 7º, X, LGPD).

Essa conjuntura, que apresenta um maior grau de obscuridade no tratamento de dados pessoais, tende a privilegiar unilateralmente a consecução de atividade meramente econômica e, em maior grau, a atender os interesses do controlador. Trata-se de situações concretas que eventualmente podem externar um verdadeiro risco assumido por este, em virtude de sua própria atividade,²³⁵ hipótese na qual a

²³⁴ Também convém observar que durante a tramitação do PL 5.276, a redação original do art. 35 previa expressamente a adoção da responsabilidade civil objetiva, o que foi suprimido antes de sua promulgação. Como apontam Tepedino, Guedes e Guerra (2021, p.749), "[...] todas as versões subsequentes do projeto, até a versão finalmente sancionada da LGPD, passaram a não mais mencionar, como regra geral, o regime de solidariedade ou objetividade na responsabilidade pelos danos decorrentes do tratamento de dados pessoais".

²³⁵ Em situações como esta, poder-se-ia buscar amparo na CD/ANPD Resolução nº. 2, de 27 de janeiro de 2022, a qual define o conceito de tratamento de alto risco de dados pessoais e tratamento em larga escala. Art. 4º, CD/ANPD/RES. 02/2022: Para fins deste regulamento, e sem prejuízo do disposto no art. 16, será considerado de alto risco o tratamento de dados pessoais que atender cumulativamente a pelo menos um critério geral e um critério específico, dentre os a seguir indicados: I - critérios gerais: a) tratamento de dados pessoais em larga escala; ou b) tratamento de dados

teoria do risco-proveito poderia se mostrar de adequada aplicação, sempre como regra de exceção.

A proposição de que se reconheça a responsabilidade subjetiva com culpa presumida estabelecida pelo art. 43 da LGPD e a incidência da teoria do risco-proveito, apenas circunstancialmente e em decorrência da natureza extraordinária da atividade empreendida pelo controlador, leva em consideração não apenas um regime de incentivos econômicos e comportamentais a induzir um determinado padrão de comportamento responsável e zeloso pela dignidade da pessoa, mas, também, um profundo vetor de coerência da norma.

Ao mesmo tempo em que os custos de transação associados ao tratamento de dados pessoais podem ser aumentados através do estabelecimento, por exemplo, da solidariedade entre operador e controlador, também se devem estabelecer verdadeiras salvaguardas, na concepção de um *safe harbor* tradicional no contexto da *common law*, no sentido de se estabelecerem premissas para a ausência de responsabilidade civil, quando ausente o nexo de causalidade ou a própria ilicitude do ato, aspectos estes mencionados tanto pelo art. 42 quanto pelo art. 43, II, da LGPD.

5.6 Boas práticas na proteção de dados pessoais

A segurança e as boas práticas da governança de dados pessoais são disciplinadas nos art. 46 a 51 da LGPD, dispositivos que corroboram igualmente para a conclusão acerca do regime da responsabilização subjetiva, com o critério de culpa presumida em caráter *juris tantum*.

Ainda na esfera de obrigações estruturais, impõe-se ao agente de tratamento o dever de adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas para a proteção dos dados pessoais de acessos não autorizados, assim como de situações acidentais ou ilícitas. Mais uma vez, cabe frisar que, a se reconhecer a responsabilidade objetiva, caberia ao agente de tratamento o sofisma do cumprimento da lei, sem que isso

pessoais que possa afetar significativamente interesses e direitos fundamentais dos titulares; II - critérios específicos: a) uso de tecnologias emergentes ou inovadoras; b) vigilância ou controle de zonas acessíveis ao público; c) decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais, inclusive aquelas destinadas a definir o perfil pessoal, profissional, de saúde, de consumo e de crédito ou os aspectos da personalidade do titular; ou d) utilização de dados pessoais sensíveis ou de dados pessoais de crianças, de adolescentes e de idosos. §1º O tratamento de dados pessoais em larga escala será caracterizado quando abranger número significativo de titulares, considerando-se, ainda, o volume de dados envolvidos, bem como a duração, a frequência e a extensão geográfica do tratamento realizado. (BRASIL, 2022c).

pudesse lhe acarretar qualquer benefício na mitigação das perdas e dos danos a ele atribuídos. Melhor seria, desta maneira e em uma análise meramente econômica, que acumulasse seus recursos para o pagamento de eventual indenização do que investir em medidas protetivas e na evolução de uma cultura de respeito à privacidade e à proteção de dados, se estas não fossem capazes de atenuar aquela.

E é no art. 46, §3º, da LGPD que se consagrou, à luz da boa-fé objetiva, a obrigação de respeito às boas práticas e às medidas de segurança, desde a fase de concepção de um produto ou serviço, até sua respectiva execução. É a primazia do *privacy by design* e do *privacy by default* tão amplamente difundidos por Cavoukian²³⁶ e internalizados no §2º do referido dispositivo.

A determinação da adoção de boas práticas de governança no âmbito da LGPD constitui uma verdadeira política pública de incentivo ao desenvolvimento do arquétipo de boa-fé pautados pelos padrões objetivos de cuidado, transparência, informação, prevenção, segurança, responsabilização e prestação de contas e, somente se justifica no plano lógico como um sistema de incentivos e *trade-offs* (acordos, ajustes, acomodações).

No âmbito das sanções administrativas reguladas pelo art. 52 da LGPD, esse mecanismo é muito claramente reconhecido, ao se estabelecer no §1º que penalidades serão aplicadas em processo administrativo que respeite o devido processo legal com elementos para o balanceamento e mitigação da pena, quais sejam, a gravidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados, a boa-fé do infrator, a vantagem auferida ou pretendida, a condição econômica do infrator, sua reincidência e cooperação, o grau do dano, a adoção "reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano", a política de boas práticas e governança implementadas, a pronta adoção de medidas corretivas e a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

Em um regime de capitalismo de mercado, em que os recursos naturalmente se tornam escassos, não convergi-los para a irrestrita consecução eficiente da atividade econômica requer não apenas de uma justificativa baseada na ética do cumprimento da norma legal, mas também de um conjunto de incentivos estruturados capazes de incentivar o padrão de conduta que se pressupõe desejável na vida em

²³⁶ Em uma das mais importantes obras para o desenvolvimento da cultura de proteção de dados pessoais denominada *Privacy by Design The 7 Foundational Principles Implementation and Mapping of Fair Information Practices*. (CAVOUKIAN, 2006).

sociedade. É nesse sentido que Cooter e Ulen (2010) ressaltam que

[...] os consumidores maximizam a utilidade (isto é, a felicidade ou satisfação), as empresas maximizam os lucros, os políticos maximizam os votos, as burocracias maximizam as receitas, as organizações beneficentes beneficiam o bem-estar social, e assim por diante. Os economistas dizem, muitas vezes, que os modelos que supõem o comportamento maximizador funcionam porque a maioria das pessoas são racionais, e a racionalidade exige a maximização. Uma concepção de racionalidade sustenta que um agente racional pode classificar alternativas conforme o grau de satisfação proporcionado. (COOTER; e ULEN, 2010, p. 36).

Pressupondo-se uma escolha racional entre a adoção reiterada das boas práticas de governança de dados pessoais pelo controlador, há que se levar em consideração o custo e o benefício marginais oriundos de sua conduta. E, por outro lado, como instituição de uma política pública, é pertinente o questionamento acerca de qual seria seu nível ótimo a ser possivelmente alcançado na vida e no comportamento da sociedade.

A implementação de programas de governança e de todos os demais vetores enunciados no §1º do art. 52 da LGPD representará, enfim, um custo marginal a ser levado em consideração pelo controlador. É preciso que tais esforços sejam capazes de convergir para a criação de um benefício marginal significativo a induzir o comportamento desejável. É também isso o que Lessig (1999) aponta, ao descrever que as forças do mercado, das convenções sociais, das leis e da arquitetura da rede influenciam decisivamente no comportamento humano. Assim se expressa o autor:

As restrições são distintas, mas são claramente interdependentes. Cada um pode apoiar ou se opor aos outros. As tecnologias podem minar normas e leis; eles também podem apoiá-los. Algumas restrições tornam outras possíveis; outras tornam algumas impossíveis. As restrições funcionam juntas, embora funcionem de maneira diferente e o efeito de cada uma seja distinto. As normas restringem pelo estigma que uma comunidade impõe; os mercados restringem pelo preço que cobram; as arquiteturas restringem através das cargas físicas que impõem; e a lei restringe através da punição que ameaça. (LESSIG, 1999, p.88, tradução nossa).²³⁷

²³⁷ The constraints are distinct, yet they are plainly interdependent. Each can support or oppose the others. Technologies can undermine norms and laws; they can also support them. Some constraints make others possible; others make some impossible. Constraints work together, though they function differently and the effect of each is distinct. Norms constrain through the stigma that a community imposes; markets constrain through the price that they exact; architectures constrain through the physical burdens they impose; and law constrains through the punishment it threatens.

O estabelecimento direto de sanções econômicas ou obrigacionais previstas no art. 52 da LGPD é apenas uma das diversas possibilidades de coerção do padrão de conduta presumidamente desejável, o qual é considerado nesta tese como aquele incentivador do desenvolvimento e do amadurecimento através do diagnóstico de desvios, de sua correção e da adoção de oportunidades de melhoria nas boas práticas de governança. Convenções sociais criadas através de políticas de conscientização, igualmente incentivadas pelo art. 52, assim como imposições concorrenciais derivadas do mercado também são vetores a serem considerados.

É preciso destacar, todavia, a importância de se suportar um sistema que reconheça a adoção de boas práticas de governança como fator de mitigação de responsabilidade jurídica também como um elemento de potencialização da defesa dos direitos da personalidade, notadamente da privacidade e da proteção de dados pessoais estruturais (por concepção e por padrão), do titular.

Nesse aspecto, seria incoerente com a tutela da pessoa a consideração de que essa estrutura seria hígida apenas no que se refere às sanções administrativas, segmentando-se a responsabilidade civil e suas consequências, até mesmo porque essa proposição criaria uma inconveniente cisão no sistema de incentivos criados pela legislação e uma possivelmente menor eficiência da proteção dos direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais.

Além disso, a se considerar que o instituto da responsabilidade civil tem, gradativamente, migrado seu eixo orientador do dano suportado pelo lesado para a reprovabilidade da conduta praticada pelo agente (LEVY, 2012; ROSENVALD, 2010) é ainda mais clara a importância de se conciliar o ilícito no âmbito da LGPD com o grau de culpa de seu agente.

5.7 Sanções para o tratamento ilícito de dados pessoais

As sanções para o tratamento ilícito de dados pessoais encontram-se previstas nos art. 52 a 56 da LGPD. Deve-se observar, todavia, que diante do princípio da vedação ao *non liquet* consagrado pelo art. 126 do Código de Processo Civil, não se torna possível desconsiderar a aplicação circunstancial de toda sorte de obrigações de fazer, não fazer, dar e entregar associadas à remoção do ilícito, à satisfação de obrigações (notadamente contratuais ou unilaterais vinculativas) ou ao ressarcimento de perdas e danos.

Porém, e diante do princípio da legalidade (art. 5º, *caput*, II, CRFB/1988) que norteia a atuação do Poder Público, sendo a Autoridade Nacional de Proteção de Dados a representação máxima de sua manifestação *in casu*, é necessária mais do que oportuna, a previsão contida no art. 52 da LGPD, segundo o qual os agentes de tratamento se sujeitam à advertência, multa simples ou diária, publicização da infração, bloqueio, suspensão ou eliminação de banco de dados

É importante observar, portanto, que a aplicação de sanções pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados reclama a instauração de processo administrativo atualmente regulado pela Resolução CD/ANPD nº. 01, de 28 de outubro de 2021 (BRASIL, 2021), e que deve levar em consideração não apenas o exercício de contraditório, ampla defesa e meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CRFB/1988), mas também os elementos de ponderação vinculados à gravidade e natureza da infração, à boa-fé do infrator, à vantagem auferida ou pretendida, à sua condição econômica, à reincidência, grau de dano, cooperação e adoção "reiterada e demonstrada" de boas práticas capazes de minimizar o dano, além da existência de política de boas práticas e governança, imediata adoção de medidas corretivas e, à relação de proporcionalidade entre a gravidade do ato e a intensidade da sanção.

Nota-se, portanto, que a norma não traz elementos mais claros para o cômputo daquilo que possa ser considerado como infração grave e tampouco critérios para distinguir a natureza da infração. São elementos construídos a partir da compreensão do caso concreto e que, cotidianamente, têm sido interpretados de forma bastante diversa.

Constata-se, portanto, que a multa simples pode corresponder a 2% do faturamento da sociedade empresária ou do grupo (societário, econômico ou de fato) ao qual ela é devida, apurado em seu último exercício (excluídos os tributos) e limitada a R\$50.000.000,00 por infração.

Também não há na LGPD elementos claros para se compreender o conceito de infração, eis que, naturalmente, um incidente praticado pelo agente de tratamento seja capaz de atingir uma coletividade determinada ou não de titulares.

Ao se analisar o ocorrido sob a ótica do ato praticado pelo referido agente de tratamento, pode-se perceber a indução de que tenha havido uma infração. Entretanto, esse eventual ato ilícito singularmente praticado, de caráter omissivo ou comissivo, se desdobra em um verdadeiro caleidoscópio, quando analisado sob a ótica individual do titular cujos direitos de personalidade tenham sido violados.

É indiscutível que a violação ao direito à proteção de dados, à privacidade ou à intimidade, como nítidos direitos de personalidade, se caracterizem no plano individual e de acordo com os atributos de seus respectivos titulares.

Ainda que se esteja a analisar penalidade administrativa a ser aplicada pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados, é inevitável lembrar a lição por meio da qual Rosenvald (2010) ensina que, na responsabilidade civil, há uma gradativa migração de seu eixo orientativo do dano causado à conduta do ofensor, atribuindo-se e valorando-se medidas repressivas consentâneas com a gravidade do ato praticado. Se o mesmo raciocínio e a mesma tendência forem aplicados também nesta seara, a singularidade do ato praticado pelo agente de tratamento tenderá a ser considerada para fins de aplicação da multa simples, ainda que seu desdobramento tenha se dado individualmente em um feixe de direitos inerentes a uma coletividade determinada, ou não, de titulares.

Todas as penalidades supracitadas são, por força do que dispõe o §2º, do art. 52, aplicadas em cumulação a outras sanções previstas administrativa, civil ou penalmente, das quais se destaca majoritariamente aquelas oriundas da legislação consumerista tão amplamente praticada pelos Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON), Ministério Público e Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON).

Um importante dispositivo que merece ser destacado é o §7º do art. 52, pois a aplicação de sanção administrativa está vinculada à inexistência de composição entre o agente de tratamento, considerado neste escrito como controlador, e o respectivo titular dos dados pessoais, sempre que o ilícito estiver relacionado a alguma das práticas previstas no art. 46, ambos da LGPD.

6 DESAFIOS DOS *BIG DATA* E DO *BIG ANALYTICS* PARA A REGULAÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

O desenvolvimento tecnológico e a utilização de dados pessoais para a prospecção de consumidores, bem como a oferta de produtos e serviços customizados, isto é, feitos sob medida, para um determinado perfil de cliente, no momento em que ele está mais propenso à sua aquisição tem caminhado a passos largos e em uma velocidade incompatível com o processo legislativo moderno.

Mas, não apenas isso, em muitos casos, a complexidade do uso de dados pessoais no perfilamento de consumidores e o desenvolvimento de publicidade comportamental assume dimensão, diversidade e profundidade de caráter verdadeiramente labiríntico em sua conciliação com a normatividade. Para que esse mecanismo funcionasse perfeitamente, era necessária a conjunção de dois fatores, a saber, a existência de um conjunto muito expressivo de dados e a capacidade de seu processamento o que convergiu para que apenas recentemente se pudesse perceber os efeitos dos *big data* (quantidade extremamente grande de dados), cujo conceito Rubinstein (2013) esclarece:

Big Data refere-se a novas maneiras pelas quais as organizações, incluindo governos e empresas, combinam diversos conjuntos de dados digitais e, em seguida, usam estatísticas e outras técnicas de mineração de dados para extrair deles informações ocultas e correlações surpreendentes. Embora o *Big Data* prometa benefícios econômicos e sociais significativos, também levanta sérias preocupações com a privacidade. (RUBINSTEIN, 2013, p. 1, tradução nossa).²³⁸

Inferências e correlações entre dados são capazes de revelar preferências e sujeições que inicialmente não seriam perceptíveis à inteligência humana, mas que se tornam claras a partir do processamento de dados em larga escala. Esse movimento é bem ilustrado no relato de Kaiser (2019), acerca da operação da Cambridge Analytica, a qual:

[...] comprava esses novos dados de empresas como a Experian, que acompanhava pessoas ao longo de suas vidas digitais por meio de qualquer movimentação ou compra, coletando o máximo possível para depois fornecer

²³⁸ Big Data refers to novel ways in which organizations, including government and businesses, combine diverse digital datasets and then use statistics and other data mining techniques to extract from them both hidden information and surprising correlations. While Big Data promises significant economic and social benefits, it also raises serious privacy concerns.

scores de crédito, e também lucrar com a venda dessas informações. (KAISER, 2019, p. 83)

As inferências que a psicologia comportamental, associada ao grande poder do processamento de dados e da inteligência artificial, propiciam é algo relativamente inusitado. A partir de uma prosaica ideia de propaganda subliminar (CALO, 2014), as práticas de *marketing* baseadas em dados pessoais associados às preferências, atitudes, hábitos e reações evoluíram em escala exponencial em razão da evolução dos poder de processamento de dados.

Calo (2014) apresenta dois grandes indutores dessa tendência, a saber:

A primeira é que a digitalização do comércio altera drasticamente a capacidade das empresas de influenciar os consumidores em nível pessoal. Um conjunto específico de tecnologias e técnicas emergentes capacitará as corporações a descobrir e explorar os limites da capacidade de cada consumidor individual de buscar seu próprio interesse. As empresas serão cada vez mais capazes de desencadear irracionalidade ou vulnerabilidade nos consumidores – levando a danos reais e percebidos que desafiam os limites da lei de proteção ao consumidor, mas que os reguladores dificilmente podem ignorar.

O segundo argumento é que a economia comportamental, uma vez que integra toda a relevância da revolução digital, fornece a melhor estrutura para entender e avaliar esse desafio emergente. A interação entre a escolha racional e o viés do consumidor, que está no centro da economia comportamental, ajuda a ilustrar como as vantagens da informação e do *design* podem se traduzir em vulnerabilidade sistemática do consumidor. (CALO, 2014, p. 999, tradução nossa).²³⁹

A tutela efetiva da proteção de dados pessoais, necessariamente considerada na esfera individual como um direito fundamental, passa a envolver áreas periféricas e a manter com elas uma íntima relação, devendo-se ressaltar, principalmente, o direito do consumidor e o direito econômico. Porém, e para os fins desta pesquisa, a convergência das diversas ilhas de informação em bancos de dados isolados em *big data* representa um enorme desafio para a prevalência dos direitos individuais e para

²³⁹ The first is that the digitization of commerce dramatically alters the capacity of firms to influence consumers at a personal level. A specific set of emerging technologies and techniques will empower corporations to discover and exploit the limits of each individual consumer's ability to pursue his or her own self-interest. Firms will increasingly be able to trigger irrationality or vulnerability in consumers—leading to actual and perceived harms that challenge the limits of consumer protection law, but which regulators can scarcely ignore.

The second argument is that behavioral economics, once it integrates the full relevance of the digital revolution, furnishes the best framework by which to understand and evaluate this emerging challenge. The interplay between rational choice and consumer bias that is at the heart of behavioral economics helps illustrate how information and design advantages might translate into systematic consumer vulnerability.

a eficácia da regulação da proteção de dados, eis que não mais se pode pressupor um sistema baseado no consentimento e tampouco por inequívoca ciência prévia.

O cenário que envolve os *big data* não é mais composto por poucos e grande protagonistas, mas, por diversos *stakeholders* pulverizados nas mais diferentes áreas do conhecimento e da vida pessoal. Rubinstein (2013) exemplifica de forma muito clara:

O Google é um exemplo especialmente bom, pois conta com a disponibilidade dos dados que coleta de seus próprios serviços não apenas para financiar suas operações (determinando e entregando anúncios de pesquisa relevantes), mas também para treinar seus algoritmos de pesquisa e desenvolver novos serviços com uso intensivo de dados, como reconhecimento de voz, tradução e serviços baseados em localização. Mas, o BD abrange uma faixa muito maior de empresas do que esses gigantes da Internet e agora se estende a qualquer empresa (ou agência governamental) que dependa de métodos estatísticos e algoritmos de mineração de dados, para analisar grandes conjuntos de dados e, assim, melhorar a tomada de decisões, aumentar a eficiência e, de acordo com um estudo recente, aumentam a produtividade em até 5-6 por cento. (RUBINSTEIN, 2013, p. 2, tradução nossa).²⁴⁰

Os pontos de entrada para os *big data* são muitos, dispersos e granulares. Sua constante atualização cria um acervo informacional, com enorme potencial discriminatório denominado por Ohm (2010) como a *database of ruin*, mas também com incrível vocação comercial. A utilização desse recurso tecnológico, com intensidade cada vez maior, revela um grande giro no eixo da tutela dos dados pessoais. Ainda que se considere que o direito fundamental, enquanto tal, tende a propiciar uma interpretação antropocêntrica, as análises de dados não têm se dado de forma individualizada, isto é, parametrizada a partir de um interlocutor diretamente a outro.

De outro modo, é cada vez mais visível que a tomada de decisões baseada em análise de dados pessoais se dá de forma obscura ao titular (OHM, 2010; RUBINSTEIN, 2013). O cruzamento de bases de dados, o *cross-tracking* em diversas plataformas (redes e periféricos) são fatores e métodos que levam ao

²⁴⁰ Google is an especially good example as it relies on the availability of the data it collects from its own services not only to fund its operations (by determining and delivering relevant search ads) but also to train its search algorithms and develop new data-intensive services such as voice recognition, translation, and location-based services. But BD encompasses a much wider swath of enterprises than these Internet giants, and now extends to any company (or government agency) that relies on statistical methods and data mining algorithms to analyze large datasets and thereby improve decision making, enhance efficiency, and, according to a recent study, increase productivity by as much as 5–6 per cent.

compartilhamento de dados pessoais, sem que o titular tenha necessariamente uma compreensão clara de todo esse fluxo informacional. Assim, é cada vez mais rarefeita a ciência sobre o que é feito com seus dados pessoais. Por isso, os princípios do cuidado, transparência, informação, prevenção, segurança, responsabilização e prestação de contas se tornam ainda mais expressivos e relevantes, ao influenciarem processos organizacionais, e para que se possa garantir uma mínima efetividade ao direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Em um plano cartesiano em que a relação de uso dos dados pessoais se dá diretamente entre o titular e o controlador, um sistema que se funda em autorizações (art. 7º, LGPD) e premissas de boa-fé procedimental é nitidamente capaz de assegurar previsibilidade à pessoa e permitir que ela exerça sua autonomia privada de forma satisfatória. Porém, na contemporaneidade, o uso de dados pessoais aqui resumidos pelas técnicas associadas aos *big data* não mais assume esse caráter binário. Existe não apenas a coleta de dados através de plataformas e periféricos, como também o enriquecimento ou agregação, seja pela aquisição de dados em *data brokers* ou pelo cruzamento com outras bases de dados. E esse movimento que ocorre verdadeiramente nos bastidores é representativo da maior ameaça à erosão do direito à privacidade e à proteção de dados pessoais.

A consecução de tais práticas, por conseguinte, pode configurar desvio de finalidade (art. 6º, I) no tratamento de dados pessoais, se eles tiverem sido coletados para um fim e utilizados ou compartilhados para outro, ou faltar adequação entre as finalidades informadas e o contexto do tratamento (art. 6º, II), impedimento ao livre acesso pela dificuldade de identificação dos controladores e operadores envolvidos na operação (art. 6º, IV), falta de transparência (art. 6º, VI) pela incompreensão "clara, precisa e facilmente acessível" da extensão do tratamento. Não obstante, apresenta um enorme dificultador para que os órgãos reguladores possam auferir a necessidade (art. 6º, III) pela limitação do tratamento ao mínimo necessário para a consecução das finalidades, da segurança (art. 6º, VII) adotada e das medidas técnicas e administrativas para a proteção dos dados e a mitigação de incidentes e, por fim, à prevenção (art. 6º, VIII), diante da opacidade da correlação entre as medidas preventivas e a ocorrência de danos pulverizados em múltiplas plataformas. Tarefa igualmente desafiadora seria identificar o descumprimento dos deveres de não discriminação (art. 6º, IX), responsabilização e prestação de contas (art. 6º, X).

Todo esse cenário se torna ainda mais desafiador, ao se verificar que as sociedades empresárias definem seus próprios objetos sociais e as medidas acessórias que adotarão para a sua consecução, o que pode fazer com que o tratamento de dados pessoais seja natural e esperado para o controlador, mas, totalmente opaco e surpreendente para o titular.

A se considerar que a LGPD se apresenta, em inúmeras de suas disposições, como um verdadeiro processo obrigacional que contempla vetores como padrões de conduta esperados (e incentivados) do controlador, do operador e até mesmo do titular de dados pessoais, nota-se a necessidade de imprimir um maior controle sobre o fluxo informacional.

Torna-se cada vez mais importante que a regulação da privacidade e da proteção de dados pessoais se intensifique como obrigações procedimentais a dialogarem com maior intensidade e clareza com a ordem econômica (art. 1º, IV e art. 170, CRFB/1988). Não obstante, os instrumentos de regulação coletiva também recebem uma maior valorização. Seja pelas tradicionais tutelas de direitos difusos e coletivos ou individuais homogêneos já contemplados pela legislação,²⁴¹ mas a partir de então e especialmente segundo a atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados em seu fundamental papel de fiscalizar, incentivar e promover o desenvolvimento de ações de conscientização e, fundamentalmente, de padrões de documentos e procedimentos a serem observados de forma horizontalizada por toda a sociedade.

6.1 O revés da privacidade enquanto liberdade negativa

Todo o movimento orquestrado pelo desenvolvimento social e tecnológico de superação da concepção binária de tutela do direito à privacidade e à proteção de dados pessoais denota uma importante correlação entre o próprio conceito de efetividade do direito, da boa-fé objetiva e de ética e alteridade na vida contemporânea.

²⁴¹ Tal qual pela substituição processual assegurada a entidades sindicais (art. 8º, III, CRFB/1988), do Ministério Público (art. 176, CPC), da Senacon (Portaria 905, de 24 de outubro de 2017, do Ministério da Justiça e Segurança Pública) (BRASIL, 2017), do Procon (Decreto 2.181, de 20 de março de 1997) (BRASIL, [2021a]) e de outros órgãos que possam se apresentar com competência concorrente para atuar na matéria.

A tradicional conceituação do direito à privacidade como liberdade meramente negativa (WARREN; BRANDEIS, 1980) capaz e suficiente em si para excluir a interferência de terceiros na esfera íntima da pessoa se mostra em descompasso e superada (BIONI, 2019; DONEDA, 2021), diante das vicissitudes e da complexidade das relações sociais contemporâneas. Até por isso, Moraes (2019) trata de um “regime de responsabilização dito proativo”, como forma de contextualizar a responsabilidade civil no âmago da LGPD. E o faz, acredita-se, como forma de reconhecimento expresso da eficácia da boa-fé objetiva e de seus deveres acessórios nas relações privadas e, notadamente, nas interações entre os diversos agentes de tratamento, isto é, controlador, operador e titular de dados pessoais em suas diversas e possíveis esferas.

No tratamento de dados pessoais que não se baseia no consentimento livre, informado e inequívoco (art. 7º, I, LGPD), mas, em quaisquer outras das nove possibilidades enumeradas nos incisos II a X do art. 7º da LGPD, a proatividade capitalizada por Moraes (2019) torna-se a consequência do dever procedimental de informar,²⁴² decorrente da boa-fé objetiva para a mitigação da assimetria informacional, mas, não apenas dela. Importa também, e fundamentalmente, compreender que a cooperação também constitui elemento essencial para o exercício da autonomia privada do titular.

É como denota Martins-Costa (2019):

O exercício da autonomia privada [...] se dá, porém, numa ordem jurídica voltada a assegurar também a proteção das expectativas geradas no *alter* pelos atos dos particulares. Autonomia não é átomo. É a aptidão a dar-se regras numa ordem social juridicamente conformada, isto é: numa ordem de relações particulares. (MARTINS-COSTA, 2019, p. 249).

O agir do agente de tratamento em todas as etapas do uso de dados pessoais, de acordo com a boa-fé objetiva, constitui pressuposto para o exercício da autonomia privada do titular de dados, recaindo sobre aqueles o dever de agir preventiva e proativamente para assegurar a licitude de seus atos.

Neste sentido, existem duas faces da tutela dos dados pessoais que precisam ser ressaltadas. A primeira é que o direito fundamental que se pretende efetivo necessita exceder a esfera íntima do seu titular e ser capaz de gerar obrigações

²⁴² Informação verdadeira, relevante, clara e inteligível (TOMASEVICIUS FILHO, 2020) e, acrescenta-se, tempestiva.

estruturais, de modo a impedir sua violação. Bastaria dizer que a noção de ressarcimento do dano causado, isoladamente considerada, não é capaz de atender à proteção da pessoa e de seus direitos de personalidade, sendo exigido do Direito um passo normativo adiante, isto é, a adoção de medidas aptas e suficientes para se evitar a violação do direito.

A segunda é que o princípio da boa-fé objetiva, como cláusula geral, coaduna-se perfeitamente com essa aceção, ao impor ao controlador e ao operador, principalmente quando realizarem o tratamento de dados pessoais com maior grau de opacidade em relação ao titular, a obrigação de agir proativamente em seus deveres instrumentais relacionados ao cuidado, cooperação, informação, transparência, lealdade, minimização, exatidão, integridade, confidencialidade, responsabilidade, limitação da conservação e finalidade determinada, explícita e legítima.

Por este motivo é que a LGPD, ao disciplinar em seu art. 46 as boas práticas da segurança e do sigilo de dados e impor aos agentes de tratamento que medidas de segurança, técnicas e administrativas, para proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas devam ser observadas, desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução, não deve ser interpretada neste particular como uma mera recomendação capaz de mitigar a responsabilidade, mas como uma verdadeira obrigação estrutural imposta definitivamente ao controlador e ao operador cuja ética de alteridade pressuposta (LÉVINAS, 2008) constitui base normativa do sistema.

6.2 A superação da autonomia em detrimento da regulação heterônoma

Diante da necessidade de se pensar e aplicar a tutela dos dados pessoais de forma estrutural e o desafio de evitar a violação desses direitos pelos agentes de tratamento, observa-se que a regulação há de afetar mais sensivelmente os grandes *gatekeepers* do fluxo informacional na vida contemporânea.

Abandonando-se o padrão verdadeiramente binário de autorização-uso e de uma relação jurídica quase que singular envolvendo o titular de dados e o agente de tratamento, o fluxo informacional reclama intensa e revigorada regulação.

No entanto, há um problema com essa visão do mundo digital, e é um problema de poder. Na economia digital, o poder real não está nas mãos de consumidores individuais e cidadãos que usam seus smartphones e laptops

para navegar pelas reviravoltas de suas vidas, mas pelo grande governo e entidades corporativas que os monitoram. (RICHARDS; HARTZOG, 2015, p. 1182, tradução nossa).²⁴³

Com efeito, passa a importar de forma muito mais vigorosa a existência de controles externos, estruturais e autônomos sobre os agentes de tratamento, para, muito além da tutela individual de direitos, criar um elo de fidúcia no sistema de proteção de dados pessoais. Isso é muito bem abordado por Richards e Hartzog (2015), em especial, quando reconhecem que a eficácia desse microuniverso regulatório acaba por residir sensivelmente em uma parcela de confiança.²⁴⁴ Além disso, na dinâmica das relações sociais, principalmente aquelas travadas na superfície da Internet, a pressuposição de que o titular leia um arranjo de políticas e contratos extensos e complexos é incoerente com a necessidade de transparência, clareza e de todas as condições para o exercício da autodeterminação informativa.

Da mesma maneira, a compreensão momentânea de tais composições pelo titular, sejam elas contratuais ou meramente organizacionais, explícitas ou não, também não é um fato que se possa presumir. Faltam, portanto, e cada vez mais, as bases para que essa autodeterminação seja, de fato, exercida.

Esse cenário está a desafiar o conceito de autodeterminação informativa prevista no art. 2º, II, da LGPD o qual acaba por se reduzir a um mito como pressuposição da capacidade plena de que a pessoa tenha a aptidão de decidir sobre as consequências e a extensão do tratamento de seus dados pessoais.

Os já mencionados deveres instrumentais oriundos da boa-fé objetiva, com destaque efetivo para o cuidado, a cooperação, informação, transparência, lealdade, minimização, exatidão, integridade, confidencialidade, responsabilidade, limitação da conservação e a finalidade determinada, explícita e legítima devem ser capazes de assegurar ao titular mecanismos suficientes para o controle do fluxo informacional a seu respeito, tornando efetivo, e não meramente potencial e teórico, o exercício de poder sobre este titular.

É por isso que Solove (2008, p. 24) trabalha a ideia de que "[...] uma das teorias mais predominantes de privacidade é a do controle sobre os dados pessoais"

²⁴³ Yet there is a problem with this view of the digital world, and it is a problem of power. In the digital economy, the real power is not held by individual consumers and citizens using their smartphones and laptops to navigate the twists and turns of their lives, but by the large government and corporate entities who monitor them.

²⁴⁴ Esse é o fundamento principal do título de sua própria pesquisa: *privacy's trust gap*.

(tradução nossa).²⁴⁵ Tais controles, cuja existência e eficiência são verdadeiras *conditio sine qua non* para a proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais, necessitam de implementação e controle pelos diversos órgãos reguladores, dentre os quais se destaca a ANPD e o CADE, em face dos grandes *gatekeepers* da Internet, cuja atividade é sempre dotada de uma entonação monopolista.

Observe-se que, no âmbito de redes sociais e de aplicações de comunicação instantânea, ambos os quais são dotados de uma enorme vocação para o uso de dados pessoais em larga escala de seus respectivos usuários, se posicionam, ainda que momentaneamente, como detentores de um verdadeiro monopólio em seu setor. E isso, porque não interessa ao usuário estar em uma rede para se relacionar socialmente, se todas as demais pessoas de seu círculo de interesses, ou grande parte delas, também não estiverem conectadas nesta mesma *web*. O mesmo ocorre com as aplicações de mensagens instantâneas, já que não há interoperabilidade entre os diversos *gatekeepers*²⁴⁶ existentes

Com isso, para além de serem sistemas de informação privados com características de espaços públicos, o tratamento de dados pessoais nessas estruturas reclama uma regulação coletiva com muito maior ênfase. Importa não apenas assegurar mecanismos de transparência proativa das políticas e práticas relacionadas ao tratamento de dados pessoais, mas também, e especialmente, conhecer a estrutura que propicia a interação entre pessoas e aplicações subjacentes.²⁴⁷

Neste contexto, não há que se desconsiderar que a estratégia e o código-fonte dos sistemas de informação constituam segredo de negócio cuja publicidade é vedada pela ordenação jurídica e manifestamente indesejável à luz do princípio da livre iniciativa.

²⁴⁵ [...] one of the most predominant theories of privacy is that of control over personal information.

²⁴⁶ Daí, por exemplo, a preponderância do *WhatsApp*, do *Facebook* e do *Instagram* enquanto meios tecnológicos que naturalmente alcançaram uma posição de dominância no mercado. Curiosamente, todas essas aplicações pertencem a uma mesma empresa, a Meta LLC. Gatekeepers são pessoas que atuam como intermediários do controle do acesso de um ponto a outro. Cabe-lhes recusar, controlar ou atrasar o acesso aos serviços. Alternativamente, podem ser usados para supervisionar como está sendo feito o serviço e se está de acordo com certos padrões exigidos. Naturalmente, tem a aptidão de exercer grande influência em casos concretos.

²⁴⁷ Como, por exemplo, a que deu origem ao incidente de segurança da informação envolvendo a *Cambridge Analytica* relatado por Kaiser (2019).

O que define o segredo de negócio é a natureza confidencial da informação utilizada pelo empresário, tal qual definida pelo Decreto-Lei 1.355/94 (BRASIL, 1994) Anexo 1C, art. 39,²⁴⁸ e que pode constituir um diferencial competitivo, em decorrência de seu investimento intelectual e financeiro.

Iniciativas correlatas no combate à desinformação convergem, neste ponto, para a tutela dos dados pessoais, valendo-se citar o exemplo da *Honest Ads Act* estadunidense cujo principal intuito é impedir anúncios baseados em dados pessoais oriundos de fora do país, e para dar mais clareza às empresas responsáveis pela realização desses anúncios.

Há que se observar, neste sentido, que a atuação dos diversos órgãos reguladores, dentre os quais se destaca a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, é expressiva não apenas no desenvolvimento de guias orientativos e da compilação de boas práticas na governança de dados pessoais, mas também na criação de arquétipos e cláusulas contratuais padronizadas a serem aplicadas para assegurarem um patamar mínimo de respeito ao direito fundamental à proteção de dados pessoais, como na hipótese de transferência internacional ou da contratação de operadores, para efetivamente realizarem a atividade de tratamento.

Tais cláusulas impositivas, consideradas como núcleos temáticos que não possam ser dispensados dos contratos privados, constituem uma forma de tutelar estruturalmente a proteção dos dados pessoais sem interferir, *prima facie*, na livre iniciativa ou sem violar o segredo de negócio cuja confidencialidade é, repita-se, constitucionalmente assegurada. Neste sentido, e com especial atenção, qualquer atividade regulatória mais invasiva da atividade econômica somente se justificaria, circunstancialmente, diante da ofensa de direitos fundamentais ratificada por elementos estruturantes violados, como os deveres acessórios à boa-fé objetiva e, categoricamente, pela não conformidade com as boas práticas e obrigações

²⁴⁸ Art. 39, Acordo TRIPS: 1. Ao assegurar proteção efetiva contra competição desleal, como disposto no Artigo 10 bis da Convenção de Paris (1967), os Membros protegerão informação confidencial de acordo com o parágrafo 2 abaixo, e informação submetida a Governos ou a Agências Governamentais, de acordo com o parágrafo 3 abaixo. 2. Pessoas físicas e jurídicas terão a possibilidade de evitar que informação legalmente sob seu controle seja divulgada, adquirida ou usada por terceiros, sem seu consentimento, de maneira contrária a práticas comerciais honestas, desde que tal informação: a) seja secreta, no sentido de que não seja conhecida em geral nem facilmente acessível a pessoas de círculos que normalmente lidam com o tipo de informação em questão, seja como um todo, seja na configuração e montagem específicas de seus componentes; b) tenha valor comercial por ser secreta; e c) tenha sido objeto de precauções razoáveis, nas circunstâncias, pela pessoa legalmente em controle da informação, para mantê-la secreta. (BRASIL, 1994).

contratuais definidas compulsoriamente pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Refletir sobre a proteção de dados pessoais na contemporaneidade é uma atividade que exige, via de consequência, a compreensão de que as disposições literais sobre o tratamento lícito de dados pessoais (art. 7º, LGPD) somente encontrarão condições de serem efetivamente respeitadas, enquanto existirem instrumentos de tutela coletiva que zelem pelo seu aspecto estrutural. Seja inicialmente, a partir da compreensão de que o agir em sintonia com a boa-fé objetiva pressupõe necessariamente a adoção proativa dos padrões de conduta compatíveis com o cuidado, transparência, informação, prevenção, segurança, responsabilização e prestação de contas, seja pela compreensão de que o direito fundamental à proteção de dados pessoais reclama efetividade para além da simples intimidade da pessoa, de modo a conformar os atos dos agentes de tratamento, o ressarcimento das perdas e dos danos individualmente considerados, ainda que cotejadas com as funções pedagógicas e punitivas atualmente encampadas pela jurisprudência e por grande parte da doutrina (ROSEVALD, 2010; ROSEVALD; FALEIROS JUNIOR, 2021).

Com isto, há que se observar que o reconhecimento da EC 115 inserido no art. 5º, inciso LXXIX, CRFB/1988 de que a proteção de dados pessoais é assegurada, inclusive nos meios digitais, há de conciliar obrigações objetivas de cuidado, transparência, informação, prevenção, segurança, responsabilização e prestação de contas. Se, por um lado, é correto afirmar que alguns desses elementos encontram-se expressamente contemplados pelo art. 6º da LGPD, também seria necessário reafirmar que os já citados deveres laterais à boa-fé objetiva também derivam de forma direta e independente do direito à proteção de dados pessoais.

De igual modo, tais deveres também se aproximam muito do princípio da *accountability*, ou responsabilização, e prestação de contas (art. 6º, X, LGPD), o qual, segundo Moraes (2019), impõem ao:

[...] agente a adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais, inclusive, da eficácia dessas medidas. Como se vê, o legislador pretendeu aqui não apenas determinar o ressarcimento dos danos eventualmente causados, mas também e, principalmente, buscou prevenir e evitar a ocorrência desses danos. (MORAES, 2019, p. 2).

Ao analisar a previsão quanto à adoção de boas práticas na governança de dados pessoais, o dever de comunicação à Autoridade Nacional de Proteção de Dados sobre incidentes, a nomeação de um encarregado e a solidariedade imposta aos atos praticados pelo operador, Moraes (2019) aponta que:

[...] o legislador, embora tenha flertado com o regime subjetivo, elaborou a um novo sistema, de prevenção, e que se baseia justamente no risco da atividade. Tampouco optou pelo regime da responsabilidade objetiva, que seria talvez mais adequado à matéria dos dados pessoais, porque buscou ir além na prevenção, ao aventurar-se em um sistema que tenta, acima de tudo, evitar que danos sejam causados. (MORAES, 2019, p. 6).

Entretanto, aquilo que Moraes (2019) chamou de um sistema de responsabilização proativo está identificado, neste texto, com o perfil da boa-fé objetiva como balizadora do padrão de conduta dos agentes de tratamento - o que é absolutamente inafastável - e, principalmente, de seus deveres laterais sendo compartilhados como expressão máxima do direito à proteção de dados pessoais. Afinal, o caráter estrutural e horizontalizado das obrigações estabelecidas na LGPD, mas não apenas nela, pois também derivam diretamente do texto constitucional (art. 5º, LXXIX, CRFB/1988). E isso decorre da própria concepção de efetividade dos direitos fundamentais, os quais reclamam eficácia anterior à ocorrência do dano, porque, de outra forma, jamais seriam efetivos, mas mero condão para o tardio ressarcimento de perdas e danos.²⁴⁹

Além de Moraes (2019), Rosenvald (2020) também se atenta para a regulação heterônoma, ao tratar dos diversos atributos da responsabilidade civil na *common law*, dentre os quais se destaca a *responsibility*, *accountability* e *answerability*. É através da contextualização desses elementos que o referido autor pauta a inserção da ética na atividade de tratamento de dados pessoais, na obrigatoriedade de que sejam adotados critérios regulatórios preventivos e medidas de salvaguarda *ex ante* à ocorrência do ilícito, bem como *ex post* na atribuição de responsabilidades, e também a justificação das escolhas relacionadas à proteção da privacidade como concepção e padrão. Todos esses elementos, ainda que analisados sob o prisma da responsabilidade civil, encontram plena correspondência no primado da boa-fé objetiva e seus deveres laterais de transparência, lealdade, cooperação, informação,

²⁴⁹ Cujá tutela específica para a remoção do ilícito é inviável, por ser impossível retroceder à violação de um direito de personalidade, senão apenas a conversão em perdas e danos da inexecução da obrigação nesta tese denominada indenização por dano moral.

cuidado, proteção, segurança, prevenção, responsabilização e prestação de contas, os quais sistematizam e ilustram, de forma mais completa, a regulação heterônoma que se faz indispensável à tutela efetiva dos dados pessoais.

Ressalte-se, conseqüentemente, que, embora a tutela individual do direito fundamental à proteção de dados pessoais e de toda a literalidade da respectiva Lei Geral seja necessária e inafastável, o núcleo elementar e mais relevante da tutela da pessoa na contemporaneidade reside objetivamente nos instrumentos coletivos que sejam capazes de conformar condutas estruturalmente e, além disso, que sejam capazes de fornecer elementos de aferição antecipada em relação à violação.

Tais mecanismos se fazem inevitáveis e essencialmente presentes sempre que constatada a necessidade da correção de assimetrias de poderes na relação obrigacional. Nesse diapasão, acrescenta, Martins-Costa (2019) que:

Estará, ainda, na matriz de institutos jurídicos como os que se dirigem a assegurar uma conduta não deslealmente contraditória (*v.g.*, *supressio, nemo auditur, venire contra factum proprium*), proba (*v.g.*, a disciplina dos deveres informativos) e atenta aos legítimos interesses do *alter* (*v.g.*, o dever de mitigar os próprios prejuízos; o inadimplemento antecipado do contrato)". (MARTINS-COSTA, 2019 , p. 273).

Especificamente nas diversas formas de tratamento de dados pessoais praticadas na vida contemporânea através dos inúmeros agentes de tratamento que, em muitos casos, nem sequer são visíveis ou distinguíveis ao titular,²⁵⁰ a assimetria de poder se torna uma constante.

²⁵⁰ Como no caso da publicidade comportamental tão amplamente difundida na Internet e bem retratada por Bioni (2018).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o início da revolução da microinformática, em meados da década de 1970, até o início do século XXI, a capacidade computacional do processamento de dados tem transformado as relações pessoais e econômicas, especialmente em razão de seu crescimento exponencial. Aliado ao desenvolvimento de toda a infraestrutura de telecomunicações, o intercâmbio de dados (não apenas pessoais) tem se tornado a base das relações sociais.

Esse contexto também contribuiu sobremaneira para uma grande mudança na forma como as pessoas se identificam e se expressam, com ênfase nas suas relações pessoais que também migraram do tradicional *tête-à-tête* para o mundo informatizado, já com a redução dos limites antes impostos pelo distanciamento geográfico, aspectos que passam a importar cada vez menos nos ambientes digitais.

Na mesma medida, os sistemas constitucionais contemporâneos passaram por grande transformação com o abandono do individualismo liberal burguês típico das codificações do século XVIII e a transição ao Estado democrático de direito, no final do século XX.

A introdução desse novo modelo se deu a partir de diversos movimentos sociais e políticos que convergiram para a valorização da pessoa em detrimento das relações materiais, constituindo exemplos desse momento histórico a Declaração da Independência americana de 1776 e a francesa de 1789, bem como a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) de 1948.

A partir dessa transição, a dignidade da pessoa humana foi elevada ao patamar de princípio fundante dos ordenamentos jurídicos contemporâneos e concorreu para uma acelerada constitucionalização do direito privado ou, nas palavras de Perlingieri (2007, p. 33), para a sua "despatrimonialização", abandonando-se o apego à igualdade formal e à propriedade privada como elementos centrais da organização social.

Neste íterim, precipitou-se o desenvolvimento do direito da personalidade, inicialmente ainda sob a égide de um paradigma de Estado liberal e muito atrelado à noção de propriedade e que deu origem à teoria negativista, isto é, de que não se tratava de um novo direito a ser tutelado pelo ordenamento jurídico, mas apenas de situações jurídicas já salvaguardadas por direitos subjetivos então existentes. Neste

período, o apego exacerbado à tangibilidade do patrimônio (e ao direito de propriedade), bem como a interlocução de valores tradicionais com essas mesmas situações, levou grande parte da doutrina a negar a autonomia do direito subjetivo da personalidade, por não compreender a possibilidade da existência de direitos sobre si. Assim sendo, não existiria um direito autônomo da personalidade, mas somente um concebido como reflexo de outros direitos que acabariam por proteger indiretamente a personalidade.

A teoria clássica dos direitos da personalidade se opôs aos negativistas de modo a identificar, realmente, um valor existencial que deveria ser tutelado em diversas esferas, como o direito ao nome, à imagem, o autoral (moral de autor), dentre outros. Seguiu-se à proposta que a positivação desses direitos consistiria em verdadeira *conditio sine qua non* de seu reconhecimento.

Porém, foi realmente a partir da valorização da dignidade da pessoa humana a partir da constitucionalização do direito privado, posição assumida nesta pesquisa, que a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa passou a ser considerada como fonte originária de todas as medidas preventivas necessárias para se evitarem, ou repararem, possíveis lesões à personalidade da pessoa.

Isso significou a superação do direito da personalidade (entendido didaticamente como privacidade e proteção de dados pessoais), apenas como um direito negativo. Observe-se, não obstante, que o exercício de direitos fundamentais, notadamente da proteção de dados pessoais consagrada pela EC 115 no art. 5º, LXXIX, da Constituição Federal, e a primazia de sua efetividade reclamam não apenas a existência de um conjunto de normas capazes de assegurar responsabilidade civil *a posteriori*, mas, também, a atuação prévia ao eventual ilícito, seja ele causador ou não de dano.

Nasce, a partir disso, a compreensão de que a eventual tentativa de recomposição do patrimônio lesado do titular não é suficiente para garantir a eficácia deste direito fundamental, havendo que se reconhecer a incidência coercitiva da norma para o momento anterior à consumação da lesão, inclusive para os casos em que não haja dano quantificável.

À vista disso, a forte eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana como norma fundante da ordem constitucional irradia efeitos em todos os demais direitos fundamentais, inclusive naqueles fundamentos definidos pelo art. 1º da CRFB/1988 como fundantes da República Federativa do Brasil constituída como Estado

democrático de direito, quais sejam, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Não poderia ser outra a compreensão de que a denominada cláusula geral de tutela e a promoção da pessoa humana também produzem efeitos e incidem sobre todas as situações jurídicas que envolvam reflexos da personalidade humana. Não apenas como um direito a ser exercido em face do Estado, mas também em face de quaisquer outras pessoas, independentemente de sua respectiva natureza jurídica, assegura-se através desse princípio, neste texto interpretado como obrigação, a existência de mecanismos suficientes para a salvaguarda e fomento da pessoa. Em seu aspecto interno, no tradicional espaço de não direito tão bem observado por Rodotà (2008), de modo a reconhecer o poder do indivíduo de expressar sua personalidade livremente e de se autodefinir, mas também no aspecto externo, no sentido de conformar e impor limites à atuação de terceiros, a cláusula geral de tutela e da promoção da pessoa humana se associa diretamente à defesa da condição humana em uma leitura civil-constitucional.

Por isso, falar em direito à privacidade e à proteção de dados pessoais é, antes de mais nada, tratar da cláusula geral de tutela e da promoção da pessoa humana em seus mais variados aspectos, e que se encontram detalhados pela legislação hodierna, notadamente pelo que dispõe a própria LGPD. Porém, toda e qualquer situação extraordinária não expressamente prevista na Lei 13.709/18 também é encampada por este princípio fundamental do Estado Democrático de Direito que dialogará com as situações jurídicas específicas, a fim de manter incólume a expressão da privacidade, intimidade e proteção de dados pessoais.

É nesse contexto que o debate sobre a autonomia e a heteronomia da regulação dos dados pessoais ganha especial relevância. A complexidade das relações sociais contemporâneas deixa claro que não é possível acreditar na total independência e autodeterminação plena da pessoa como única e igualitária detentora do poder de decisão e das melhores condições para regular seu inerente fluxo de dados pessoais.

Vale dizer, partindo do pressuposto de que o exercício da autonomia privada significa o poder de autodefinir seus próprios interesses e até mesmo de autorregular a sua própria esfera jurídica, que não se pode desconsiderar a existência de normas imperativas de inafastável aplicabilidade para assegurar a redução das assimetrias de poder existentes nas diversas relações privadas e públicas.

Ainda que em alguns casos não se possa presumir hipossuficiência de uma das partes pela não aplicação do CDC em razão da ausência dos pressupostos conceituais relacionados às figuras de consumidor, fornecedor e destinatário final de produtos ou serviços, é indubitável que a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa, elementos orientadores e do qual derivam a privacidade e a proteção de dados pessoais, deve ter uma incidência externa no direcionamento de práticas comerciais e contratuais e também nos processos organizacionais e modelos de negócio. Esse aspecto estruturante é condição essencial para a garantia da eficácia desses direitos.

Não de outra forma, e como regulação heterônoma, dialogam intensamente com os padrões de conduta externos conformados pela cláusula geral de tutela e da promoção da pessoa, o princípio da boa-fé objetiva e seus respectivos deveres laterais de transparência, lealdade, cooperação, informação, cuidado, proteção, segurança, prevenção, responsabilização e prestação de contas como garantidores da existência de uma análise crítica sobre processos organizacionais, práticas comerciais e contratuais e modelos de negócio, de forma que estas não se estabeleçam tendo como pressuposto a mercantilização dos dados pessoais e a objetificação da pessoa humana.

E é exatamente neste contexto, que a LGPD deve ser compreendida, isto é, não apenas como uma norma garantidora de direitos subjetivos e individuais, mas também, e, principalmente, como norma que se projeta perante terceiros que venham a se relacionar com o titular de dados pessoais, atribuindo-lhes direitos e obrigações antes, durante e depois das atividades de tratamento de dados que eventualmente ocorrerem.

Por esse motivo, os pressupostos para o tratamento lícito de dados pessoais inseridos, por exemplo, nos art. 7º e 11 da LGPD, não devem ser interpretados sob o viés da liberdade a ser exercida sob a perspectiva liberal de autonomia das partes, mas como instrumentos garantidores da higidez de relações de tratamento de dados cada vez mais complexas.

Além disso, a exigência de que as organizações adotem expressamente, e salvo as exceções atualmente definidas pelo CD/ANPD 02 que engloba apenas os agentes de tratamento de pequeno porte, a função de um encarregado pelo tratamento de dados pessoais, seja ele interno ou externo, também se impõe com um deslocamento de foco: sua primordial tarefa é garantir a higidez e a legalidade constitucional das atividades de tratamento de dados pessoais, até mesmo em

eventual oposição ao interesse comercial da própria organização. Disso decorre a grande independência que se deve atribuir a esse profissional e que, diante da ausência de qualquer previsão no corpo da LGPD, deve se pautar pela observância das previsões relacionadas para se evitar o conflito de interesses contido na Lei das sociedades anônimas.

Não obstante, também o sistema de responsabilização civil contido na LGPD, por conter disposições bastante específicas, também sofre forte influência da regulação heterônoma. A par da divergência doutrinária acerca da possível objetivação do critério da responsabilidade, é importante notar que a expressão de que o controlador de dados pessoais seria responsabilizado, "independentemente de culpa", foi excluída do texto legal ainda quando da tramitação do PL que foi promulgado como Lei 13.709/18.

Não há, no âmbito da LGPD, senão por uma analogia ao que estabelece o art. 14 do CDC, qualquer alusão à expressão "independentemente de culpa" como diretriz orientadora da responsabilidade dos agentes de tratamento. Porém, a redação da norma do art. 43, segundo a qual "os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem [...]", tem gerado razoável insegurança em no que tange à sua interpretação.

A despeito das situações tuteladas especificamente pelo CDC e que resultarão, obviamente, na aplicação do critério de objetivação da responsabilidade civil previsto no art. 14 da Lei 8.078/90, no caso específico da LGPD parece muito clara a prevalência da regra da responsabilidade presumida, a qual deve ceder mediante a comprovação da inexistência de culpa. Trata-se do sistema de responsabilização que Poli (2019) denomina responsabilidade objetiva impura.

Além do próprio texto do art. 43 da LGPD ser muito próximo à redação de dispositivos semelhantes aos Códigos Civis italiano e português, que consagraram o regime da culpa presumida, a responsabilidade "independentemente de culpa", no contexto das obrigações estruturais da LGPD e de sua conformação da conduta de terceiros, que não o próprio titular, não faz sentido enquanto não constitui qualquer incentivo à adoção das melhores práticas de governança de dados pessoais e, além disso, se não contribuir, razoavelmente, para a mitigação da própria responsabilização.

É neste sentido, e a despeito de atualmente se configurar como um ponto minoritário defendido (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021), que se encontram

importantes fundamentos para que se considere que o cumprimento dos deveres relacionados à boa-fé objetiva, aos seus deveres laterais, àquilo que a LGPD especificou como detalhamento da cláusula geral de tutela e promoção da pessoa como direitos do titular e obrigações dos agentes de tratamento, além das boas práticas de governança e a melhoria contínua dos sistemas organizacionais do controlador, constituem elementos adequados e suficientes para mitigar a responsabilização civil, ou até, eventualmente, a eliminar o dever de indenizar. Em sentido contrário, milita grande parte da doutrina, tendo como destaque as obras de Lima e Sá (2020), Mendes e Doneda (2018), Mulholland, (2021), Schreiber (2021) e Moraes (2019).

Na mesma linha, as boas práticas de governança de dados pessoais estabelecidas entre os art. 46 e 51 da LGPD são verdadeiros arquétipos da boa-fé objetiva e se impõem de forma obrigatória a conformar padrões de conduta, constituindo-se igualmente o fundamento para a adoção dos conceitos de privacidade por concepção e de privacidade por padrão. A responsabilização objetiva, neste sentido, iria na contramão da adoção de tais práticas, enquanto as mesmas não pudessem influenciar na gradação da culpa.

Esses postulados de privacidade por concepção e por padrão, portanto, ainda que sejam reconhecidos pelo art. 46, §2º, da LGPD, como boas práticas associadas à governança de dados pessoais e aptos a mitigar penalidades aplicáveis pelos respectivos órgãos reguladores, notadamente pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais, constituem verdadeiras e inafastáveis obrigações, se analisadas à luz da boa-fé objetiva e do direito fundamental à proteção de dados, inclusive no meio digital.

No âmbito de relações sociais extremamente complexas e cada vez mais informatizadas, as atividades de tratamento de dados pessoais se tornam cada vez mais distanciadas da figura do titular e pouquíssimas vezes dependendo de um consentimento livre, informado e inequívoco. A isso se aliam as diversas hipóteses de tratamento de dados de forma secundária, cessão de bancos de dados entre os mais diversos *stakeholders*, aquisição de dados sem conhecimento prévio, a criação de *bureaus* de crédito com dados cada vez mais específicos e profundos, dentre outras tantas práticas que a EDPB denominou padrões obscuros, além das próprias inferências que podem ser realizadas a partir desse conjunto incrível de dados pessoais, as quais reclamam por uma regulação heterônoma dos atributos da

personalidade do titular.

Ainda que em um primeiro momento fosse possível creditar ao titular, diante de sua autonomia privada, a capacidade de definir as atividades de tratamento de dados pessoais a que se sujeitaria, na tradicional esteira de uma regulação pautada em autonomia, o desenvolvimento social e tecnológico tornam gradativamente obsoleto esse padrão regulatório, acenando para a necessidade cada vez mais intensa de se acenar para uma regulação heterônoma, como forma de reconhecer a subordinação de todos os terceiros aos direitos e às garantias dos titulares cujas práticas devem ser interpretadas à luz do princípio da boa-fé objetiva, e de seus deveres laterais de transparência, lealdade, cooperação, informação, cuidado, proteção, segurança, prevenção, responsabilização e prestação de contas.

Seja pela consideração da boa-fé objetiva como padrão de conduta aplicável às relações privadas (consideradas neste texto) e a sua aptidão de gerar deveres acessórios relativos ao cuidado, proteção, segurança, prevenção, responsabilização e prestação de contas ou até mesmo pela, hoje, necessária derivação de tais obrigações daquilo que se encontra protegido com eficácia imediata no inciso LXXIX do art. 5º, da Constituição Federal, nota-se que urge considerar a disciplina apta a gerar atribuições e padrões de conduta verdadeiramente estruturais, seja nos atos individuais que impliquem tratamento de dados pessoais, assim como na modelagem de modelos de negócio como fases prévias à celebração de negócio jurídico, durante sua execução e até mesmo após o seu encerramento (sob o viés da regulação heterônoma).

Para muito além do dever de reparar o dano causado pela violação ao direito de personalidade, há que se reconhecer a superação do caráter meramente individual da proteção da privacidade e da intimidade, para conferir à proteção de dados pessoais uma eficácia externa, aplicável direta e indistintamente a todas as relações privadas, o que se impõe em decorrência do desenvolvimento social e tecnológico que tem gradativamente transformado os dados pessoais em verdadeira matéria-prima da economia de mercado. (ZUBOFF, 2019).

A LGPD é, à semelhança do RGPD, consentânea com essa proposição como definidora de deveres horizontais aplicáveis aos processos organizacionais do tratamento de dados pessoais. A imposição de que haja transparência e geração de evidências como boas práticas de governança constituem, além disso, obrigações de meio a serem permanentemente observadas pelos agentes de tratamento.

Toda essa concepção estrutural das obrigações previstas na LGPD também corrobora a própria interpretação e integridade da ordenação jurídica direcionadora do critério de responsabilização contido nos art. 42 e 43 da referida normativa, os quais pressupõem deveres de conduta inadimplidos e excetua a responsabilização nas circunstâncias de ausência denexo de causalidade ou de ilicitude do ato praticado pelo agente de tratamento.

Na contemporaneidade, destarte, a tutela do direito fundamental à proteção de dados pessoais há que ser exercida, cada vez mais, em nível coletivo - embora não se possa desprezar, desacreditar ou desautorizar a tutela individual sempre que ela for provocada (art. 5º, XXXV, CRFB/1988). Porém, reconhece-se que o grau de eficiência da norma constitucional e infraconstitucional, se é que se comporta alguma mensuração, está diretamente atrelado à criação de mecanismos heterônomos a serem coletivamente impostos e cujo desempenho deve ser monitorado.

A criação de cláusulas contratuais padrão, prevista na LGPD para o caso da transferência internacional de dados (art. 33 e 35, LGPD), é uma das formas mais tradicionais de se assegurar essa uniformidade coletiva dentro e fora da jurisdição nacional. Porém, há necessidade de se avançar em ações pedagógicas, preventivas e repressivas que operem como mecanismos institucionais e internos que objetivem consolidar não apenas um padrão de conduta, mas que engendrem uma cultura de proteção de dados pessoais que contemple objetiva e socialmente os deveres de cuidado, proteção, segurança, prevenção, responsabilização e prestação de contas, como obrigações estruturais prévias à celebração de negócios jurídicos, durante sua execução e posteriormente à sua conclusão. Medidas essas impostas pela consideração da figura do *alter* na boa-fé objetiva e no próprio direito fundamental citado nesta pesquisa e não apenas como simples faculdades passíveis de verificação *in casu* diante de possível violação de direito de personalidade no aspecto individual, mas como padrões objetivos e inafastáveis de conduta.

Tais direitos assegurados por mecanismos implementados e regulados, se tornarão aptos a assegurar a tutela da proteção de dados pessoais, nas situações em que a transparência das práticas de tratamento de dados for mitigada pela dinâmica da relação entre o titular e o agente de tratamento, o que tem ocorrido nitidamente diante da erosão do modelo binário que pressupõe sempre uma relação direta e clara entre controlador e titular. O arquétipo tendente a uma tutela coletiva dos dados pessoais e a uma regulação com ênfase maior na heteronomia, portanto, é aquele

mais adequado a comportar a defesa do indigitado direito fundamental, diante do desgaste dos conceitos de consentimento, autodeterminação informativa e, via de consequência, das demais bases legais inseridas no art. 7º da LGPD.

REFERÊNCIAS

ACQUISTI, Alessandro; Taylor, Curtis; Wagman, Liad. The economics of privacy. **Journal of Economic Literature**, Rochester, NY, v. 54, n. 2, p. 442-492, 2016. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2580411>. Acesso em: 12 ago. 2020.

ADMINISTRAÇÃO NACIONAL DE ARQUIVOS E REGISTROS DOS EUA. **Declaração de Independência**: uma transcrição. Estados Unidos da América: Arquivos, 1776. Disponível em <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>. Acesso em: 12 nov. 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALLEGRI, Maria Romana. **Diritto all'oblio, tutela della web reputation individuale e eccezione giornalistica**: spunti giurisprudenziali. [S. l.: s. n.], 06 jun. 2018. Researchgate. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/326447008_Diritto_all%27oblio_tutela_della_web_reputation_individuale_e_ecezione_giornalistica_spunti_giurisprudenziali. Acesso em: 12 ago. 2020.

ALVARENGA, Juliana Mendonça; TORRES, Carolina Tavares Bezerra; AZEVEDO, Débora Cunha. Consentimento informado em ambiente hospitalar para pessoas desprovidas de discernimento, à luz do estatuto da pessoa com deficiência. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SOUZA, Iara Antunes de (coord.). **Direito e medicina**: autonomia e vulnerabilidade em ambiente hospitalar. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018, p. 133-144.

ASHLEY, Kevin D. **Artificial intelligence and legal analytics**: new tools for law practice in the digital age. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR ISO/IEC 27.701**: técnicas de segurança - extensão da ABNT NBR ISO/IEC 27001 e ABNT NBR ISO/IEC 27002 para gestão da privacidade da informação - Requisitos e diretrizes. Rio de Janeiro: ABNT, 2020.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS BUREAUS DE CRÉDITO. São Paulo: ANBC, 2022. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3038939>. Acesso em: 12 dez. 2022.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Ilícitos atípicos**: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Tradução de Janaina Roland Matida. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça. **Onerosidade excessiva e desequilíbrio contratual supervenientes**. São Paulo: Almedina, 2020.

BALKIN, Jack M. **Free speech in the algorithmic society**: big data, private governance and new school speech regulation. UC Davis Law Review, Yale Law School. Rochester, NY: Public Law Research Paper, 9 Sept. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3038939>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Responsabilidade civil por dano ao

meio ambiente. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BENDICH, Albert M. Privacy, poverty, and the Constitution. **California Law Review**, v. 54, n. 2, p. 407-442, 1966. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1110014>. Acesso em: 20 dez. 2022.

BENEVIDES, Electra Maria de Almeida. **Privacidade e dignidade humana**: o percurso de um direito em risco na sociedade digital. 2021. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2021.

BENKLER, Yochai. **The wealth of the networks**: how social production transforms markets and freedom. New Haven: Yale University Press, 2007.

BENKLER, Yochai. From consumers to users: shifting the deeper structures of regulation toward sustainable commons and user access. **Federal Communications Law Journal**, United States, v. 52, n. 3, p. 561-579, 2000. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1242&context=fclj>. Acesso em: ago. 2021.

BERNAL, Natasha. **Facebook approved fake Brexit ad 'paid for by Cambridge Analytica'**. [New York]: TELEGRAPH, 31 Oct. 2018. Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/technology/2018/10/31/facebook-approved-fake-brexit-ad-paid-cambridge-analytica/>. Acesso em: ago. 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. Legítimo interesse: aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional. *In*: MENDES, Laura Schertel *et al*; BIONI, Bruno Ricardo (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 163-176.

BIONI, Bruno Ricardo. O dever de informar e a teoria do diálogo das fontes para a aplicação da autodeterminação informacional como sistematização para a proteção dos dados pessoais dos consumidores: convergências e divergências a partir da análise da ação coletiva promovida contra o Facebook e o aplicativo "Lulu". **Revista de Direito do Consumidor**, Brasília, v. 94, ano 23, p. 283-326, jul.-ago. 2014. Disponível em: encurtador.com.br/iknIN. Acesso em: 12 ago. 2021.

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

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. reimp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

BLUM, Rita Peixoto Ferreira. **Aprimoramento das normas protetivas dos dados do consumidor**: efetividade do direito à privacidade. 2014. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

BLUME, Peter. The data subject. **European Data Protection Law Review**, Berlin, v.1, n. 4, 2015, p. 258-264, 2015. DOI: <https://doi.org/10.21552/EDPL/2015/4/4>. Disponível em: <https://edpl.lexxion.eu/article/EDPL/2015/4/4>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2014.

BORRILLO, Barbara. La tutela della privacy e le nuove tecnologie: il principio di accountability e le sanzioni inflitte dalle Autorità di controllo dell'Unione europea dopo l'entrata in vigore del GDPR. **Dirittifondamentali.it**, [S. l.], n, 2, 326-356, 2020. Disponível em: <http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2020/06/Borrillo-La-tutela-della-privacy-e-le-nuove-tecnologie.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BOTTI, Nicholas. **Privacy**: guida teorico pratica al nuovo GDPR: con schem e modelli. Padova: Primiceri Editore, 2019.

BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017. (Série Pautas com direito).

BRASIL. Agência Nacional de Saúde. **Resolução Normativa - RN nº 162, de 17 de outubro de 2007**. Estabelece a obrigatoriedade da Carta de Orientação ao Beneficiário; dispõe sobre Doenças ou Lesões Preexistentes (DLP) [...]. Brasília: AGS, 2007. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTlyMw==>. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5276/2016**. Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084378>Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. Resolução CD/ANPD nº 02, de 27 de janeiro de 2022. Aprova o regulamento de aplicação da Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), para agentes de tratamento de pequeno porte. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF: Imprensa Oficial, 2022c. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cd/anpd-n-2-de-27-de-janeiro-de-2022-376562019>. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução nº 466, de 12 de dezembro de 2012**. Brasília: BVSMS, 2012a. Disponível em https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937)**. Leis Constitucionais. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1945]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 15 dez. 2022.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (DE 18 DE SETEMBRO DE 1946)**. A Mesa da Assembléia Constituinte promulga a Constituição dos Estados Unidos do Brasil e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos termos dos seus arts. 218 e 36, respectivamente [...] Rio de Janeiro: Presidência da República, [1966]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 15 dez. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997**. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 8.373, de 11 de dezembro de 2014**. Institui o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas - eSocial e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8373.htm. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 20.931 de 11 de janeiro de 1932**. Regula e fiscaliza o exercício da medicina, da odontologia, da medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira, no Brasil, e estabelece penas. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1932. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d20931.htm. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 30 dez. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2022c]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 30 dez.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília, DF: Presidência da República, 2022a. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. Imprensa Nacional. Resolução CD/ANPD nº 1, de 28 de outubro de 2021. Aprova o Regulamento do Processo de Fiscalização e do Processo

Administrativo Sancionador no âmbito da Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Brasília: IN, 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cd/anpd-n-1-de-28-de-outubro-de-2021-355817513>. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. Instrução Normativa nº 55/14, de 15 de abril de 2014. Orienta a fiscalização quanto aos procedimentos na aplicação das multas referentes às infrações relacionadas com arquivos eletrônicos, previstas na Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996. Brasília: SEFAZ, 2014. Disponível em:

https://www.sefaz.ba.gov.br/contribuinte/tributacao/instnorm_2014_55.pdf. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 1863, de 27 de dezembro de 2018. Dispõe sobre o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ). Brasília: Receita, 2018.

Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=97729>. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1916. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.479, de 10 de agosto de 1968**. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1968. Disponível em: encurtador.com.br/wyBHP. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Presidência da República, [2022d]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022e]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021c]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 24 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Presidência da República, [2021d]. Disponível em: encurtador.com.br/gnqAP. Acesso em: 24 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm#:~:text=Constitui%20crime%20realizar%20intercepta%C3%A7%C3%A3o%20de,a%20quatro%20anos%2C%20e%20multa.. Acesso em: 24 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997**. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm. Acesso em: 24 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 24 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021e]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 24 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF: Presidência da República, [2022f]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em: 24

dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.872, de 23 de novembro de 1999.** Cria o Fundo de Aval para a Geração de Emprego e Renda - FUNPROGER, altera o art. 11 da Lei no 9.365, de 16 de dezembro de 1996, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2005]. Disponível em: encurtador.com.br/hoBHL. Acesso em: 24 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022g]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011.** Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Brasília, DF: Presidência da República, [2019c]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm. Acesso em: 26 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2022h]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 26 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. [2021f]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022i]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2022j]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm#view. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. **Medida Provisória nº 954, de 17 de abril de 2020.** Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Portaria nº 905, de 24 de outubro de 2017**. Aprova o Regimento Interno da Secretaria Nacional do Consumidor. Brasília: Ministério da Justiça, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/sumario/regimento/senacon/regimento-senacon-portaria-905-2017.pdf>. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Instrução Normativa - IN nº 50, de 23 de novembro de 2012**. Define os ajustes por efeitos econômicos no patrimônio da operadora, a ser considerado para fins de Margem [...]. Brasília: BVSMS, 2012b. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/diope/2012/int0050_23_11_2012.html. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Resolução Normativa - RN nº 295, de 9 de maio de 2012**. Estabelece normas para a geração, transmissão e controle de dados cadastrais de beneficiários do Sistema de Informações de Beneficiários da Agência Nacional de Saúde Suplementar - SIB/ANS [...]. Brasília: BVSMS, 2012c. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/ans/2012/res0295_09_05_2012.html#:~:text=Estabelece%20normas%20para%20a%20gera%C3%A7%C3%A3o,operadoras%20e%20o%20SIB%2FANS%3B. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde: estrutura, princípios e como funciona**. Brasília: Saúde, 2022b. Disponível em: encurtador.com.br/qHJ02. Acesso em: 21 mar. 2022.

BRASIL. **Novo código civil**: exposição de motivos e texto sancionado. 2. ed. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2005. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2&isAllowed=y> Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **PEC 17/2019**. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília: Câmara dos Deputados, 3 jul. 2019a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757>. Acesso em: 24 dez. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 330, de 2013**. Dispõe sobre a proteção, o tratamento e o uso dos dados pessoais, e dá outras providências. Brasília: Senado, 2013. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3927883&ts=1630431486569&disposition=inline>. Acesso em: 24 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Terceira Turma). REsp 1.758.799/MG. Recurso Especial. Fundamento não Impugnado. Súm. 283/STF. Ação de Compensação de Dano Moral. Banco de Dados. Rel.: Min.: Nancy Andrichi, 12 nov. 2019. **Diário da Justiça**, Brasília, 19 nov. 2019b. Disponível em: encurtador.com.br/hM023. Acesso em: 24 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.387/MC-Ref. Referendo. Medida Provisória nº 954/2020. Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional Decorrente do Novo Coronavírus (COVID-19). [...]. Rel.: Min. Rosa Weber, 7 maio 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 nov. 2020c. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436273/false>. Acesso em: 24 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.388/DF. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Referendo. Medida Provisória nº 954/2020. [...]. Rel.: Min. Rosa Weber, 7 maio 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 nov. 2020d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949382&ext=.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.389 MC-REF / DF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Arts. 2º, Caput e §§ 1º A 3º, e 3º da Medida Provisória nº 954/2020. [...]. Rel.: Min. Rosa Weber, 7 maio 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 nov. 2020e. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344950131&ext=.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.390 MC-REF / DF. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Referendo. [...]. Rel.: Min. Rosa Weber, 7 maio 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 nov. 2020f. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344950276&ext=.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.393/MC-REF / DF. Ementa Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Referendo. MEDIDA Provisória nº 954/2020. [...]. Rel.: Min. Rosa Weber, 7 maio 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 nov. 2020g. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&class e=ADI&numero=6393#>. Acesso em: 24 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). RE 418.416-8/SC. Decisão judicial: fundamentação: alegação de omissão de análise de teses relevantes da defesa: recurso extraordinário: descabimento. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 10 maio 2006. **Diário da Justiça**, Santa Catarina, 19 dez. 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395790>. Acesso em: maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Primeira Turma). HC 76689/PB. "Crime de Computador": publicação de cena de sexo infanto-juvenil (E.C.A., art. 241), mediante inserção em rede BBS/Internet de computadores, atribuída a menores: tipicidade: prova pericial necessária à demonstração da autoria: HC deferido em parte [...]. Rel.: Min. Sepúlveda Pertence, 22 set. 1998. **Diário da Justiça**, Brasília, 6 nov. 1998. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur91682/false>. Acesso em: 10 maio 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Magna carta: 800 anos**. Brasília: TST, 2015. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/c9627733-ac38-4c49-9a99-b4522a0febd1>. Acesso em: 24 dez. 2022.

BRUGIOTTI, Emanuela. La privacy attraverso le generazioni dei diritti: dalla tutela della riservatezza alla protezione dei dati personali fino alla tutela del corpo elettronico. **Diritto fondamentali.it.**, n. 2, 1-30, 2013. Disponível em http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2019/03/brugiotti_la-privacy-attraverso-le-generazioni-dei-diritti.pdf. Acesso em: 12 ago. 2020.

CALO, Ryan. Digital Market Manipulation. **The George Washington Law Review**, v. 82, n. 4, Aug. 2014.

CANARIS, Claus-Wilhem. **Direitos fundamentais e direito privado**. 4. reimp. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Edições Almedina, 2016.

CARVALHO, Luana Lund Borges de. Direito ao esquecimento na era digital: possíveis caminhos para aliar privacidade, informação, memória e tolerância. In: BRANT, Cássio. (coord.). **Direito Digital & Sociedade 4.0**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 145-172.

CAVALIERI FILHO. Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

CASEY, Michael John; VIGNA, Paul. **The truth machine: the blockchain and the future of everything**. New York: St. Martin's Press, 2018.

CASSEB, Paulo Adib. Fundamentos Constitucionais do Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coord.). **Direito & Internet III: Marco Civil da Internet: (Lei no 12.965/2014)**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CASTELLS, Manuel. **The internet galaxy: reflections in the internet, business and society**. New York: Oxford University Press, 2001.

CASTELO, João. **Projeto de Lei 6.276/2016**. Altera a Lei nº 9.472, de 16 de Julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1500124&filename=Tramitacao-PL%206276/2016. Acesso em: 27 ago. 2022.

CAVOUKIAN, Ann. **Privacy by Design: the 7 Foundational Principles Implementation and Mapping of Fair Information Practices**. Ontario, Canada: Creation of a Global Privacy Standard, 2006. Disponível em <https://privacysecurityacademy.com/wp-content/uploads/2020/08/PbD-Principles-and-Mapping.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2022.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do Direito moderno**: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHIAPPINI, Daniele. **Profili comparativi del diritto all'oblio**. [S. l.: s. n.], July, 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/326224850_PROFILI_COMPARATIVI_DEL_DIRITTO_ALL%27OBLIO. Acesso em: 12 ago. 2020.

CHIRITA, Anca Daniela. The right of big data and the loss of privacy in personal data in competition, consumer protection and IP Law. Durham Law School Research Paper, **Durham**, v. 28, p. 153-189, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2795992>. Acesso em: 12 ago. 2020.

CHOHAN, Usman W. **Assessing the differences in bitcoin & other cryptocurrency legality across national jurisdictions**. [New York]: SSRN, 26 Feb. 2022. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3042248. Acesso em: 10 ago. 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: direito das coisas, direito autoral. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 4.

COLAPIETRO, Carlo; LAVIOLA, Francesco. Il trattamento di dati personali in ambito sanitario. **Diritto fondamentali.it.**, [S. l.], n. 2, 1-25, 2019. Disponível em: <http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2019/07/Colapietro-Laviola-I-trattamenti-di-dati-personali-in-ambito-sanitario.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS. [Bruxelas]: EDPB, 2022. Disponível em: https://edpb.europa.eu/edpb_pt. Acesso em: 14 mar. 2022.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **Decálogo**: princípios para a governança e uso da internet. [Brasília]: CGI, 2022. Disponível em: <https://principios.cgi.br/>. Acesso em: 12 ago. 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. Capitalismo e Poder Econômico. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. esp.: em memória do Professor Washington Peluso Albino de Souza, p. 167-195, 2013. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013vWAp167>. Acesso em: 15 out. 2021.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Resolução n. 02/2015**- Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Brasília: OAB, 19 out. 2015. Disponível em: <https://www.oab.org.br/publicacoes/AbrirPDF?LivroId=0000004085>. Acesso em: 15 out. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Recomendação CFM Nº 1/2016**. Brasília: CFM, 2016. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf. Acesso em: 15 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. São Paulo: CONAR, 2021-2022. Disponível em: http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021_6pv.pdf. Acesso em: 27 ago. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Resolução CNS 466, de 12 de dezembro de 2012**. [Brasília]: CNS, 21 jan. 2021. Disponível em: <https://www.cep.cefetmg.br/orientacoes-2/tcle-termo-de-consentimento-livre-e-esclarecido/>. Acesso em: 15 out. 2022.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COOTER, Robert. Direito e desenvolvimento: inovação, informação e a pobreza das nações. *In*: TIMM, Luciano Benetti; PARANAGUÁ, Pedro (org.). **Propriedade intelectual, antitruste e desenvolvimento**: o caso da transferência de tecnologia e do software. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p. 9-34.

COOTER, Thomas F. Pragmatism, economics and the droit moral. **North Carolina Law Review**, Carolina do Norte, v. 76, n. 1, 1-96, 1997. Disponível em <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=3731&context=nclr>. Acesso em: 12 ago. 2020.

CORDEIRO, Antonio Menezes Barreto. Repercussões do RGPD sobre a responsabilidade civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 777-796.

CRAWFORD, Susan. **Captive audience**: the telecom industry and monopoly power in the gilded age. New Haven: Yale University Press, 2013.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO - 1789. França: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP, 1789. Disponível em: https://abres.org.br/wp-content/uploads/2019/11/declaracao_dos_direitos_do_homem_e_do_cidadao_de_26_08_1789.pdf. Acesso em: 12 ago. 2022.

DEMO, Pedro. **Praticar ciência**: metodologia do conhecimento científico. São Paulo: Saraiva, 2011.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: fundamentais da lei geral de proteção de dados. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. *In*: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). **Direito privado e internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 61-78.

DÜRIG, Günter; NIPPERDEY, Hans Carl; SCHWABE, Jürgen. **Direitos fundamentais e direito privado**: textos clássicos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2011.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EDWARD Snowden: uma linha do tempo: de seus dias de escola na Costa Leste a trabalhar para a inteligência dos EUA e empreiteiros em todo o mundo para vazarem documentos e fugir para a Rússia. [Nova Iorque]: NBC News, 26 maio 2014. Disponível em: <https://www.nbcnews.com/feature/edward-snowden-interview/edward-snowden-timeline-n114871>. Acesso em: 12 ago. 2020.

EDWARDS, Lilian; VEALE, Michael. Slave to the algorithm?: Why a right to an explanation is probably not the remedy you are looking for. **Duke Law & Technology Review**, v.16, n. 18, p. 18-84, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2972855>. Acesso em: 12 ago. 2020.

ENDEREÇO IP. *In*: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. [San Francisco, CA: Wikimedia Foundation], 2022. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Endere%C3%A7o_IP. Acesso em: 10 mar. 2022.

ESTIENNE, Henri. **The stage of popish toys**: containing both tragical and comical parts. [S. l.]: Books.google, 1581. Disponível em: Google Books em https://books.google.com.br/books?id=BfpiAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 12 ago. 2020.

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. **Guidelines 3/2022 on Dark patterns in social media platform interfaces**: how to recognise and avoid them. [Bruxelas]: EDPB, 2022. Disponível em: https://edpb.europa.eu/system/files/2022-03/edpb_03-2022_guidelines_on_dark_patterns_in_social_media_platform_interfaces_en.pdf. Acesso em: 30 dez. 2022.

FACEBOOK eleva para 87 milhões o nº de usuários que tiveram dados explorados pela Cambridge Analytica. [São Paulo]: G1, 4 abr. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/facebook-eleva-para-87-milhoes-o-n-de-usuarios-que-tiveram-dados-explorados-pela-cambridge-analytica.ghtml>. Acesso em: 12 ago. 2020.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**: à luz do novo Código civil brasileiro. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. São Paulo: FEBRABAN, 2022. Disponível em: <https://portal.febraban.org.br/#>. Acesso em: 27 ago. 2022.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. **Autorregulação para o Consignado tem recorde punições a correspondentes em junho, com 66 sanções.** São Paulo: FEBRABAN, 20 ago. 2021. Disponível em: <https://portal.febraban.org.br/noticia/3674/pt-br/?ltclid=5c3af248-09eb-4598-ab6f-9db8ba9b86a0>. Acesso em: 27 ago. 2022.

FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (coord). **Metodologia da pesquisa em direito:** técnicas e abordagens para a elaboração de monografias, dissertações e teses. 2. ed. São Paulo: Saraiva JUR, 2019.

FINCK, Michèle. Blockchains and data protection in the European Union. **Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper**, [S. l.], n. 18, p. 1-32, 2017 . Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3080322>. Acesso em: 12 ago. 2020.

FINOCCHIARO, Giusella. **Privacy e protezione dei dati personali:** disciplina e strumenti operativi. Torino: Zanichelli Editore, 2012.

FISHER, William W. **Promises to keep:** technology, law and the future of entertainment. Stanford: Stanford Law and Politics, 2004.

FIUZA, César Direitos da personalidade: esboço de teoria geral. *In:* FIUZA, César (org.). **Autonomia privada:** direitos da personalidade. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015. p. 21-34.

FIUZA, César. **Direito civil:** curso completo. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FIUZA, César (org.). **Elementos de teoria geral das obrigações e dos contratos:** por uma abordagem civil-constitucional. Curitiba: CRV, 2012.

FIUZA, César; GAMA, André Couto e. Teoria geral dos direitos da personalidade. *In:* FIUZA, César; GODINHO, Adriano Marteleto (org.). **Curso avançado de direito civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 109-128.

FOGLIA, Laura. La privacy come limite alla subordinazione: diritto alla disconnessione e rifiuto della prestazione. **Dirittifondamentali.it**, [S. l.], n. 2, p. 105-120, 2020. Disponível em: <http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2020/06/Foglia-La-privacy-come-limite-alla-subordinazione.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2020.

FOOTE, Keith D. A brief history of data lakes. [S. l.]: Dataversity, 2 July 2020. Disponível em: <https://www.dataversity.net/brief-history-data-lakes/#:~:text=In%20October%20of%202010%2C%20James,restrictions%20to%20narrow%20research%20parameters..> Acesso em: 10 ago. 2022.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 567, p. 9-16, jan.1979.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Da ideia à defesa:** monografias e teses jurídicas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Titular de dados**: memórias, esquecimentos e verdades. 2020. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

GONÇALVES, Victor Hugo Rodrigues. **Proteção de dados pessoais: direitos do titular**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GOOGLE e Meta dominam enquanto digital impulsiona avanço da publicidade. Diário do Comércio, 21 dez. 2021. Disponível em: <https://diariodocomercio.com.br/negocios/google-e-meta-dominam-enquanto-digital-impulsiona-avanco-da-publicidade/>. Acesso em: 27 ago. 2022.

GREENBERG, Andy. Depois de 6 anos no exílio, Edward Snowden se explica: em um novo livro de memórias e entrevista, o denunciante mais famoso do mundo elucida como nunca antes por que ele enfrentou a vigilância em massa – e seu amor por uma internet que não existe mais. **Revista Wired**, San Francisco, 16 set. 2019. Disponível em: <https://www.wired.com/story/after-six-years-in-exile-edward-snowden-explains-himself/>. Acesso em: 27 ago. 2022.

GROSSI, Bernardo Menicucci (org.). **Lei geral de proteção de dados**: uma análise preliminar da Lei 13.709/2018 e da experiência de sua implantação no contexto empresarial. Curitiba: Editora Fi, 2020.

GUERRA, Sidney. **O direito à privacidade na internet**: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2014.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 2.. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HAN, Byung-Chul. **O que é poder?** Petrópolis: Vozes, 2019.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2017.

HAN, Byung-Chul. **Topologia da violência**. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017. E-book.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus**: uma breve história do amanhã. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

HOBSBAWM, Eric John Ernest. **Era dos extremos**: o breve século XX, 1914-1991. 2. ed. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital**: transformação digital: desafios para o direito. Tradução de Itolo Fuhrmann. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

HORN, Luiz Fernando Del Rio. **A construção de uma tutela administrativa de elevado nível de proteção do consumidor a partir das liberdades da pessoa na dinâmica tecno-humanista fundada nos direitos da privacidade e da proteção de dados**. 2018. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale dos Sinos, São Leopoldo, 2018.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Tradução de Edson Bini. Cambuci, SP: Edipro, 2019.

INFORMATION COMMISSIONER 'S OFFICE. **Legitimate interests**. [S. l.]: ICO, 2022. Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/lawful-basis-for-processing/legitimate-interests/#:~:text=The%20legitimate%20interests%20can%20be,The%20processing%20must%20be%20necessary>. Acesso em: 22 mar. 2022.

ISMAIL, Salim; MALONE, Michael Shawn; GEEST, Yuri Van. **Organizações exponenciais**: porque elas são 10 vezes melhores, mais rápidas e mais baratas que a sua (e o que fazer a respeito). São Paulo: HSM, 2015.

KAISER, Brittany. **Manipulados**: como a Cambridge Analytica e o Facebook invadiram a privacidade de milhões e botaram a democracia em xeque. São Paulo: HarperCollins, 2019.

KOSSMANN, Edson Luís; ENGELMANN, Wilson. A teoria do fato jurídico e os direitos da personalidade: uma (re)leitura mediada pela Constituição. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 3, p. 1-23, 16 dez. 2018. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/369/309>. Acesso em: 27 ago. 2022.

KREMER, Bianca; PALMEIRA, Mariana de Moraes A compreensão do encarregado: diferentes perfis, requisitos e qualificações. *In*: FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Bôas (coord.). **Compliance e políticas de proteção de dados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 623-646.

KREMER, Bianca. Os agentes de tratamento de dados pessoais. *In*: MULHOLLAND, Caitlin Sampaio (org.). **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2020. p. 289-318.

LAW, Thomas. **A lei geral de proteção de dados**: uma análise comparada ao novo modelo chinês. 2020. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2020.

LAZARO, Christophe; LE MÉTAYER, Daniel. **Control over personal data**: remedy or fairy tale?. **Scripted**, Edimburgo, v. 12, n. 1, p. 3-34, june 2015. Disponível em: https://script-ed.org/wp-content/uploads/2015/06/lazaro_metayer.pdf?d=12272022. Acesso em: 12 ago. 2020.

LEITE, Olga Fernandes de Moura. **Os limites do direito de privacidade na sociedade de informação no âmbito contratual**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2018.

LESSIG, Lawrence. **Code and other laws of cyberspace**. New York: Basic Books, 1999.

LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York: Penguin Press, 2004.

LESSIG, Lawrence. **Remix**: making art and commerce thrive in the hybrid economy. New York: Penguin Press, 2008.

LESSIG, Lawrence. **The future of ideas**: the fate of the commons in a connected world. New York: Vintage books, 2001.

LÉVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito**: ensaio sobre a exterioridade. 3. ed. Tradução de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2008.

LÉVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito**. 3. ed. Tradução de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2022.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012.

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, Fernando Rister de Sousa; SMANIO, Gianpaolo Poggio (coord.). **Proteção de dados, compliance e insider trading**. São Paulo: Almedina, 2021.

LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Inteligência artificial e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: o direito à explicação nas decisões automatizadas. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 4, p. 227-246, 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/584/425>. Acesso em: ago. 2022.

LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Microsistema de proteção de dados pessoais e contrato de trabalho: a reparação de danos decorrentes da violação dos direitos da personalidade do empregado. **Revista eletrônica de direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 40, p. 100-116. jan./abr. 2020. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/10/DIR40-06.pdf>. Acesso em set. 2021.

LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. O direito de dizer adeus na perspectiva da responsabilidade civil. **Migalhas**. [S. l.], 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/332559/o-direito-de-dizer-adeus-na-perspectiva-da-responsabilidade-civil>. Acesso em: 25 out. 2022.

LINDOSO, Maria Cristine. O uso do compliance e das políticas de proteção de dados como forma de coibir a discriminação algorítmica. *In*: FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Bôas (coord.). **Compliance e políticas de proteção de dados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 319-340.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACHADO JUNIOR, Dorival Moreira. **Segurança da informação**: uma abordagem sobre a proteção da privacidade na internet das coisas. 2018. Tese (Doutorado em Tecnologia da Inteligência e Design Digital) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Tecnologia da Inteligência e Design Digital, São Paulo, 2018.

MAGNA CARTA - 1215. [New York]: British Library, 28 Jul. 2014. Disponível em: <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>. Acesso em: 7 jan. 2022

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. t.1.

MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. São Paulo: FGV, 2018.

MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs**: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2. ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019.

MALDONADO, Viviane Nóbrega (coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais**: manual de implementação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Rogério Jolins; LEPARGNEUR, Hubert. **Introdução a Lévinas**: pensar a ética no século XXI. São Paulo: Paulus, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação, 2a ed. 3a reimp. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Diálogos entre a lei geral de proteção de dados e a lei de acesso à informação. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, de 2019. p.199-218.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete**: il diritto all'oblio nell'era digitale. Milão: Egea, 2016.

MCCARTHY, N. K. **Resposta a incidentes de segurança em computadores:** planos para proteção de informação em risco. Tradução de Aldir José Coelho Corrêa da Silva. São Paulo: Bookman, 2014.

MCDONALD, Aleecia; CRANOR, Lorrie Faith. Beliefs and behaviors: internet users' understanding of behavioral advertising. **TPRC 2010**, [S. l.: s. n.], 16 ago. 2010. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=1989092>. Acesso em: 19 mar. 2022.

MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensão do homem.** São Paulo: Cultrix, 2017.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor:** linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Laura Schertel Ferreira; DONEDA, Danilo. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, Brasília, v. 120, ano 27, p. 555-587, nov./dez. 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/42740879/Coment%C3%A1rio_%C3%A0_nova_Lei_de_Prote%C3%A7%C3%A3o_de_Dados_lei_13_709_2018_o_novo_paradigma_da_prote%C3%A7%C3%A3o_de_dados_no_brasil. Acesso em: set. 2022.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. **Pensar: revista de ciências jurídicas**, Fortaleza, v. 25, n. 4, p.1-18, out./dez. 2020. Disponível em <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10828/pdf>. Acesso em: 27 ago. 2022.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 389-410, maio./ago. 2016. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/5522/pdf>. Acesso em: 14 dez. 2022.

MONTI, Milton. **Projeto de Lei 4.060, 13 de junho de 2012.** Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066>. Acesso em: 27 ago. 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito proativo. **Civilistica.com.**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1-6. 15 dez. 2019. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/448/377>. Acesso em: jul. 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana:** estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Stefano Rodotà: passado, presente e futuro. **Civilistica.com**, v. 4, n. 2, p.1-4, 21 dez. 2015. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/219/179>. Acesso em: ago. 2022.

MOTA, Maurício Jorge. A pós-eficácia das obrigações revisitada. **Revista Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 351-423, 2011. DOI: <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2011.10194>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/10194>. Acesso em: out. 2021.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio (org.). **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil**. Porto Alegre: Arquipélago, 2020.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **Responsabilidade civil por danos causados pela violação de dados sensíveis e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (lei 13.709/2018)**. [Rio de Janeiro]: PUC-Rio, 2021. Disponível em: https://www.jur.puc-rio.br/wp-content/uploads/2021/07/IBERC_Responsabilidade-civil-e-dados-sensi%CC%81veis.pdf. Acesso em: 22 abr. 2022.

NEGROPONTE, Nicholas. **A vida digital**. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

NIGER, Sergio. **Le nuove dimensioni della privacy**: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali. Padova: Cedam, 2006.

NISSENBAUM, Helen Fay. **Privacy in context**: technology, policy and the integrity of social life. Stanford: Stanford University Press, 2010.

NÚCLEO de Informação e Coordenação do Ponto BR. **Fórum de governança da internet**: relatórios dos dez primeiros anos do IGF. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2017. *E-book*. Disponível em: https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernoCGIbr_Forum_de_Governanca_da_Internet.pdf. Acesso em: 12 ago. 2021.

OHM, Paul. Broken promises of privacy: responding to the surprising failure of anonymization. **UCLA Law Review**, Rochester, NY, v. 57, p. 1701-1777, 2010. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1450006. Acesso em: 12 ago. 2020.

O'NEIL, Cathy. **Weapons of math destruction**: how big data increases inequality and threatens democracy. New York: Broadway Books, 2017.

OLIVEIRA, Ricardo Alexandre de; COTS, Márcio (coord.). **O legítimo interesse e a LGPD**: lei geral de proteção de dados pessoais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. 7. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020.

OMMATI, José Emílio Medauar; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria do direito contemporânea**: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald

Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom, 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. [Nova Iorque]: UNICEF, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)**. Rio de Janeiro: NEPP-DH, [1946]. Disponível em: <http://www.nepp-dh.ufrj.br/oms2.html>. Acesso em: 21 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Extrato de diretrizes sobre a proteção da privacidade e fluxos transfronteiriços de dados pessoais**. Paris: OCDE, 1980. Disponível em: <http://www.rogerclarke.com/DV/OECDPs.html>. Acesso em: 12 ago. 2020.

PARENTONI, Leonardo (coord.). **Direito, tecnologia e inovação**: law, technology and innovation. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. v. 1.

PARENTONI, Leonardo. **Neutralidade de rede**: mudanças na infraestrutura da internet e como isso influencia sua vida. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 19, n. 119, p. 560-597, out. 2017/jan. 2018. Disponível em <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1365/1225>. Acesso em: 12 ago. 2020.

PARENTONI, Leonardo. Compartilhamento de dados pessoais e a figura do controlador. *In*: FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Bôas (coord). **Compliance e políticas de proteção de dados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 699-740.

PARENTONI, Leonardo Netto. Por que confiar na autoridade nacional de proteção de dados? **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 79, p. 163-192, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/2119>. Acesso em: 14 mar. 2022.

PARENTONI, Leonardo; LIMA, Henrique Cunha Souza. Proteção de dados pessoais no Brasil: antinomias internas e aspectos internacionais. *In*: LUCCA, Newton de; et. al.(org.). **Direito & Internet IV**: sistema de proteção de dados pessoais. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 483-512.

PARISER, Eli. **The filter bubble**: what the internet is hiding from you. New York: The Penguin Press, 2011.

PEREIRA, Fábio Queiroz. **O ressarcimento do dano pré-contratual**: interesse negativo e interesse positivo. São Paulo: Almedina, 2017.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

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

PINHEIRO, Alexandre Souza. **Privacy e proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Lisboa: AAFDL, 2015.

PIMENTEL, Alexandre Freire; GASPAR, Luiz Alberto Gadelha. Dos mainframes à era da internet: problematizações sobre privacidade, vulnerabilidade de dados pessoais e a responsabilidade civil dos provedores de aplicativos e de acesso à rede. *In*: BRANT, Cássio (coord.). **Direito Digital & Sociedade 4.0**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p.173-196.

PINTO, Felipe Martins; GUIMARÃES, Johnny Wilson Batista. O direito à privacidade e o sigilo de dados na internet. *In*: BRANT, Cássio (coord.). **Direito Digital & Sociedade 4.0**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p.127-143.

PINTO, Álvaro Vieira. **O conceito de tecnologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005. v. 1.

PINTO, Álvaro Vieira. **O conceito de tecnologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005. v. 2.

PLUTINO, Marco. Tutela della riservatezza e diritto alla trasparenza nella nuova normativa del finanziamento ai partiti: un compromesso insoddisfacente? **Dirittifondamentali.it.**, [S. l.], n. 1, p. 1-30, 2016. Disponível em http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2019/04/1_2016-plutino_tutela-della-riservatezza-e-diritto-alla-trasparenza-nella-nuova-normativa-del-finanziamento-ai-partiti.pdf. Acesso em: 12 ago. 2020.

POLI, Leonardo Macedo. Apontamentos sobre responsabilidade civil por perda de uma chance. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 21., 2012, Niterói, RJ. **Anais [...]**. Florianópolis: FUNJAB, 2012. V. 01, p. 368-394. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=148>. Acesso em: jul. 2021.

POLI, Leonardo Macedo. Ato ilícito. *In*: FIUZA, César (org.). **Curso avançado de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 569-586.

POLI, Leonardo Macedo; SÃO JOSÉ, Fernanda (org.). **Direito civil na contemporaneidade**. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2017. v. 3.

POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 2017.

POSNER, Richard A. An economic theory of privacy. **Georgia Law Review**, Georgia, v. 12, n. 393, May/June 1978. <https://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/1978/5/v2n3-4.pdf>

PROSSER, William. Privacy. **California Law Review**, California, v. 48, n. 3, p. 383-423, aug. 1960. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1109651>. Acesso em: 07 mai. 2022.

QUINELATO, Pietra Daneluzzi. **Preços personalizados à luz da lei geral de proteção de dados**: viabilidade econômica e juridicidade. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022.

RAMOS, Lara Castro Padilha. **Lei geral de proteção de dados pessoais e seus impactos na garantia do direito fundamental à proteção de dados do trabalhador**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Fortaleza, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2020.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e análise econômica do contrato**. São Paulo: Almedina, 2017.

REDAÇÃO. Facebook - 55% dos brasileiros acham que o Facebook é a internet, diz pesquisa. [São Paulo]: Olhar Digital, 17 jan. 2017. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2017/01/18/noticias/dos-brasileiros-acham-que-o-facebook-e-a-internet-diz-pesquisa/> <https://ssrn.com/abstract=2595813>. Acesso em: 1 nov. 2018.

REGULAMENTO GERAL SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS (RGPD). **RGPD**: multas / penalidades. [S. l.]: GDPR, 2022. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/issues/fines-penalties/>. Acesso em: 27 ago. 2022.

RESTA, Giorgio; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo (ed.). **Il diritto all'oblio su internet dopo la sentenza Google Spain**. Roma: Ter-Press, 2015. *E-book*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2595813>. Acesso em: 12 ago. 2020.

RIBEIRO, Aureo Lidio Moreira. **PL 4401/2021**. Dispõe sobre diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) [...]. Brasília: Câmara, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/1555470>. Acesso em: 10 ago. 2022.

RIBEIRO, Luciane Martins. **A subjetividade do outro**: ética da responsabilidade em Emmanuel Lévinas. São Paulo: Ideias & Letras, 2015.

RIBEIRO, Valério Augusto. Os direitos da personalidade vistos sob a perspectiva da dicotomia clássica direito público/direito privado. *In*: FIUZA, César. (org.). **Curso avançado de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 61-88.

RONSON, Jon. **Humilhado**: como a era da internet mudou o julgamento público. Rio de Janeiro: Best Seller, 2015.

RICHARDS, Neil Michael; HARTZOG, Woodrow. Privacy 's trust gap. **The Yale Law Journal**, New Haven, CT, v. 126, n. 1180, p. 1180-1224, 2015. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2899760. Acesso em: 12 ago. 2020.

RODOTÀ, Stefano. A antropologia do homo dignus. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p.1-17. 30 dez. 2017a. [tradução de Maria Celina Bodin de Moraes]. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/647>. Acesso em: 11 mar. 2022.

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

RODOTÀ, Stefano. **Dal soggetto alla persona**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Bari: Editori Laterza, 2017b.

RODOTÀ, Stefano. **La rivoluzione della dignità**. Napoli: La Scuola di Pitagora, 2018.

RODOTÀ, Stefano. **La vita e le regole: tra diritto e non diritto**. Milão: Feltrinelli, 2006.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSAS, Roberto. **Do abuso de direito ao abuso de poder**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ROSEVALD, Nelson. A refundação das penas privadas. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). **Direito civil**: atualidades IV: teoria e prática no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 625-648.

ROSEVALD, Nelson. A polissemia da responsabilidade civil na LGPD. **Migalhas**. [S. l.: s. n.], 06 nov. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/336002/a-polissemia-da-responsabilidade-civil-na-lgpd>. Acesso em: 21 out. 2022.

ROSEVALD, Nelson; FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura. Accountability e mitigação da responsabilidade civil na lei geral de proteção de dados pessoais. *In*: FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Bôas (coord.). **Compliance e políticas de proteção de dados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 771-808.

ROSEVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil**: teoria geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RUBINSTEIN, Ira S. Big data: the end of privacy or a new beginning? **International Data Privacy Law Review**, v. 3, n. 2, p.74-87, May 2013.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida

e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SAMPAIO, José Adércio Leite; FURBINO, Meire; BOCCHINO, Lavínia Assis. Capitalismo de vigilância e tecnopolítica: os direitos fundamentais de privacidade e liberdade de expressão sob ataque. **Opini3n Jurídica**, Medellín, v. 20, n. 42, p. 509-527, jun./dic. 2021. Disponível em: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/3589/3304>. Acesso em: 09 mai. 2022.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilizaç3o Brasileira, 2019.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Novos estudos CEBRA**, São Paulo, v. 3, n. 79, p.71-94, nov. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/ytPjkXXYbTRxnJ7THFDBrgc/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 22 abr. 2022.

SANTOS, Camila Anastacia Souza dos. **AIDS**: subjetividade, alteridade e boa-fé objetiva. 2016. Dissertaç3o (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduaç3o em Direito, Belo Horizonte, 2016.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Notas sobre a proteç3o de dados pessoais na sociedade informacional na perspectiva do atual sistema normativo brasileiro. *In*: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. (coord.). **Comentários à lei geral de proteç3o de dados**: lei n. 13.709/2018, com alteraç3o da lei n. 13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020. p.19-38.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCHREIBER, Anderson. **A proibiç3o do comportamento contraditório**: tutela da confianç3a e venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade civil na lei geral de proteç3o de dados pessoais. *In*: MENDES, Laura Schertel *et al* (coord.). **Tratado de proteç3o de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 319-338.

SHAPIRO, Andrew L. **The control revolution**: how the internet is putting individuals in charge and changing the world we know. New York: PublicAffairs, 1999.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigaç3o como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SMITH, Michael D.; TELANG, Rahul. **Streaming, sharing, stealing**: big data and the future of entertainment. Cambridge: MIT Press, 2017.

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

SOLOVE, Daniel Justin. **Understanding privacy**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

SOLOVE, Daniel Justin; SCHWARTZ, Paul M. **Privacy law fundamentals**. 6. ed. Portsmouth: IAPP, 2022.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha; GODINHO, Jéssica Rodrigues (org.). **Reflexões acadêmicas: o dano moral como subterfúgio para o enriquecimento sem causa**. Belo Horizonte: Appris Editora, 2018.

SOUZA, Cimon Hendrigo Burmann de. A autonomia privada no âmbito das relações contratuais: do Estado liberal ao Estado democrático de direito. *In*: FIUZA, César (org.). **Elementos de teoria geral das obrigações e dos contratos**: por uma abordagem civil-constitucional. Curitiba: CRV, 2012. p. 171-188.

SARTORETTI, Claudia. **Contributo allo studio del diritto alla privacy nell'ordinamento costituzionale**: riflessioni sul modello francese. Torino: Giappichelli Editore, 2008.

SUMPTER, David. **Dominados pelos números do Facebook e Google às fake news**: os algoritmos que controlam a nossa vida. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2019.

SUSSKIND, Richard Eric. **Tomorrow's lawyers**: an introduction to your future. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.

TAVARES, Bruno de Pinheiro. **A sociedade da informação e o direito à proteção de dados pessoais**: interfaces jurídicas e culturais. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: lei de introdução e parte geral. 9. ed. São Paulo: Método, 2013.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; VIOLA, Mário. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p.1-38, 09 maio 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/510>. Acesso em: set. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Responsabilidade civil dos agentes de tratamento. *In*: FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Bôas (coord.). **Compliance e políticas de proteção de dados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p.741-770.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **O princípio da boa-fé no direito civil**. São Paulo: Almedina, 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, Bruxelas, 18 dez. 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 12 dez. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995, Relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados**. Bruxelas: Eur-Lex, 1995. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>. Acesso em: 10 mar. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016. **Jornal Oficial da União Europeia**, Bruxelas, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em: 12 ago. 2020.

VALVO, Anna Lucia. Il diritto all'oblio nell'epoca dell'informazione digitale. **Studi sull'integrazione europea**, [S. l.], n.2, ano, 16, p. 347-357, 2015. Disponível em: <https://www.studisullintegrazioneeuropea.eu/Scarico/Rivista%20Studi%200215.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. 5. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 4.

VIOLA, MARIA; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11. *In*: MENDES, Laura Schertel *et al*; BIONI, Bruno Ricardo (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 117-148.

VOISIN, Gabriel *et al*. **ICO, CNIL, German and Spanish DPA revised cookies guidelines: convergence and divergence**. [S. l.]: IAPP, 2022. Disponível em: https://iapp.org/media/pdf/resource_center/CNIL_ICO_chart.pdf. Acesso em: 24 mar. 2022.

WALSH, Diana *et al*. Privacy as a right or as a commodity in the online world: the limits of regulatory reform and self-regulation. **Electronic Commerce Research**, v. 7, n. 2, p 185-203, June 2017. Disponível em: <https://dl.acm.org/doi/abs/10.1007/s10660-015-9187-2>. Acesso em: 7 jul. 2021.

WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent. A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of Big Data and AI. **Columbia Business Law Review**, [S. l.], v. 2019, n. 2., p. 1-130, 25 jun. 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3248829>. Acesso em: 12 ago. 2020.

WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent; FLORIDI, Luciano. Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the general data protection regulation. **International Data Privacy Law**, Cambridge, UK, v. 7, n. 2, p. 76-99, May 2017. Disponível em: <https://academic.oup.com/idpl/arti>

cle/7/2/76/3860948. Acesso em: 12 ago. 2020.

WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. The right to privacy. **Harvard Law Review**, [S. l.], v. 4, n. 5, p. 193-220, 15 dec. 1890. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1321160#metadata_info_tab_contents. Acesso em: fev. 2021.

WESTIN, Alan. **Privacy and freedom**. New York: Ig Publishing, 2015.

WHITMAN, James Q. The two western cultures of privacy: dignity versus liberty. **Yale Law Journal**, Danvers, MA, v. 113, n. 6, p. 1151-1221, apr. 2004. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/article/the-two-western-cultures-of-privacy-dignity-versus-liberty>. Acesso em: oct. 2021.

WU, Tim; YOO, Christopher S. Keeping the Internet Neutral?: Tim Wu and Christopher Yoo debate. **Federal Communications Law Journal**, Bloomington, IN, v. 59, n. 3, p. 575-592, june. 2007. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol59/iss3/6/>. Acesso em sept. 2021.

ZAMPIER LACERDA, Bruno Torquato; STINGHEN. João Rodrigo. Cartórios e proteção de dados: reflexos penais: A LGPD cria novo contexto valorativo para aplicação da lei penal, com reflexos nas serventias. **JOTA**. [S. l.: s. n.], 09 jul. 2020. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/cartorios-e-protecao-de-dados-reflexos-penais-09072020>. Acesso em: 21 out. 2022.

ZENKNER, Marcelo; SPINELLI, Mário. O papel do encarregado pelo tratamento dos dados pessoais nas empresas privadas. *In*: FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Bôas (coord.). **Compliance e políticas de proteção de dados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 647-663.

ZIMMERMANN, Reinhard. Actio iniuriarum. *In*: ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligations: roman foundations**. Oxford: Oxford University Press, 1996. Disponível em: <https://academic.oup.com/book/36387>. Acesso em: 21 out. 2022.

ZUBOFF, Shoshana. **The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power**. New York: PublicAffairs, 2019.