



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO
PRETO



**ANÁLISE JUSECONÔMICA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS
PESSOAIS SOB A ÓTICA DA EFICIÊNCIA NA PROMOÇÃO DE
AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA**

Guilherme Mesquita Estêves

Ouro Preto-MG
2020

Dissertação

Guilherme Mesquita Estêves

ANÁLISE JUSECONÔMICA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS SOB A ÓTICA DA EFICIÊNCIA NA PROMOÇÃO DE AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Novos Direitos, Novos Sujeitos da Universidade Federal de Ouro Preto, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Henrique Pôrto Nogueira

Área de Concentração: Novos Direitos, Novos Sujeitos

Ouro Preto-MG

2020

SISBIN - SISTEMA DE BIBLIOTECAS E INFORMAÇÃO

E79a Esteves, Guilherme Mesquita .
Análise juseconômica da lei geral de proteção de dados pessoais sob a
ótica da eficiência na promoção de autodeterminação informativa.
[manuscrito] / Guilherme Mesquita Esteves. - 2020.
226 f.: il.: color., tab..

Orientador: Prof. Dr. Roberto Henrique Pôrto Nogueira.
Dissertação (Mestrado Acadêmico). Universidade Federal de Ouro
Preto. Departamento de Direito. Programa de Direito.
Área de Concentração: Novos Direitos, Novos Sujeitos.

1. Proteção de dados - Lei 13.709/2018. 2. Eficiência (Direito). 3.
Kaldor-Hicks, efeito de. 4. Direito - Microeconomia. 5. Direito à
privacidade . I. Nogueira, Roberto Henrique Pôrto. II. Universidade
Federal de Ouro Preto. III. Título.

CDU 34:33

Bibliotecário(a) Responsável: Maristela Sanches Lima Mesquita - CRB: 1716



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
REITORIA
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO



FOLHA DE APROVAÇÃO

Guilherme Mesquita Estêves
ANÁLISE JUSECONÔMICA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS SOB A ÓTICA DA EFICIÊNCIA NA PROMOÇÃO DE AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

Membros da banca:

Prof. Roberto Henrique Pôrto Nogueira - Doutor - UFOP
Profª. Iara Antunes de Souza - Doutora - UFOP
Prof. Felipe Comarela Milanez - Doutor - UFOP
Prof. Henrique Avelino Rodrigues de Paula Lana - Doutor - Centro Universitário UNA e PUC Minas

Versão final. Aprovado em 24 de abril de 2020

De acordo.

Professor (a) Orientador (a):
Prof. Dr. Roberto Henrique Pôrto Nogueira



Documento assinado eletronicamente por **Roberto Henrique Porto Nogueira, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 11/05/2020, às 09:52, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0053463** e o código CRC **58935B36**.

Referência: Caso responda este documento, indicar expressamente o Processo nº 23109.003648/2020-87

SEI nº 0053463

R. Diogo de Vasconcelos, 122. - Bairro Pilar Ouro Preto/MG, CEP 35400-000
Telefone: 3135591545 - www.ufop.br

“Liberdade – aposto – ainda é só alegria de um pobre caminhozinho, no vão dos ferros de grandes prisões.” (Grande Sertão: Veredas)

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, pelo apoio e camaradagem de sempre.

Agradeço ao meu orientador e amigo Roberto Pôrto pela exemplar orientação, pelos sábios conselhos e por ser uma fonte de inspiração no meio acadêmico.

Agradeço ao grupo de estudos NDP-CEBID, na pessoa da professora Lara Antunes, pelas interessantes discussões e pelo riquíssimo aprendizado dos últimos dois anos.

RESUMO

O Brasil integrou-se aos países que possuem legislação específica para a proteção de dados pessoais com a publicação da Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Essa lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais em todos os meios, e tem como objetivo expresso a proteção dos direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e de livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. A proteção da privacidade convola-se no direito à privacidade e, na era da informação, emerge com uma nova roupagem voltada à tutela da esfera íntima da pessoa através da proteção dos dados pessoais que lhes dizem respeito; trata-se do direito à autodeterminação informativa, que concede à pessoa o controle sobre suas informações. O problema de pesquisa consiste em mapear os dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais a fim de aferir, sob o critério de análise pautado na eficiência, se são aptos a implicar na promoção da autodeterminação informativa dos titulares de dados ou, em caso de não promoção, compensá-los por eventuais perdas dessa autodeterminação. A pesquisa propõe a apreciação da normativa sob a ótica da Análise Econômica do Direito, com utilização do ferramental teórico proporcionado por essa disciplina para avaliar seus dispositivos quanto à eficiência na promoção da autodeterminação informativa dos titulares de dados. Verificou-se, com base no critério de eficiência proposto, ser possível aferir que a maior parte dos dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais conta com grau significativo de eficiência na promoção de autodeterminação informativa, o que proporciona um ambiente de tratamento de dados mais seguro para a privacidade dos titulares de dados. Através do método jurídico-descritivo no que concerne aos institutos da privacidade e da Análise Econômica do Direito e jurídico-analítico quanto à submissão dos dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais ao critério de análise construído, foi possível concluir com o apontamento de quais dispositivos legais mostraram-se eficientes ou ineficientes.

Palavras-chaves: Lei 13.709/2018. Eficiência. Kaldor-Hicks. Análise Econômica do Direito. Autodeterminação informativa.

ABSTRACT

Brazil has joined countries with specific personal data protection legislation with the publication of Law 13.709, of August 14, 2018, called Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. This law deals with the processing of personal data by all means, and its express purpose is to protect the fundamental rights of freedom, privacy and free development of the personality of the person. The protection of privacy is convoluted in the right to privacy and, in the information age, emerges with a new guise aimed at protecting the intimate sphere of the person through the protection of personal data concerning them; This is the right to informational self-determination, which gives the person control over their information. The research problem consists in mapping the rules of Law 13.709/2018 in order to assess, under the analysis criteria based on efficiency, whether they are able to imply the promotion of informational self-determination by subjects or, in case of non-promotion, compensate them for any losses of that self-determination. The research proposes the appreciation of such law from the perspective of the Law and Economics school, using the theoretical tool provided by this discipline to evaluate its devices regarding the informative self-determination of the data subjects. Based on the proposed efficiency criterion, it was possible to infer that Law 13.709/2018 is, in general, an efficient standard, as it creates a more secure data processing environment for the privacy of data subjects. Through the legal-descriptive method regarding the institutes of privacy and the discipline of Law and Economics, and legal-analytical method regarding the submission of the rules of Law 13.709/2018 to the constructed analysis criterion, it was possible to conclude with the appointment of which legal provisions proved to be efficient or inefficient.

Keywords: Law 13.709/2018. Efficiency. Kaldor-Hicks. Law and Economics. Informational self-determination.

LISTA DE FIGURA

Figura 1 – Precisão das previsões para atributos dicotômicos revelados no estudo.....	83
----------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Vocabulário analítico para a definição do conceito de dados pessoais.....	78
Tabela 2 – Critério de análise da normativa.....	103
Tabela 3 – Aplicação do critério de análise ao artigo 1º da LGPD.....	107
Tabela 4 – Aplicação do critério de análise ao artigo 2º da LGPD.....	114
Tabela 5 – Aplicação do critério de análise ao artigo 3º da LGPD.....	116
Tabela 6 – Aplicação do critério de análise à disposição do artigo 3º da LGPD sobre dados coletados em território nacional.....	117
Tabela 7 – Aplicação do critério de análise ao artigo 4º da LGPD.....	120
Tabela 8 – Aplicação do critério de análise ao tratamento de dados realizado para fins exclusivamente jornalísticos previsto no artigo 4º da LGPD.	122
Tabela 9 – Aplicação do critério de análise à norma de não aplicação da LGPD ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivamente acadêmicos.....	124
Tabela 10 – Aplicação do critério de análise à norma de não incidência da LGPD ao tratamento de dados realizado para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais.....	127
Tabela 11 – Aplicação do critério de análise à não incidência da LGPD aos dados provenientes de fora do território nacional.....	128
Tabela 12 – Aplicação do critério de análise ao artigo 6º da LGPD.....	135
Tabela 13 – Aplicação do critério de análise ao artigo 7º da LGPD.....	142
Tabela 14 – Aplicação do critério de análise ao artigo 8º da LGPD.....	149
Tabela 15 – Aplicação do critério de análise ao artigo 9º da LGPD.....	151
Tabela 16 – Aplicação do critério de análise ao artigo 4º da LGPD.....	154
Tabela 17 – Aplicação do critério de análise ao artigo 11 da LGPD.....	159
Tabela 18 – Aplicação do critério de análise ao artigo 14 da LGPD.....	162
Tabela 19 – Aplicação do critério de análise aos artigos 15 e 16 da LGPD.....	165
Tabela 20 – Aplicação do critério de análise ao artigo 17 da LGPD.....	168
Tabela 21 – Aplicação do critério de análise aos artigos 18, 19, 20, 21 e 22 da LGPD.....	175

Tabela 22 – Aplicação do critério de análise aos artigos 23 a 32 da LGPD.....	179
Tabela 23 – Aplicação do critério de análise aos artigos 33 a 36 da LGPD.....	182
Tabela 24 – Aplicação do critério de análise aos artigos 37 a 41 da LGPD.....	185
Tabela 25 – Aplicação do critério de análise aos artigos 46 e 47 da LGPD.....	187
Tabela 26 – Aplicação do critério de análise ao artigo 48 da LGPD.....	188
Tabela 27 – Aplicação do critério de análise aos artigos 52 a 54 da LGPD.....	193
Tabela 28 – Resultado da aplicação do critério de análise aos dispositivos da LGPD.....	199

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	16
2.1	Incursão nas origens da Análise Econômica do Direito – um breve histórico.....	16
2.2	Fundamentos e pressupostos teóricos da Análise Econômica do Direito.....	20
2.3	Mensuração da eficiência – os critérios de Pareto e Kaldor-Hicks	30
2.4	Ilustração do raciocínio juseconômico (ou a falta dele) através de decisões judiciais no Brasil – análise de três precedentes de tribunais superiores.....	35
2.4.1	Análise econômica da função social dos contratos – o Recurso Especial nº 1163283/RS.....	36
2.4.2	Análise econômica da teoria do adimplemento substancial do contrato – O Recurso Especial nº 1200105/AM.....	41
2.4.3	Análise econômica da penhora do bem de família do fiador – o Recurso Extraordinário nº 407688-8/SP.....	44
2.5	Análise consequencialista da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.....	47
3	O DIREITO À PRIVACIDADE ONTEM E HOJE.....	58
3.1	Questões terminológicas – privacidade e intimidade.....	58
3.2	Evolução do direito à privacidade.....	62
3.2.1	O direito à privacidade na Constituição Federal de 1988.....	65
3.2.2	O direito à privacidade no Código Civil Brasileiro.....	68
3.3	O direito à privacidade na sociedade da informação – os contornos da autodeterminação informativa.....	71
3.4	A proteção de dados pessoais na sociedade da informação.....	77
3.4.1	Espécies de dados pessoais.....	81
3.4.2	Big data – Benefícios de sua utilização e riscos à privacidade.....	86
3.5	A proteção de dados pessoais antes da Lei Geral de Proteção de Dados.....	96

4	A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS SOB A PERSPECTIVA DO CRITÉRIO DE ANÁLISE PARA AFERIÇÃO DE EFICIÊNCIA NA PROMOÇÃO DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA.....	102
4.1	Disposições preliminares.....	104
4.1.1	Objetivo da lei.....	104
4.1.2	Fundamentos da disciplina da proteção de dados pessoais.....	107
4.1.3	Aplicabilidade da lei e exceções.....	114
4.1.4	Princípios norteadores das atividades de tratamento de dados pessoais	128
4.2	Do tratamento de dados pessoais.....	136
4.2.1	Hipóteses de tratamento de dados pessoais.....	136
4.2.2	A função e os limites do consentimento.....	143
4.2.3	O acesso do titular às informações sobre o tratamento de seus dados	149
4.2.4	O legítimo interesse do controlador.....	151
4.2.5	O tratamento de dados pessoais sensíveis.....	154
4.2.6	O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes....	159
4.2.7	Do término do tratamento de dados.....	162
4.3	Dos direitos do titular.....	166
4.3.1	A titularidade de dados pessoais.....	166
4.3.2	Abordagem dos direitos do titular de dados pessoais.....	168
4.4	Do tratamento de dados pessoais pelo poder público.....	175
4.5	Da transferência internacional de dados.....	179
4.6	Dos agentes de tratamento de dados pessoais.....	182
4.7	Da segurança e das boas práticas.....	185
4.8	Das sanções administrativas e da responsabilização.....	188
5	CONCLUSÃO.....	194
	REFERÊNCIAS.....	201

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento informático continuamente experimentado desde o início do século XXI propiciou o surgimento de novas tecnologias e o aperfeiçoamento de outras já existentes. O crescimento da internet e sua ampla utilização por um grande número de pessoas, bem como o desenvolvimento de bancos de dados eletrônicos, proporciona uma mudança social que traz à tona um novo cenário de conectividade em que pode ser observado o advento de problemas no que concerne à questão da privacidade. O atual cenário tecnológico chama atenção pelo volume de dados pessoais que são diuturnamente processados e funcionam como insumo da atividade econômica em diversos setores.

A privacidade refere-se à esfera da vida da pessoa que diz respeito somente a ela, que tem o direito de deixá-la de fora do alcance de quem quer que seja, como expressão de sua personalidade. A dimensão da proteção da privacidade não é rígida e definida aprioristicamente, de forma que pode transmutar a depender do contexto em que é analisada. Tal proteção se convola no direito à privacidade, que emerge, na era da informação, com uma nova roupagem voltada à tutela da esfera íntima da pessoa com a titularidade dos dados pessoais que lhes dizem respeito; trata-se do direito à autodeterminação informativa, que concede à pessoa o controle sobre suas informações.

O Brasil integrou-se aos países que possuem legislação específica para a proteção de dados pessoais com a publicação da Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (BRASIL, 2018). Essa lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais em todos os meios, e tem como objetivo expresso a proteção dos direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e de livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.¹

Justifica-se o desenvolvimento da pesquisa o atual cenário de “sociedade de informação”, em que o direito à privacidade se torna um instrumento fundamental

¹Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (BRASIL, 2018).

contra a discriminação e a taxação: na sociedade atual, em que “nós somos as informações” (RODOTÀ, 2008), a possibilidade de controlar a circulação de dados e saber quem os trata, em que medida e com qual finalidade indica os contornos da autodeterminação informativa.

Parte-se do pressuposto de que a Análise Econômica do Direito oferece ferramental teórico adequado para aferir a eficiência na busca de um fim predeterminado. *In casu*, esse fim é a promoção de autodeterminação informativa, em que a pessoa tem controle sobre seus dados. A Análise Econômica do Direito conta com perspectivas próprias da microeconomia que podem ser utilizadas para a interpretação de normas jurídicas, enquanto a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais dedica-se à proteção dos direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. A interpretação da referida lei sob a ótica consequencialista da Análise Econômica do Direito pode elucidar uma miríade de perspectivas no que tange à ideia de eficiência quanto aos fins propostos pela própria lei.

A avaliação de dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais sob a ótica de um critério de análise pautado na eficiência permite a revisitação do tradicional instituto da privacidade para dar-lhe roupagem condizente com a nova realidade tecnológica a fim de reconhecer a autonomia de sujeitos no que se refere ao controle sobre seus dados pessoais.

O problema de pesquisa consiste em saber quais dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, quando submetidos a um critério de análise pautado na eficiência, têm potencial, em abstrato, de implicar a promoção da autodeterminação informativa dos titulares de dados ou, em caso de não promoção, compensá-los por eventuais perdas dessa autodeterminação. A eficiência, *in casu*, não é a meramente econômica, mas sim a eficiência potencial para atingir os fins estatuídos pela própria norma.

O objetivo geral do trabalho é a apreciação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais sob a ótica da Análise Econômica do Direito, com utilização do ferramental teórico proporcionado por essa disciplina para avaliar os dispositivos da normativa quanto à promoção da autodeterminação informativa dos titulares de dados.

Os objetivos específicos são a apresentação da Análise Econômica do Direito e de seu instrumental teórico, com utilização dele para a realização de uma análise consequencialista da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais; o traçado de um panorama do direito à privacidade na literatura jurídica, desde o seu surgimento até a atualidade, contextualizando-o na sociedade da informação como o direito à autodeterminação informativa; a submissão dos dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais relacionados à autodeterminação informativa a um critério de análise construído a partir do ferramental teórico da Análise Econômica do Direito que busca os avaliar como eficientes ou ineficientes, levando em conta para tanto a promoção da autodeterminação informativa dos titulares de dados e a possibilidade de compensação em caso de não promoção dessa medida.

A metodologia da pesquisa é jurídico-descritiva no que concerne ao instituto da privacidade e da Análise Econômica do Direito e jurídico-analítica quanto à submissão dos dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais ao critério de análise construído.

O marco teórico eleito no que tange à privacidade e à proteção de dados pessoais é a ideia de que a privacidade evoluiu de um “direito de ser deixado só” para o direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada pela pessoa, a fim de evitar discriminação e em favor da liberdade e da igualdade, proposta por Stefano Rodotà. Para Rodotà (2008), na sociedade da informação, pode-se dizer que as pessoas são suas informações, pois essas as definem, classificam e etiquetam; portanto, ter como controlar a circulação das informações e saber quem as usa significa adquirir, concretamente, um poder sobre si mesmo (RODOTÀ, 2008). Na tutela da privacidade, portanto, Rodotà enfatiza a necessidade de eliminar ou de reduzir a ingerência de sujeitos externos na esfera privada das pessoas, culminando na possibilidade de desenvolvimento livre da própria personalidade. A Análise Econômica do Direito atuará como marco teórico para a realização de análise consequencialista da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, além de servir como componente na construção do marco teórico próprio, denominado “critério de análise”, juntamente à ideia de autodeterminação informativa de Rodotà. O critério

de análise será utilizado para apreciação dos dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e seu julgamento como eficientes ou ineficientes.

São premissas do trabalho que a Análise Econômica do Direito possui instrumentos adequados para a avaliação de eficiência normativa, além de que o legislador da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais busca a proteção de dados pessoais e da autodeterminação informativa da pessoa. Passa-se, então, à sugestão de modelos interpretativos próprios da Economia a fim de verificar a eficiência dessa proteção. A medida da eficiência será balizada segundo o critério de análise construído a partir da autodeterminação informativa e do critério de eficiência proposto por Nicholas Kaldor e John Hicks, levando-se em conta aspectos como a compensação social e a maximização da riqueza.

2 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O presente capítulo tem como finalidade a apresentação da disciplina da Análise Econômica do Direito, com incursão em suas origens, fundamentos, pressupostos teóricos e critérios de eficiência. Ademais, serão analisadas, a título ilustrativo, decisões judiciais de tribunais pátrios que permitem a verificação do raciocínio juseconômico, ou a falta dele, na prática jurisprudencial.

Será realizada, ainda, a aplicação dos instrumentos da Análise Econômica do Direito, como critérios de eficiência e análise consequencialista, para a apreciação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) de forma geral, com a ressalva de que a aplicação de forma pormenorizada dos dispositivos da LGPD será realizada no Capítulo 4.

2.1 Incursão nas origens da Análise Econômica do Direito – um breve histórico

A utilização de conceitos próprios das ciências econômicas para melhor compreensão do direito remonta a Maquiavel, Hobbes e Locke, bem como a filósofos escoceses do Século das Luzes (MACKAAY, 2000, p. 8). Contudo, a escola da Análise Econômica do Direito como é conhecida atualmente pode ser vinculada ao movimento denominado realismo jurídico, que floresceu no período entreguerras e cujos seguidores consideravam a Ciência Econômica e a Sociologia como essencialmente integrantes do Direito, e não apenas como disciplinas conexas (GILMORE, 1977, p. 87). A teoria do realismo jurídico, desenvolvida nos Estados Unidos e nos países escandinavos,

Expressava uma “reação cética perante as normas jurídicas”. Esta escola jurídica representou “uma reação ao formalismo perante as normas e os conceitos jurídicos”, que influenciou o direito continental europeu, em que se atribuía aos sistemas codificados e às normas que os constituem, “uma série de propriedades formais que nem sempre eles têm: precisão, univocidade, coerência, completude etc”. O ideal de certeza na interpretação jurídica e do legislador racional é posta em cheque pelos realistas, em razão do caráter subjetivo na interpretação da linguagem, que é imprecisa. Assim, para os realistas, é preciso trazer o direito para a realidade concreta e construir uma ciência do direito que descreva a realidade com proposições

verificáveis em termos empíricos; ou seja, enxergar o direito a partir do que é decidido pelos tribunais. (NINO, 2010, p. 51).

Na Universidade de Chicago a disciplina denominada *Law and Economics* se dissemina. A partir do ano de 1958 é publicada a revista intitulada *Journal of Law and Economics*, tornando-se o veículo de difusão de ideias dos economistas na área do Direito (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 9). Foi com a publicação dos artigos “*The problem of social cost*” e “*Some thoughts on risk distribution and the law of torts*” de Ronald Coase e Guido Calabresi, respectivamente, que a Análise Econômica do Direito passou a gozar de maior prestígio, contribuindo para sua difusão entre estudiosos da Economia.

Vencido o período de lançamento da ideia entre os economistas, a disciplina da Análise Econômica do Direito passa paulatinamente a ser aceita no universo jurídico. Em 1972 o professor de Direito Richard Posner publica a obra intitulada “*Economic analysis of law*”, que aborda a disciplina de modo acessível aos estudantes e professores de Direito. Para Posner (2007), a Análise Econômica do Direito superou o realismo jurídico e todas as outras disciplinas jurídicas no meio acadêmico, sendo provavelmente o maior avanço dos últimos duzentos anos em termos de conteúdo curricular. A Análise Econômica do Direito expandiu-se entre as universidades americanas e passou a ser incorporada no currículo de muitas delas, sendo vista como fonte de renovação da teoria do Direito (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 9). O valor das ferramentas econômicas para o Direito passa a ser reconhecido fora do meio acadêmico, em tribunais e na concepção de políticas públicas.

A difusão da Análise Econômica do Direito despertou dentre os estudiosos da matéria questões sobre sua natureza. Seria, efetivamente, uma nova teoria do Direito? A dogmática dominante à época restou abalada. Os debates permeavam as searas filosófica, econômica e jurídica, o que promoveu um influxo de pesquisadores e serviu, por conseguinte, para o surgimento de outras escolas de pensamento a respeito da Análise Econômica do Direito:

Havia a corrente principal, ou Escola de Chicago, os institucionalistas e os neoinstitucionalistas, a Escola Austríaca, assim como a Escola

ligada às normas sociais (associada especialmente a Ellickson e Eric Posner), as filiadas à Behavioral Law and Economics (direito e econômica comportamental). A pluralidade de escolas (ou linhas de pensamento) deveria ter levado à fragmentação e, ao final, ao desaparecimento do movimento. (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 13).

A derrocada da disciplina prevista por alguns, contudo, não ocorreu. Ao revés, tais previsões serviram de combustível para o fortalecimento de suas bases pela refutação dos ataques. Difundiram-se nos escritos sobre Direito e Economia os termos B.C e A.C, que se referem à *Before Coase* e *After Coase*, respectivamente, tamanho o impacto da publicação de “*The problem of social cost*”, que acabou se tornando o artigo mais citado na literatura especializada do tema, quiçá de toda a literatura de Economia (STIGLER, 1992, p. 3). A compreensão da microeconomia e do funcionamento das instituições e dos processos jurídicos deve-se especialmente aos estudos de Coase sobre a natureza da firma e os custos de transação, tendo postulado que a garantia da propriedade privada, a livre iniciativa e a liberdade de contratar são componentes essenciais do livre mercado. Por sua vez, foi Gary Becker o primeiro a propor a aplicação de princípios econômicos a questões envolvendo crime, discriminação racial e vida familiar (GELTER; GRECHENIG, 2014).

Os estudos da Análise Econômica do Direito aportaram tardiamente e com ressalvas na Europa, devido, principalmente, a questões institucionais e metodológicas dentro das universidades pela adoção de sistema jurídico diverso do *common law*. Ademais, a visão tradicional da separação dos poderes predominante no Direito europeu implica que o juiz deve somente “interpretar” a lei, deixando argumentos relacionados à adoção de políticas públicas fora de seu campo de atuação (GELTER; GRECHENIG, 2014). A doutrina legal europeia, de tradição *civil law*, estava mais ligada à filosofia deontológica do que a cultura então predominante nas faculdades de direito americanas, o que dificultou a absorção do conteúdo pelos juristas. Ainda assim, a influência da Análise Econômica do Direito continuou crescendo na Europa na medida em que se disseminava nos centros acadêmicos e nas próprias cortes de justiça, com paulatina adoção de argumentos econômicos

consequencialistas e empíricos como fundamentação de decisões (DEPOORTER; DEMOT, 2011).

Atualmente a Análise Econômica do Direito incorporou parte das críticas a ela direcionadas ao longo das últimas décadas. Novas epistemologias têm sugerido uma superação dos paradigmas da eficiência e da escolha racional, em especial a análise comportamental e experimental do Direito. Outro movimento de crescente importância e difusão é o de estudos jurídicos empíricos (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2000), que se conecta de várias formas com a Análise Econômica do Direito e, em última instância, acaba ampliando o escopo da disciplina.

No Brasil, a Análise Econômica do Direito é pouco difundida. As possíveis razões para tanto são elencadas em revisão bibliográfica por Pargendler e Salama (2015): a alegada singularidade da ideologia americana, atitudes divergentes em relação a ciência e a prática jurídicas no universo do *civil law*, a falta de habilidades em matemática e economia dos estudantes dos países de *civil law*, as barreiras linguísticas, o poder comparativamente maior dos tribunais estadunidenses, os diferentes incentivos dados aos professores de Direito, o grau de protecionismo dos profissionais do Direito, a má interpretação sobre o estudo comparativo, diferenças culturais e, por fim, a influência marxista nas faculdades de Economia.

Apesar das razões mencionadas, o estudo de perspectivas econômicas no Direito vem ganhando relevância, principalmente através de decisões dos tribunais e cortes superiores que utilizam de argumentos típicos da Economia na concatenação de decisões, demonstrando crescente preocupação com fatores como incentivos, consequências e análise de custo-benefício.

A recorrente demanda à lógica da Análise Econômica do Direito nas decisões das cortes no Brasil não se dá por simples imitação da tendência encabeçada pelos Estados Unidos e já bastante difundida na Europa. Trata-se da profunda transformação iniciada nas últimas décadas na forma de operação do sistema legal brasileiro, em que as cortes assumem papel central na implementação de políticas públicas (PARGENDLER; SALAMA, 2015), fenômeno que ficou conhecido como ativismo judicial. A partir de 1988, o Poder Judiciário deslocou-se da periferia para o centro do poder no Brasil, assumindo o STF o papel de árbitro dos grandes conflitos institucionais e políticos do país. Cunhou-se, inclusive, o termo “Supremocracia”

(VIEIRA, 2018). Diante do protagonismo assumido pela suprema corte na criação e na correção de políticas públicas e de leis oriundas dos Poderes Executivo e Legislativo, os juízes se veem não raras vezes obrigados a fundamentar suas decisões com fulcro em conhecimentos oriundos de ciências sociais como a Economia, mais especificamente através de instrumentos microeconômicos, antevendo as consequências dos regimes jurídicos propostos para atendimento de seus fins. Nessa toada, a formulação e a implementação de políticas públicas cria a necessidade de adaptação dos instrumentos legais e das soluções aos objetivos normativos propostos (PARGENDLER; SALAMA, 2015), situação em que entra em cena a Análise Econômica do Direito.

A utilização da Análise Econômica do Direito e de seu arcabouço teórico em decisões nos tribunais pátrios reforça seu propósito instrumental na solução de questões envolvendo escassez. A racionalidade econômica, portanto, parece seguir no Brasil uma ordem *top-down*, de cima para baixo, pois emerge com frequência em acórdãos judiciais e desperta, por consequência, o interesse por estudos dessa área na academia, tanto em termos de pesquisa quanto de ensino. Confirmado o sucesso da disciplina nos Estados Unidos por sua difusão e prestígio, sugere-se que a Análise Econômica do Direito possui um futuro promissor em países de sistema jurídico *civil law* como o Brasil, isso devido às possibilidades instrumentais que disponibiliza para juristas na interpretação e aplicação de leis e regimes jurídicos.

2.2 Fundamentos e pressupostos teóricos da Análise Econômica do Direito

A disciplina Análise Econômica do Direito é essencialmente instrumental: ela se presta a iluminar questões jurídicas e a apontar implicações e consequências das escolhas normativas. Não se considera nesse trabalho a possibilidade, não raras vezes alardeada no meio acadêmico, de que a disciplina seja uma panaceia apta a solucionar aprioristicamente quaisquer problemas jurídicos que se possa imaginar. Conforme observado por Calabresi (1963, p. 363), “a hipótese de que o Direito e Economia possa dar as respostas definitivas para os dilemas normativos é ridícula”.

Para que a compreensão do fenômeno jurídico se dê de forma plena e para que seus supostos critérios de justiça sejam operacionalizáveis, são necessárias

não apenas justificativas teóricas para a aferição de adequação abstrata entre meios e fins, mas teorias superiores à mera intuição que auxiliem juízos decisórios, permitindo, em algum grau, a avaliação mais acurada das consequências prováveis de uma decisão jurídica ou de alguma política pública dentro do contexto legal, político, social, econômico e institucional em que será implementada:

Isso quer dizer que é comum que a solução eficiente seja também justa, se bem que nem sempre ocorra dessa forma. Dessa ideia decorre outra: a análise dos incentivos postos pela legislação é onde começa a discussão do justo; não onde ela acaba. A questão não é substituir a discussão da justiça pela discussão da eficiência, mas sim enriquecer a gramática jurídica integrando a discussão da eficiência da discussão do justo. (SALAMA, 2008, p. 22).

A junção dos valores justiça e eficiência dão azo, portanto, a novas perspectivas e interlocuções entre o Direito e a Economia.²

A Análise Econômica do Direito elige-se sobre a racionalidade individual e o individualismo metodológico. Pressupõe-se a necessidade de se fazerem escolhas, dado que não se vive num estado de abundância paradisíaca, e sim em um cenário de escassez de recursos. Tais escolhas são levadas a cabo por indivíduos que vivem em sociedade, culminando na ideia de que todo fenômeno coletivo deve ser explicado a partir de comportamentos de indivíduos que interagem com outros indivíduos.

O “bem-estar da sociedade” deve ser compreendido em função do de seus membros. As escolhas coletivas da sociedade devem ser analisadas como resultantes da composição de escolhas individuais. O “Estado”, o “governo”, o “povo” ou o “sindicato” não pensam, não decidem eles mesmos, mas indivíduos agem em seu nome, respeitando, imagina-se, os critérios de decisão aplicáveis e outras restrições. É o que se denomina de princípio do individualismo metodológico. (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 41).

O oposto do individualismo metodológico é a concepção que admite que fenômenos coletivos possam ter vida autônoma e determinar comportamentos

²Hayek (1973, p.4) pontua que “embora o problema de se buscar uma ordem social apropriada seja estudado sob os ângulos da economia, do direito, da ciência política, da sociologia e da ética, tal problema somente pode ser tratado adequadamente como um todo. [...] Em nenhum campo a divisão entre especialidades é mais destrutiva do que entre as duas mais antigas destas disciplinas, a economia e o direito”.

individuais (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015). Alguns sociólogos, por exemplo, “fazem do *Homo sociologicus* um ser movido por forças exteriores [...]” (BOUDON, 1977, p. 12), culminando na ideia de que as ações seriam, na verdade, respostas determinadas por “estruturas sociais”.

O individualismo metodológico sustenta que qualquer explicação adequada sobre o mundo social deve estar baseada no indivíduo – em seus objetivos, suas concepções, suas ações, suas escolhas, isto é, em seu comportamento real – e não sobre instituições sociais ou padrões regulares de interação, simbolizados por categorias coletivas e abstratas tais como as classes, o Estado, partidos e sindicatos. Os fenômenos macrossociais sempre podem ser reduzidos às microrrelações individuais (CODATO, 2012). O indivíduo é, portanto, a “unidade elementar da vida social” (ELSTER, 1989, p. 29).

A indagação a seguir pode iluminar a compreensão da Análise Econômica do Direito: como o comportamento dos indivíduos é afetado pelas normas legais? Com a disciplina, as consequências de decisões judiciais e atos normativos são retiradas da periferia e trazidas ao centro do debate. Tal deslocamento é possibilitado pelos métodos da teoria microeconômica, em que os agentes econômicos comparam custos e benefícios sob o crivo de suas preferências e das informações disponíveis no momento de avaliação e de tomadas de decisões.

Na Análise Econômica do Direito, os instrumentos teóricos e empíricos da Economia são utilizados no campo do Direito a fim de analisar a aplicação, interpretação e consequências de fenômenos jurídicos. Há, contudo, diferença de escopo entre as duas disciplinas:

Enquanto a eficiência se constitui no problema fundamental dos economistas, a justiça é o tema que norteia os professores de Direito. (...) é profunda a diferença entre uma disciplina que procura explicar a vida econômica (e, de fato, toda ação racional) e outra que pretende alcançar a justiça como elemento regulador de todos os aspectos da conduta humana. Essa diferença significa, basicamente, que o economista e o advogado vivem em mundos diferentes e falam diferentes línguas. (STIGLER, 1992, p. 463).

Apesar da divergência apontada por Stigler, a aplicação da noção de eficiência às normas legais ou decisões judiciais é útil no sentido de possibilitar a

avaliação quanto à adequação para alcançar fins propostos diante da realidade de escassez de recursos, o que impacta, em última análise, toda a sociedade. Por enfatizar as consequências de um determinado fenômeno jurídico, a Análise Econômica do Direito é considerada como pertencente ao campo da ética consequencialista (SCHÄFER; OTT, 2004).

A disciplina assume uma postura instrumental de priorizar a análise de possíveis soluções que possam promover a eficiente alocação de riquezas com o menor custo possível, levando em consideração consequências previsíveis a fim de resolver problemas jurídicos.³

A Análise Econômica do Direito revela-se especialmente útil ao meio jurídico por fornecer uma teoria sobre o comportamento humano, fator do qual carecem outros modelos como os positivistas, jusnaturalistas e pós-positivistas ou neoconstitucionalistas (CARDOSO, 2015). Para Gico Jr. (2010, p.8), a Análise Econômica do Direito conta com “um instrumental teórico maduro que auxilia a compreensão dos fatos sociais e, principalmente, como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos”. Uma análise consequencialista do Direito tem por objetivo o alcance de soluções eficientes na interpretação do Direito, “de modo que a aplicação das regras jurídicas esteja voltada para a máxima satisfação ou bem-estar (utilidade) dos agentes ou indivíduos, gerando o menor custo na alocação de riquezas (CARDOSO, 2015, p. 298).

³Pode-se afirmar, em linhas gerais, que a proposta metodológica da Análise Econômica do Direito consiste na utilização dos instrumentos analíticos e empíricos da economia, sobretudo os postulados da microeconomia e da economia do bem-estar social, para compreender e descrever o fenômeno jurídico (descritivo ou positivo) sobre o comportamento humano e o reflexo da norma sobre a estrutura de incentivos de pessoas e grupos. No sentido prescritivo (normativo), a AED fornece também elementos para o aperfeiçoamento do direito e das políticas públicas, “ao assinalar as consequências involuntárias ou indesejáveis das leis vigentes ou dos projetos de lei e propor reformas práticas” (POSNER apud GICO JR., 2010, p.22); ou seja, a “AED normativa nos auxiliará escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente” (GICO JR., 2010, p. 21) para o aprimoramento das normas jurídicas. Os aspectos metodológicos da AED se baseiam em alguns pressupostos extraídos da economia: 1) os recursos da sociedade são escassos; 2) toda escolha pressupõe um custo (*trade off*) ou custo de oportunidade; 3) A conduta dos agentes econômicos é racional maximizadora, envolvendo ponderação de custos e benefícios na hora de tomar decisões que propiciem mais bem-estar; 4) por conseguinte, pessoas respondem a incentivos (todo o direito é construído sobre a premissa implícita de que as pessoas responderão a incentivos); 5) mercado: contextos sociais onde a interação entre agentes é livre para realizar trocas por meio de barganhas; 6) equilíbrio; 7) Eficiência a partir da teoria do ótimo de Pareto: significa que “não existe nenhuma outra alocação de recursos tal que eu consiga melhorar a situação de alguém sem piorar a situação de outrem.” (GICO JR., 2010, p. 23).

Vislumbram-se os direitos em seu caráter instrumental, voltados para a consecução de uma solução eficiente a partir de uma visão neutra no que tange aos valores morais e aos critérios de justiça. Para Posner (2010, p. 11), a análise econômica oferece “um ponto de vista imparcial sobre temas jurídicos politicamente controversos”, propondo soluções que favoreçam apenas a eficiência. O direito é “visto como instrumento que auxiliará os mercados, facilitando suas operações, no sentido de produzir resultados mais eficientes nas transações”, cabendo ao jurista sempre se questionar, na resolução dos casos concretos, “qual o resultado que o livre mercado produziria” (RIEFFEL, 2006, p. 12), gerando o menor custo de transação.⁴

Sob a perspectiva econômica, o escopo “tradicional” do Direito dinamiza-se:

Ao invés de ver tradicionalmente o direito apenas em seu papel de provedor de justiça, a abordagem econômica do direito permitirá ao jurista ver as leis como incentivos para mudar o comportamento – isto é, como preços implícitos – e como instrumentos para atingir objetivos de políticas públicas (eficiência e distribuição). (COOTER; ULEN, 2010, p.33).⁵

Em síntese, a abordagem consequencialista para a Análise Econômica do Direito

4“Os custos de transação e o incremento de satisfação ou bem-estar dos indivíduos é medido a partir do sistema de preços. “Isto é, são computados todos os bens tangíveis e intangíveis aos quais os indivíduos dão valor, qualquer valor, traduzido em unidades monetárias. Imaginemos que os indivíduo A possui uma coleção de canetas que acredita valer R\$ 1.000,00. De outra parte, o indivíduo B crê que a coleção vale R\$ 1.100,00. Quando A decide vender sua coleção de canetas para B por R\$ 1.000,00, a sociedade experimenta um incremento de bem-estar. Esse incremento de bem-estar é não-pecuniário, e representa o ganho interior de B ao adquirir o conjunto de bens por preço inferior ao que estava disposto a pagar. Economistas denominam o ‘preço que B estava disposto a pagar’ preço de reserva, e o ganho realizado de excedente”. (GOLDBERG, 2007, p. 51).

5Como assinalam os autores na sua obra *Direito & Economia*: “este livro rejeita a abordagem redistributiva do Direito Privado. Perseguir objetivos redistributivos constitui um uso excepcional do direito privado que circunstâncias especiais poderão justificar, mas esse não deveria ser o uso comum do direito privado. A razão é a seguinte: como o restante da população, os economistas geralmente concordam a respeito dos meios redistributivos. Evitando o desperdício, a redistribuição eficiente beneficia todo mundo em comparação com a redistribuição ineficiente. Dessa forma, a redistribuição eficiente também aumenta o apoio à redistribuição [...] Muitos economistas creem que a tributação progressiva e programas de assistência social – o ‘sistema de tributação’ e ‘transferência’, como geralmente é chamado – pode atingir objetivos de redistribuição em estados modernos de maneira mais eficiente do que aquilo que pode ser feito modificando ou rearranjando direitos jurídicos privados. Há diversas razões pelas quais rearranjar direitos jurídicos privados se assemelha a dar o sorvete a um corredor lento”. (COOTER; ULEN, 2010, p. 31).

Consiste em descrever e explicar o fenômeno jurídico sob a perspectiva instrumental para que as soluções apresentadas estejam voltadas para a busca da eficiência econômica por meio de uma análise de custo e benefício, não sendo importante avaliar questões éticas e morais que possivelmente estejam relacionadas aos problemas jurídicos. A obtenção da eficiência econômica propiciará soluções mais úteis socialmente, na medida que “é melhor atingir qualquer política dado a um custo menor do que a um custo mais alto”. (COOTER; ULEN apud CARDOSO, 2015, p.21).

Outra noção importante para a Análise Econômica do Direito é a de escassez. Caso os recursos fossem infinitos não haveria o problema de se ter que equacionar sua alocação, de forma que todos poderiam ter tudo o que quisessem e nas quantidades que quisessem (SALAMA, 2008). A escassez de um bem se dá em razão dos usos que pra ele se possam imaginar, sendo assim subjetiva: não é a toa que “o comércio e as trocas em uma sociedade são baseados na ideia de que, para o adquirente, a coisa comprada é mais rara do que para o vendedor. As duas partes não valorizam o bem da mesma forma” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 28), razão pela qual ambas têm interesse na transação. A escassez evidencia-se quando não há quantidade suficiente de uma coisa para que todos os que a desejem possam obtê-la à vontade: é preciso escolher entre diferentes usos.

A escassez de um determinado bem não se dá de forma absoluta, mas em relação às preferências daqueles que delas fazem uso, tendo em vista os usos que conhecem ou imaginam. Ainda, “tomando consciência da escassez de uma coisa, perdemos de alguma forma nossa ingenuidade em relação a ela” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 28):

A escassez força os indivíduos a realizarem escolhas e a incorrerem em *trade-offs*. Os *trade-offs* são, na verdade, “sacrifícios”: para se ter qualquer coisa é preciso abrir mão de alguma outra coisa – nem que seja somente o tempo. Esse algo de que se abre mão é o chamado “custo de oportunidade”. Todas as escolhas têm custos de oportunidade. Isso quer dizer que nem tudo pode ser feito ou produzido; tudo tem um custo; e cada centavo gasto em uma determinada atividade é o mesmo centavo que não é gasto em todas as demais. (SALAMA, 2008, p.16).

No campo jurídico, a noção de escassez costuma passar despercebida ou ser simplesmente desconsiderada quando da análise do fenômeno jurídico. Contudo,

uma de suas implicações revela algo não tão óbvio para a maioria dos pesquisadores e profissionais da área: a proteção de direitos consome recursos (SALAMA, 2008). As políticas públicas para efetivação de direitos demandam, na maioria das vezes, gasto de recursos públicos.⁶ A escassez de recursos exige a realização de escolhas, o que pressupõe preferências e que, por sua vez, pressupõe preteridos (WANG, 2008).

A escassez leva à criação de instituições para enfrentá-la. Tais instituições visam a permitir que cada um se sirva do bem escasso segundo suas necessidades, evitando o desperdício, ou adapte suas necessidades à escassez. Há, ainda, o estímulo ao espírito empreendedor a fim de descobrir novas fontes de provisionamento, ou outras formas de exploração de recursos conhecidos. “O uso ‘inconsciente’ daquilo que a natureza oferece impõe gestão consciente, acordada, mas não necessariamente planejada por uma autoridade” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 28).

A noção de escassez gera a necessidade de se fazer escolhas. A premissa comportamental implícita na microeconomia é a de que os indivíduos farão escolhas que atendam seus interesses pessoais, sejam eles quais forem, maximizando racionalmente o seu bem-estar:

Ao reagir à mudança de circunstâncias, o ser humano tenta extrair aquilo que, a seus olhos, pareça o melhor. A hipótese baseia-se no que é conhecido, nas ciências sociais, como modelo da escolha racional. Diante de um caso que precisa ser resolvido, a decisão, segundo o modelo da escolha racional, faz a pessoa inventariar os resultados desejados (valores), identificar as ações que podem ser tomadas na sua busca (opções); determinar em que medida cada ação contribui para o resultado desejado e a que custo (valorização) e adotar aquela que contribuir mais (escolha). Presumimos que os seres humanos, sem necessariamente seguir tal procedimento, tomam suas decisões como se o fizessem. (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 31).

A escolha racional ocorre de forma inconsciente, não demandando conhecimentos econômicos específicos para tanto. Trata-se de comportamento

⁶Essa discussão é comum na busca pelo “direito à saúde” em que a Administração Pública é demandada para custear tratamentos médicos ou fornecer medicamentos de alto custo, o que não raro gera tensões que culminam na invocação da reserva do possível. Em relação à escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível, eles raramente são levados em consideração em fundamentações de decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal (WANG, 2008).

humano. Relevante salientar que a hipótese é que os indivíduos se comportam como se racionais fossem e não que eles sejam efetivamente racionais (GICO JR., 2014). Esse comportamento maximizador abrange amplo espectro de ações, como a decisão de consumir esse ou aquele produto, a decisão de contratar alguém, de aceitar ou não a política de tratamento de dados pessoais de um site ou até mesmo de cometer ou não um crime:

A adoção do conceito de maximização racional indica que, na formulação de teorias, se partirá da premissa de que os indivíduos calculam para alcançarem os maiores benefícios aos menores custos. Assim, a suposição será a de que o comportamento observado de cada indivíduo refletirá a busca de seus objetivos através dos meios disponíveis. Por exemplo: consumidores maximizam seu bem-estar (ou seja, tratam de alcançar o maior bem-estar possível ao menor custo possível), empresas maximizam seus lucros, políticos maximizam seus votos, e assim por diante. (SALAMA, 2008, p. 17).

A ideia de maximização racional traça o caminho para a análise comportamental dos indivíduos, levando ao processo de decisão marginalista:

As pessoas incorrerão nos custos de desenvolver certa atividade (perda de utilidade) enquanto a unidade adicional da atividade desenvolvida trazer mais benefício (ganho de utilidade) do que custou desenvolvê-la; é o que chamamos de análise marginal. De forma mais clara, uma pessoa será racional quando continuar desenvolvendo uma atividade enquanto ela ganhar com isso. (GICO JR., 2014, p. 26).

Indivíduos realizarão atividades marginais, sejam elas quais forem, se os benefícios marginais superarem ou se igualarem aos custos marginais;⁷ para tanto,

⁷Por exemplo, uma empresa de transporte aéreo sabe que sempre existe a possibilidade de que haja acidentes aéreos. Quanto a empresa investirá para tornar seus vôos mais seguros? Como as empresas têm por objetivo maximizarem seus lucros e remunerarem seus acionistas, a resposta dependerá principalmente das seguintes variáveis: (a) dos custos para tornar os produtos e serviços mais seguros (por exemplo, os custos para treinamento de pessoal, manutenção de aviões, desenvolvimento de novas tecnologias, etc.); (b) da probabilidade de ocorrência de acidentes com cada uma das possíveis tecnologias e métodos de segurança que podem ser empregados; (c) dos danos à reputação da empresa no caso de acidentes (por exemplo, por causa da diminuição da procura por passagens aéreas após um acidente); (d) dos custos relacionados à responsabilização civil por danos causados (especialmente pagamentos de indenizações a vítimas e de multas ao governo); (e) da probabilidade de que, no caso de acidentes, haja responsabilização civil ou penal da empresa ou de seus diretores (o que dependerá, dentre outras coisas, dos requisitos legais que fixarão parâmetros para determinação da culpabilidade); e (f) dos custos para mitigar as perdas decorrentes dos acidentes caso eles ocorram. Para estimar todas essas variáveis, a empresa necessitará de informações da sua área técnica e comercial, e de seus advogados também. De posse

atribuem utilidade a cada escolha possível. Busca-se a maximização da utilidade, que não se limita a questões materiais ou financeiras: “um indivíduo pode extrair utilidade tanto do consumo de uma pizza, quanto de ver um quadro de Portinari, de realizar trabalho voluntário ou de tocar em uma banda amadora” (GICO JR., 2014, p. 26).

A noção de maximização racional é instrumental, prestando-se à formulação de hipóteses e à construção de teorias que permitam simplificar, compreender e prever a conduta humana, de forma que a Análise Econômica do Direito “não almeja provar que dentro de cada indivíduo viva um *homo economicus*”⁸ (SALAMA, 2008, p. 18). O modelo da escolha racional possibilita generalizações quanto ao comportamento humano, atribuindo-lhe previsibilidade.

Todavia, o paradigma da racionalidade não é isento de críticas. Para Simon (1977), o modelo da escolha racional é irrealista na descrição de decisões humanas pois se apoia no tratamento da informação, e os seres humanos que decidem raramente dispõem de todas as informações necessárias para valorizar todas as opções disponíveis. Não é sem razão que, na pesquisa em Análise Econômica do Direito, busca-se uma noção mais flexível de racionalidade, também chamada racionalidade limitada ou *bounded rationality*:

Mesmo que toda a informação pertinente estivesse disponível, o tomador da decisão não teria como saber disso para chegar à decisão. O espírito humano não pode fazer mais do que determinado número de coisas ao mesmo tempo, ou por vez. Deve usar esquemas simplificadores para delimitar as informações a serem consideradas na decisão. Se a informação não for levada em conta, de forma seletiva, na decisão, é preciso resignar-se com uma aproximação que substitua a exatidão na tomada da decisão. Reconhecendo que os indivíduos nem sempre irão processar as informações de forma ótima (ou não terão acesso a todas as informações pertinentes), os mesmos passam a ser vistos como “intencionalmente racionais”, ainda que limitados por aptidões cognitivas. (SIMON, 1986, p. 170).

dessas estimativas, a empresa irá investir em tornar seus produtos e serviços mais seguros até o ponto em que esses investimentos se paguem. Vale dizer: a empresa investirá em segurança até o ponto em que os custos marginais forem iguais aos benefícios marginais. No momento em que os investimentos em segurança causarem mais custos do que benefícios, a empresa deixará de investir em segurança” (SALAMA, 2008, p. 18).

⁸A expressão faz parte da gramática weberiana. Vide WEBER, Max. A ética protestante e o ‘espírito’ do capitalismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 158.

A teoria econômica não pressupõe que internamente “cada agente esteja conscientemente realizando contas o tempo todo e ponderando custos e benefícios de cada ato de suas vidas, apenas que na média eles se comportam como se estivessem” (GICO JR., 2014, p. 26). Para Salama (2008), a premissa metodológica da maximização racional é útil porque o comportamento racional é geralmente previsível, enquanto o comportamento irracional é geralmente aleatório (randômico).⁹

Apesar da fragilidade do modelo da escolha racional, ele é capaz de realizar uma aproximação válida para descrever comportamentos de grupos de pessoas postas em situações parecidas. Trata-se de modelo que, nos estudos de ciências sociais, fornece uma aproximação aceitável.¹⁰

Diante dos pressupostos teóricos abordados, a adoção da metodologia da Análise Econômica do Direito para a interpretação de uma norma jurídica como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais parece oferecer vantagens, isso porque

[...] ela é, em princípio, passível de comprovação empírica e, portanto, de falsificação. Nesse sentido, é razoável considerarmos as afirmações decorrentes de teorias econômicas empiricamente sólidas como sendo amplamente superiores aos ditos fatos intuídos com base meramente no senso comum. Enquanto proposições valorativas não podem ser provadas ou invalidadas e, portanto, não são passíveis de falsificação (apesar do que sustentam os Tópicos e sua razão prática), as consequências previstas por modelos econômicos podem ser testadas e rejeitadas ou melhoradas, caso não sejam adequadas aos fatos. (GICO JR., 2014, p. 29).

⁹David Friedman (1990) ilustra o ponto com o seguinte exemplo: imagine uma pessoa que esteja ponderando a respeito de duas decisões que deve tomar: que carro comprar, e em qual político votar. Nos dois casos, a pessoa pode melhorar sua decisão (ou seja, tornar mais provável que a decisão atinja seus interesses) investindo seu tempo e esforço no estudo das alternativas disponíveis. No caso do carro, a sua decisão determina com certeza que carro comprar. Já no caso do voto em político, a decisão sobre em qual candidato votar altera em apenas 1/10.000.000 a probabilidade de que o candidato a receber seu voto ganhe (ou seja, a probabilidade de que seu voto seja decisivo na eleição de determinado político é baixíssima). Se o candidato for eleito mesmo sem receber o voto dessa pessoa, essa pessoa estaria perdendo seu tempo; se o candidato não for eleito mesmo com o voto dessa pessoa, essa pessoa também estaria perdendo seu tempo. Assim, essa pessoa irá racionalmente investir muito mais tempo na escolha de que carro comprar, porque esse é um investimento muito mais proveitoso do seu tempo. Por isso, é comum que os votos sejam caracterizados por uma ignorância racional; é racional manter-se ignorante quando a obtenção de informação custa mais do que seu benefício.

¹⁰Uma corrente de pesquisa mais atual, denominada *Behavioural Law and Economics*, busca enriquecer o modelo da escolha racional, encarando-o de forma mais realista e possibilitando a compreensão de anomalias inexplicáveis nas análises da corrente principal.

Ademais, a formalização de premissas e a precisão de conceitos devido à linguagem mais rigorosa no método juseconômico trazem vantagens quando aplicadas ao Direito. Isso porquê a metodologia jurídica moderna sofre influência da retórica tópica em que tudo é passível de relativização em argumentação retórica (GICO JR., 2014); é comum entre juristas, seja nos tribunais ou na academia, o abuso de conceitos e definições a ponto de distorcê-los e torná-los irreconhecíveis.

A aproximação com a linguagem matemática levou naturalmente a que os termos em economia fossem estabelecidos de forma rigorosa e, portanto, flutuassem muito menos ao redor do significante do que no direito, diminuindo custos de informação, reduzindo ruídos no diálogo e possibilitando a construção de conhecimento sem intermináveis discussões filológicas. Assim, a aplicação do método juseconômico pode nos auxiliar a gastar mais tempo discutindo ideias e consequências de nossas escolhas do que significados de palavras. (GICO JR., 2014, p. 30).

Trata-se a Análise Econômica do Direito de técnica apta a auxiliar juristas a identificar, prever e explicar as consequências sociais de escolhas políticas de legislações (*ex ante*) e decisões judiciais (*ex post*) (GICO JR, 2014). Convém destacar que o método econômico possui limitações, de forma que é passível de ser aplicado em algumas situações e a outras não. Para localizá-las e situá-las, contudo, faz-se fundamental

[...] os juristas descerem de suas torres de marfim, de suas faculdades distantes, e comecem a estudar a realidade. Do lado dos economistas, está na hora de olharem um pouco menos para suas fórmulas matemáticas esteticamente estonteantes e um pouco mais para a realidade brasileira. (GICO JR., 2014, p. 30).

Diante dos pressupostos teóricos e dos fundamentos da Análise Econômica do Direito expostos, é possível concluir se tratar de ferramenta útil à interpretação de normas jurídicas e decisões judiciais para ressaltar suas consequências e estratégias de eficiência para alcance de um fim predeterminado.

2.3 Mensuração da eficiência – os critérios de Pareto e Kaldor-Hicks

Como toda e qualquer ciência, a Análise Econômica do Direito “reconhece como válida e útil do ponto de vista epistemológico e pragmático a distinção entre o *que é* (positivo) e o *que deve ser* (normativo)” (GICO JR., 2014, p. 15), de forma que a primeira proposição relaciona-se a um critério de verdade e a segunda a um critério de valor.¹¹ Em suma,

A AED positiva nos auxiliará a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. Já a AED normativa nos auxiliará a escolher entre as alternativas possíveis e mais eficientes, isto é, escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido. (GICO JR., 2014, p. 18).

Ao realizar-se uma verificação normativa, a Análise Econômica do Direito é incapaz de dizer o que é justo, certo ou errado; tais categorias encontram-se no mundo dos valores e são, portanto, questões subjetivas. Porém, ao auxiliar na escolha de alternativas para maximização de valor eleito, como a autodeterminação informativa, a abordagem normativa se mostra pertinente, motivo pelo qual essa foi a perspectiva escolhida para o desenvolvimento do trabalho.

Há uma suposta dicotomia existente entre eficiência e justiça que é objeto de numerosas discussões. Contudo, não importa qual política pública ou legislação uma comunidade deseje implementar, ela deve ser eficiente. Isso porque não existe justificativa moral ou ética para que a implementação de uma dada política pública seja realizada de forma a gerar desperdícios em uma realidade em que os recursos são escassos e as necessidades humanas são potencialmente ilimitadas (GICO JR., 2014). O desperdício é, por si, injusto.

¹¹“A ideia aqui é que há uma diferença entre o mundo dos fatos, que pode ser investigado e averiguado por métodos científicos e cujos resultados são passíveis de falsificação – o que chamamos de análise positiva –, e o mundo dos valores, que não é passível de investigação empírica, de prova ou de falsificação e, portanto, não é científico, que chamaremos de análise normativa. Nesse sentido, quando um juiz investiga se A matou B, ele está realizando uma análise positiva (investiga um fato). Por outro lado, quando o legislador se pergunta se naquelas circunstâncias aquela conduta deveria ou não ser punida, ele está realizando uma análise normativa (investiga um valor), ainda que fatos sejam relevantes para a decisão.” (GICO JR., 2014, p. 15).

É premissa do presente trabalho que desperdícios implicam necessidades humanas não atendidas, motivo pelo qual toda definição de justiça deveria ter como condição necessária a eliminação de desperdícios através da eficiência (GICO JR., 2014). Apesar de não se aprofundar em teorias da justiça, tampouco se propor a tanto, na Análise Econômica do Direito sabe-se que a ineficiência é sempre injusta. Por isso, conclui-se não haver qualquer conflito entre eficiência e justiça, e sim uma condição de existência de uma em relação a outra (GICO JR., 2014).

A eficiência em Análise Econômica do Direito representa relevante elemento teórico; representa a otimização ou a maximização de alguma medida de valor. Para Posner, o valor procurado na eficiência é relacionado com a ideia de bem-estar social, referindo-se à agregação do nível de utilidade inferido por cada agente de determinada sociedade, em razão das consequências de determinada razão política, jurídica ou social (POSNER apud BOTELHO, 2016).

A noção de eficiência econômica remonta ao economista e sociólogo Vilfredo Pareto,¹² segundo quem uma mudança socioeconômica seria considerada eficiente quando o novo cenário produzisse um produto superior ao *status quo ante*, sem que ocorressem perdas para nenhum dos atores socioeconômicos envolvidos (COASE, 1960). É possível se dizer que há uma melhora de Pareto quando pelo menos um agente auferir ganhos sem que outros apresentem perdas (BOTELHO, 2016). Em uma situação em que os agentes ganhem sem significar perda para qualquer outro, haveria eficiência (ótimo) de Pareto:

Tal situação representaria aquela alcançada quando não existir outra situação tal que seja possível aumentar o bem-estar de um indivíduo sem diminuir o bem-estar de outro indivíduo. Representa um ponto de equilíbrio nas decisões individuais, a partir do qual fica impossível melhorar a situação de um agente socioeconômico sem piorar a situação de outro. (BOTELHO, 2016, p. 30).

A eficiência de Pareto também é referida como eficiência alocativa (COOTER; ULEN, 2016) e se preocupa com a satisfação de preferências individuais. As

¹²Vilfredo Pareto foi um cientista político, advogado e economista suíço-italiano que escreveu por volta dos anos 1900. Pareto introduziu o conceito de ótimo de Pareto e ajudou o desenvolvimento da microeconomia com a ideia de curva de indiferença. A partir de então, tal princípio de análise, conhecido como Lei de Pareto, tem sido estendido a outras áreas e atividades, tais como a industrial e a comercial, sendo mais amplamente aplicado a partir da segunda metade do século XX (STRINGHAM, 2001).

indagações a respeito do modelo paretiano emergem quando o sistema jurídico arquiteta movimentações na alocação de recursos na sociedade através de elementos econômicos, morais e políticos. Estariam os legisladores e juízes atentos à promoção de situações eficientes em Pareto? Em poucas situações o ordenamento jurídico e o Poder Judiciário tomam decisões que resultem em ganhos para todas as partes envolvidas, ou seja, que gere ótimo paretiano: uma decisão judicial, por exemplo, é tratada como um sistema topológico fechado, em que “um ganhador pressupõe o aumento de bem-estar de uma parte e a redução da pretensão/bem-estar de outra parte. Em outras palavras, uma sentença judicial acaba estando fora do conceito de Pareto-eficiência” (BOTELHO, 2016, p.31).

O critério de Pareto apresenta limitações quando aplicado a situações de complexidade social. Dessa forma, economistas desenvolveram a noção de uma melhoria potencial de Pareto, também chamada de eficiência de Kaldor-Hicks¹³ (COOTER; ULEN, 2016). Trata-se de tentativa de superar as restrições do critério de Pareto, em que mudanças somente são possíveis em casos de melhora para uma pessoa sem que nenhuma outra seja prejudicada. Criam-se mecanismos de compensação, de forma que os beneficiados possam compensar os prejudicados pelas alterações; esse modelo permite a percepção de ganhos sociais maiores do que perdas individuais globais por meio de um sistema de compensação social (BOTELHO, 2016). Para Cooter e Ulen (2016, p. 42):

[...] uma melhoria potencial de Pareto permite mudanças em que haverá ganhadores e perdedores, mas requer que os ganhadores ganhem mais do que os perdedores percam. Se essa condição for satisfeita, os ganhadores podem, em princípio, compensar os perdedores e ainda auferir excedentes. Para uma melhoria potencial de Pareto, a compensação não precisa ser feita de fato, mas deve ser possível. Em essência, essa é uma técnica de análise de custo-benefício. Em análises de custo-benefício, um projeto é realizado quando os benefícios de sua realização superam os custos, o que implica que os ganhadores poderiam compensar os perdedores.

¹³Nicholas Kaldor foi um economista húngaro. Nas suas maiores contribuições científicas, contam-se os critérios de "compensação" para comparações de bem-estar que se designam de eficiência de kaldor-hicks, derivado do modelo teia de aranha (cobweb model), e analisou certas regularidades observáveis no crescimento econômico que são chamadas as leis de crescimento de Kaldor (Kaldor's growth laws). John Richard Hicks, foi um economista britânico, professor da London School of Economics e da Universidade de Oxford . Recebeu o Prêmio Nobel de Ciências Econômicas em 1972 (STRINGHAM, 2001).

Em Kaldor-Hicks há a ampliação da ideia de eficiência para situações em que as externalidades¹⁴ e os custos de transação impedem os mercados de atingir resultados Pareto-eficientes: a solução para situações mais complexas é possibilitar que os ganhadores possam alocar bens aos perdedores de direitos, no sentido de compensar as perdas (BOTELHO, 2016). A complementação teórica de Kaldor-Hicks permite a utilidade prática do conceito de eficiência de Pareto.

Não haver possibilidade de novas medidas eficientes de Pareto caracteriza um estado de coisas chamado de Pareto-ótimo. Tal critério não leva em conta, devido à simplicidade de seu modelo, a existência de externalidades; todavia, a suposição de externalidades é fundamental, o que leva à conclusão de que, caso existam externalidades, não serão possíveis trocas socioeconômicas do tipo Pareto-eficiente (BOTELHO, 2016). A diferença fundamental entre Kaldor-Hicks e Pareto está na possibilidade de aceitação de uma mudança social eficiente mesmo quando o aumento do bem-estar de uma parte causa a redução do bem-estar em outra, mas com a manutenção do grau de satisfação do perdedor de bem-estar por uma compensação (STRINGHAM, 2001). O modelo de Pareto tem limitações significativas em termos conceituais por não abarcar situações de externalidades.

Botelho (2016) considera a eficiência de Kaldor-Hicks como uma implicação normativa da Análise Econômica do Direito. Elementos quantitativos, incluso instrumentos lógico-matemáticos, são úteis para se avaliar a eficiência em diferentes situações, conferindo robustez ao aparato juseconômico para a interpretação de leis e decisões judiciais.

A eficiência em Kaldor-Hicks considera um resultado como mais eficiente se um ótimo de Pareto puder ser alcançado por determinado agente com uma compensação suficiente dos que ficaram em um estado de coisas melhor para aqueles que ficaram pior do que antes (BOTELHO, 2016), sendo justificável, portanto, a situação de agentes em uma situação pior do que se encontravam anteriormente, desde que outros agentes em situações melhores do que antes possam compensar as perdas dos demais. Na eficiência kaldor-hicksiana, um resultado mais eficiente poderia, efetivamente, deixar alguns agentes

¹⁴Em Economia, externalidades são os efeitos colaterais de uma decisão sobre aqueles que não participaram dela. Existe uma externalidade quando há consequências para terceiros que não são levadas em conta por quem toma a decisão.

socioeconômicos em pior situação, enquanto a eficiência paretiana exige que cada parte tenha resultados melhores, ou ao menos não-piores (BOTELHO, 2016). Em síntese, “enquanto cada melhoria paretiana seria uma melhoria kaldor-hicksiana, a maioria das melhorias em kaldor-hicks não estariam de acordo com o modelo de melhorias eficientes no sentido de Pareto” (HICKS, 1939, p. 701).

É relevante para os fins desse estudo caracterizar os critérios de Pareto e de Kaldor-Hicks, pois esse atua como uma complementação daquele, motivo pelo qual foi escolhido para compor a matriz teórica de julgamento dos dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados quanto à eficiência na promoção da autodeterminação informativa. Fundamental que se façam também críticas ao modelo, com reconhecimento de suas limitações.

Uma questão problemática no critério de Kaldor-Hicks é a da determinação da compensação total. Isso porque as preferências individuais dos agentes socioeconômicos somente podem ser reveladas por meio de uma transação voluntária (HICKS, 1939), o que não ocorre quando da implementação de uma norma cogente. Quanto à eficiência kaldor-hicksiana:

A principal [crítica] consiste na despreocupação com o problema da distribuição social das perdas compensadas, o que, por vezes, acaba sendo feito desproporcionalmente. [...] A comparação entre os ganhos e as perdas, na prática, é impossível em razão das diferenças de valores marginais para cada grupo de agentes socioeconômicos. Com isso, a compensação social nem sempre acaba sendo justa, e ainda assim passa a gerar perdas sociais, sendo impossível a compensação dita (SCITOVSKY, 1941, p. 78-79).

A Análise Econômica do Direito traduz o sistema jurídico como o meio de procura da eficiência socioeconômica na satisfação dos desejos ilimitados inerentes aos seres humanos (BOTELHO, 2016). A noção de eficiência para Kaldor-Hicks tem, para a interpretação do sistema jurídico, tripla função:

a) Compreensão do valor de eficiência do sistema jurídico e inclusive das sentenças judiciais; b) Previsão dos impactos normativos *ex-post* nas relações socioeconômicas, principalmente no condizente aos ganhos e perdas de agentes socioeconômicos envolvidos em relações jurídicas; c) Visualização do direito como um feixe de possibilidades para o implementador de políticas alcançar determinada finalidade

socioeconômica, principalmente na possibilidade de se pensar sobre a compensação social por perdas causadas pelo Direito. (BOTELHO, 2016, p. 43).

A interpretação de normas jurídicas pautada pela Análise Econômica do Direito oferece bases para que o intérprete do Direito não demande as suas decisões somente do próprio ordenamento jurídico, de forma a contar com o pensamento valorativo econômico para evitar o reducionismo exagerado a valores jurídicos puros; existe espaço na metodologia jurídica para técnicas que auxiliem o jurista a melhor identificar, prever e explicar as consequências sociais de escolhas políticas imbuídas em legislações (*ex ante*) e decisões judiciais (*ex post*) (GIRO JR., 2014). Nessa senda, recorrer ao critério de Kaldor-Hicks para abordar a eficiência parece ser estratégia adequada à análise proposta nesse trabalho.

2.4 Ilustração do raciocínio juseconômico (ou a falta dele) através de decisões judiciais no Brasil – análise de três precedentes de tribunais superiores

A abordagem de precedentes dos tribunais superiores brasileiros tem o propósito de ilustrar a aplicação do raciocínio da Análise Econômica do Direito ou a falta dele. O diálogo entre Direito e Economia indica, com o suporte da metodologia juseconômica, um caminho para a compreensão, a interpretação e a aplicação das regras jurídicas, motivo pelo qual se faz útil no contexto do trabalho a explanação da metodologia em contextos práticos como contributo nesse sentido.

As teorias e os conceitos abstratos, amplamente utilizados na teoria do direito, têm se mostrado “completamente inadequados ou insuficientes como apoios intelectuais capazes de conduzir à superação de conflitos práticos” (CASTRO, 2012,

p.14), para os quais o direito tem que enfrentar e apresentar soluções possíveis¹⁵ (CARDOSO, 2015).

Os precedentes a seguir podem permitir a percepção de que a utilização do conhecimento econômico proposto pela Análise Econômica do Direito tem o potencial de contribuir para elucidar a racionalidade econômica dos argumentos jurídicos exercidos pelos tribunais.

2.4.1 Análise econômica da função social dos contratos – o Recurso Especial nº 1163283/RS

A primeira decisão a ser analisada é a do Recurso Especial nº 1163283/RS, do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa segue:

EMENTA RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LEI N. 10.931/2004. INOVAÇÃO. REQUISITOS PARA PETIÇÃO INICIAL. APLICAÇÃO A TODOS OS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO.

1. A análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado.
2. Todo contrato de financiamento imobiliário, ainda que pactuado nos moldes do Sistema Financeiro da Habitação, é negócio jurídico de cunho eminentemente patrimonial e, por isso, solo fértil para a aplicação da análise econômica do direito.
3. A Lei n. 10.931/2004, especialmente seu art. 50, inspirou-se na efetividade, celeridade e boa-fé perseguidos pelo processo civil moderno, cujo entendimento é de que todo litígio a ser composto,

¹⁵Segundo Nino (2010, p. 400), “a descrição que a dogmática jurídica faz do direito não constitui, em geral, uma reprodução fiel de seu objeto de estudo, visto que não costuma evidenciar com clareza as diferentes alternativas que podem ser apresentadas na interpretação das normas jurídicas (tendendo-se a apresentar uma delas como a única interpretação possível) e se apresenta como parte do sistema jurídico que descreve certos princípios, distinções conceituais, teorias etc., que são, na realidade, o produto da elaboração da própria dogmática. Por outro lado, a tarefa de reconstrução do sistema também é insatisfatória, já que, ao não ser apresentada como tal, mas como descrição do que está implícito no sistema positivo, os princípios valorativos em que se baseiam as soluções originais propostas pela dogmática não são articulados. Isso determina, em primeiro lugar, que não haja uma discussão exaustiva e aberta sobre a justificação desses princípios, e, em segundo lugar, que não haja uma tentativa séria de formular um sistema coerente dos princípios que estão por trás das soluções propostas pela dogmática para reconstruir o sistema.”

dentre eles os de cunho econômico, deve apresentar pedido objetivo e apontar precisa e claramente a espécie e o alcance do abuso contratual que fundamenta a ação de revisão do contrato.

4. As regras expressas no art. 50 e seus parágrafos têm a clara intenção de garantir o cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis tal como pactuados, gerando segurança para os contratantes. O objetivo maior da norma é garantir que, quando a execução do contrato se tornar controvertida e necessária for a intervenção judicial, a discussão seja eficiente, porque somente o ponto conflitante será discutido e a discussão da controvérsia não impedirá a execução de tudo aquilo com o qual concordam as partes. 5. Aplicam-se aos contratos de financiamento imobiliário do Sistema de Financiamento Habitacional as disposições da Lei n. 10.931/2004, mormente as referentes aos requisitos da petição inicial da ação de revisão de cláusulas contratuais, constantes do art. 50 da Lei n. 10.931/2004. 6. Recurso especial provido. (BRASIL, 2015).

No caso em tela, os autores ingressaram com ação judicial em face de instituição bancária ré visando restabelecimento do equilíbrio em contrato de financiamento habitacional através da revisão de cláusulas que consideraram abusivas.

No curso do processo foi interposto recurso especial, cuja principal questão era determinar se as disposições da Lei nº 10.931/2004, sobretudo as regras do artigo 50, aplicavam-se a todos os contratos de financiamento imobiliário do Sistema de Financiamento Habitacional. Para melhor compreensão da controvérsia, segue o teor do dispositivo (BRASIL, 2004):

Art. 50. Nas ações judiciais que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso, sob pena de inépcia.

§1º O valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados.

§2º A exigibilidade do valor controvertido poderá ser suspensa mediante depósito do montante correspondente, no tempo e modo contratados.

Em seu voto, o ministro relator Luis Felipe Salomão asseverou que a Lei 10.931/2004 “prevê institutos capazes de promover o impulso econômico do mercado e proporcionar maior segurança e credibilidade aos adquirentes de imóveis

e aos financiadores dessas aquisições” (BRASIL, 2015, p. 7). Nos fundamentos da decisão, analisaram-se os objetivos, ou as razões de ser, da referida lei; apontou-se tratar de uma conquista legislativa que serviu como importante catalisador para aumento do crédito, redução da inadimplência e criação de um clima propício ao investimento. A sua finalidade, portanto, ultrapassa o simples crescimento da economia, atuando também no direito ao desenvolvimento por trazer medidas que não só permitem o progresso do país em relação ao PIB, mas também têm finalidades sociais no sentido de facilitar o acesso ao crédito dos menos afortunados, reduzindo as desigualdades (WALD, 2005).

A interpretação de princípios e paradigmas jurídicos a partir de postulados econômicos tem como pressuposto o aumento do grau de previsibilidade e eficiência das relações intersubjetivas que são próprias do Direito:

Com efeito, a análise econômica do direito não pretende, por óbvio, esclarecer seus estudiosos, submeter as normas jurídicas à economia, mesmo porque o Direito não existe para atender exclusivamente aos anseios econômicos. Por outro lado, visa à aproximação das normas jurídicas à realidade econômica, por meio do conhecimento de institutos econômicos e do funcionamento dos mercados. A interação das duas ciências é o mote da Escola, não a exclusão de uma pela outra. A regulamentação jurídica, acreditam os defensores da escola econômica, pode influenciar empreendimentos econômicos e promover o desenvolvimento e a mudança social. (BRASIL, 2015, p. 8).

O relator destaca que a função social do contrato, prevista no art. 421 do Código Civil de 2002, é normalmente estudada a partir da ideia de justiça social e de justiça distributiva inerentes ao Estado Social. Sob a ótica da Análise Econômica do Direito, a função social do contrato permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e a previsibilidade nas operações econômicas e sociais, capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos (TIMM, 2006). A Análise Econômica do Direito permite aferir as externalidades positivas e negativas do contrato (impactos econômicos), de forma a orientar o intérprete para o caminho que gere menos prejuízos à coletividade, ou mais eficiência social (BRASIL, 2015). A coletividade deixa de ser alvo de uma simplificação teórica de “parte fraca”, apenas, para “ser

vista como a totalidade das pessoas que efetivamente ou potencialmente integram um determinado mercado de bens e serviços, como no caso do crédito” (BRASIL, 2015, p. 8).

A Análise Econômica do Direito apostou que o efetivo cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis é um pressuposto para o sucesso do sistema como um todo:

Em uma perspectiva de análise econômica do direito, não se rejeita que existam interesses coletivos dignos de tutela nas relações contratuais. Contudo, a coletividade é identificável na estrutura do mercado que está por trás do contrato que está sendo celebrado e do processo judicial relacionado ao litígio a ele pertinente (em verdade, a própria Lei 8.884/84 reconhece ser o mercado protegido por ela um interesse difuso ou coletivo digno de tutela). Nesse sentido, o todo em um contrato de financiamento habitacional é representado pela cadeia ou rede de mutuários (e potenciais mutuários), que dependem do cumprimento do contrato daquele indivíduo para alimentar o sistema financeiro habitacional, viabilizando novos financiamentos a quem precisa. Assim, se houver quebra na cadeia, com inadimplementos contratuais, quem sai perdendo é a coletividade (que ficará sem recursos e acabará pagando um juro maior). (TIMM, 2006, p. 17).

A imperfeição dos mercados apontada por Coase (1960) acarreta custos de transação, que são custos incorridos pelas partes para negociar e cumprir o contrato. O Direito tem como papel diminuir esses custos de transação através de instituições sólidas – quanto mais desenvolvidas as instituições, mais confiável e propício se torna a realização de negócios, culminando em melhores condições, devido à queda do risco. Por meio de instituições mais sólidas, que reforcem a estrutura do mercado, preservar-se-ão interesses coletivos e difusos presentes nas relações contratuais, com facilitação do crédito, dinamização da economia e consequente favorecimento da posição daqueles agentes econômicos externos ao contrato individual firmado entre as partes (TIMM, 2006).

O relator do recurso especial destacou em seu voto que as regras expressas no art. 50 e parágrafos têm o propósito de garantir o cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis tal como pactuados, gerando segurança aos contratantes. Em uma interpretação teleológica, depreende-se que o objetivo da norma é garantir que, em eventual controvérsia contratual, a intervenção judicial seja eficiente, no

sentido de discutir-se somente o ponto conflitante, não restando impedida a execução de tudo aquilo com que concordam as partes:

(...) o direito material deve combinar-se com o direito processual, sendo este visto não mais como um fim em si mesmo, mas como um instrumento posto a serviço do direito material. O Poder Judiciário deveria funcionar agilmente, fazendo cumprir rapidamente as obrigações assumidas pelas partes, e não servir como um incentivo para a parte que busca nele apenas ganhar tempo. (TIMM; GUARISSE, 2014, p. 170).

A legislação financeira, se pretender fomentar o mercado de financiamento imobiliário, deve atuar na direção de propiciar segurança por meio de regras claras e estáveis, protegendo os direitos de todos os sujeitos envolvidos.

Rumo à conclusão do voto, o ministro relator do caso em comento reconhece ser viável a incidência, nos contratos de financiamento do Sistema Financeiro de Habitação, das regras processuais encartadas na Lei 10.931/2004, especialmente as referentes à ação revisional e aos requisitos de procedibilidade, conclusão que alcançou a partir de interpretação do caso de acordo com a metodologia da Análise Econômica do Direito que busca a eficiência. Para o relator, ainda, a discriminação do valor incontroverso na petição inicial proporciona melhor compreensão da dimensão do litígio, da lesão ao direito envolvido, além de permitir a demonstração da verossimilhança do direito invocado. Atenua também as mazelas da demora da prestação jurisdicional, o que contribui para a segurança jurídica (BRASIL, 2015). A abusividade do contrato alegada na petição inicial foi genérica, conforme se extrai do trecho colacionado:

O presente contrato de financiamento habitacional é fruto de abusividades contratuais verificadas, por sua vez, na prática da capitalização mensal de juros; taxas ilegais de juros; nos juros compostos e capitalizados mensalmente em razão da aplicação da Tabela Price; na cobrança dos valores seguros em desacordo com a tabela da SUSEP, na prática da forma incorreta de amortização de não abater a prestação paga para após corrigir o saldo devedor e na não correlação entre o reajuste das prestações e a renda da parte mutuária titular do financiamento. (BRASIL, 2015).

Para o relator, o que se vê na forma em que foi apresentada a petição inicial é um descontentamento geral com o contrato em si, o que demonstra o descumprimento do art. 50 da Lei nº 10.931/2004 pelo autor da ação, motivo pelo qual julgou no sentido de impor a anulação de todos os atos praticados anteriormente, inclusive sentença e acórdão, abrindo-se prazo legal para emenda da petição inicial.

Sob a ótica juseconômica, o aludido artigo evita que a demanda judicial atrapalhe o restante do contrato, aquela parte que não é controversa. Com isso, busca-se o não desperdício financeiro e a segurança jurídica dos negócios. Se no ordenamento jurídico imperar a incerteza, o desenvolvimento do mercado é prejudicado, com eco desses efeitos a prejudicar todos aqueles que dele dependem (CARDOSO, 2015). A visão consequencialista trazida pela Análise Econômica do Direito permite ao intérprete obter alusões sobre o que ocorrerá com a aplicação ou não de determinada norma, o que pode propiciar maior riqueza informacional para embasar decisões judiciais e legislativas.

2.4.2 Análise econômica da teoria do adimplemento substancial do contrato – O Recurso Especial nº 1200105/AM

A decisão analisada nesse tópico é a do Recurso Especial nº 1200105/AM, cuja ementa segue:

EMENTA RECURSO ESPECIAL. LEASING. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CARRETAS. EMBARGOS INFRINGENTES. TEMPESTIVIDADE. MANEJO ANTERIOR DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA A DECISÃO. CORRETO O CONHECIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES. INOCORRÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E DA EXCEÇÃO DE INADIMPLENTO CONTRATUAL. I. Ação de reintegração de posse de 135 carretas, objeto de contrato de "*leasing*", após o pagamento de 30 das 36 parcelas ajustadas. II. Processo extinto pelo juízo de primeiro grau, sendo provida a apelação pelo Tribunal de Justiça, julgando procedente a demanda. III. Interposição de embargos declaratórios, que foram rejeitados, com um voto vencido que mantinha a sentença, com determinação de imediato cumprimento do julgado. IV. Antes da publicação do acórdão dos embargos

declaratórios, com a determinação de imediata reintegração de posse, a parte demandada extraiu cópia integral do processo e impetrou mandado de segurança. V. Determinação de renovação da publicação do acórdão dos embargos declaratórios para correção do resultado do julgamento VI. Após a nova publicação do acórdão, interposição de embargos infringentes, com fundamento no voto vencido dos embargos declaratórios. VII. Inocorrência de violação do princípio da unirecorribilidade, em face da utilização do mandado de segurança com natureza cautelar para agregação de efeito suspensivo a recurso ainda não interposto por falta de publicação do acórdão. VIII. Tempestividade dos embargos infringentes, pois interpostos após a nova publicação do acórdão recorrido. IX. Correta a decisão do tribunal de origem, com aplicação da teoria do adimplemento substancial. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. X. O reexame de matéria fática e contratual esbarra nos óbices das súmulas 05 e 07/STJ. XI. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (BRASIL, 2017).

Trata-se de ação de reintegração de posse em que o autor demandou o réu tendo como causa de pedir a inadimplemento de um contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) de cento e trinta e cinco carretas. Das trinta e seis prestações avançadas no contrato, houve inadimplemento pelo réu das seis últimas, bem como não devolução dos equipamentos no prazo contratualmente estabelecido; restou caracterizado o esbulho a justificar a reintegração de posse pleiteada. Após trâmite processual nas instâncias inferiores, houve Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça, sob alegação de que a falta de apenas um quinto do valor avançado a ser quitado não justifica o inadimplemento da outra contratante, dentre outras questões não pertinentes à presente análise.

Em aprofundamento na matéria, o relator, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, cita lição de Clóvis Couto e Silva, para quem o adimplemento substancial.

Constitui um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão somente o pedido de indenização e/ou adimplemento, de vez que a primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé (objetiva). (COUTO E SILVA, 1980, p. 56).

O Relator fundamentou sua decisão considerando os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva. A boa-fé exerce, segundo o raciocínio traçado no voto, múltiplas funções na relação obrigacional, desde a fase inicial à

formação do vínculo até a fase posterior ao cumprimento da obrigação, sendo elas: interpretação das regras pactuadas (função interpretativa), criação de novas normas de conduta (função integrativa) e limitação dos direitos subjetivos (função de controle contra abuso de direito):

Na sua função de controle, limita o exercício dos direitos subjetivos, estabelecendo para o credor, ao exercer o seu direito, o dever de ater-se aos limites traçados pela boa-fé, sob pena de uma atuação antijurídica (art. 187, CC). Evita-se, assim, o abuso de direito em todas as fases da relação jurídica obrigacional, orientando a sua exigibilidade (pretensão) ou o seu exercício coativo (ação). Desenvolveram-se fórmulas, sintetizadas em brocardos latinos, que indicam tratamentos típicos de exercícios inadmissíveis de direitos subjetivos, como a *supressio* (o não-exercício de um direito durante longo tempo poderá ensejar a sua extinção), a *tuo quoque* (aquele que infringiu uma regra de conduta não pode postular que se recrimine em outrem o mesmo comportamento) e a *venire contra factum proprium* (exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anterior do exercente).

Uma das expressões do princípio da boa-fé objetiva na sua função de controle é a teoria do adimplemento substancial, que pode ser aplicada quando o adimplemento da obrigação pelo devedor é tão próximo do resultado final, que a resolução do contrato mostrar-se-ia uma demasia. Atualmente, o fundamento para aplicação da teoria do adimplemento substancial no Direito brasileiro é a cláusula geral do art. 187 do Código Civil de 2002, que permite a limitação do exercício de um direito subjetivo pelo seu titular quando se colocar em confronto com o princípio da boa-fé objetiva. Ocorrendo o inadimplemento da obrigação pelo devedor, pode o credor optar por exigir seu cumprimento coercitivo ou pedir a resolução do contrato (art. 475 do CC). Entretanto, tendo ocorrido um adimplemento parcial da dívida muito próximo do resultado final, e daí a expressão “adimplemento substancial”, limita-se esse direito do credor, pois a resolução direta do contrato mostrar-se-ia um exagero, uma iniquidade. Naturalmente, fica preservado o direito de crédito, limitando-se apenas a forma como pode ser exigido pelo credor, que não pode escolher diretamente o modo mais gravoso para o devedor, que é a resolução do contrato. Poderá o credor optar pela exigência do seu crédito (ações de cumprimento da obrigação) ou postular o pagamento de uma indenização (perdas e danos), mas não a extinção do contrato. (BRASIL, 2017, p. 13-14).

Nesse ínterim, o relator conclui seu voto com opinião no sentido de negar provimento ao recurso especial interposto pelo promitente/credor, com consequente rejeição de sua pretensão de reaver os bens arrecadados.

Perquire-se se a solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça na aplicação da teoria do adimplemento substancial do contrato mostra-se eficiente sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. Importante ressaltar que o caso em tela não se tratava de relação consumerista a fim de justificar uma postura mais intervencionista do Judiciário, mas de um contrato firmado entre dois particulares teoricamente em condições paritárias de negociação para a aquisição de uma quantia de cento e trinta e cinco caminhões (CARDOSO, 2015). Para Cooter e Ulen:

Nas hipóteses de omissão contratual sobre a aplicação de determinado remédio jurídico, o Tribunal deverá fornecê-lo na forma de indenização ou ordenar o cumprimento específico da promessa contratual. É importante levar em consideração que os remédios jurídicos alternativos criam incentivos diferentes para as partes de um contrato, de modo a influenciar o investimento no cumprimento do contrato e na confiança nele. Com efeito, a utilização do remédio jurídico (indenização por quebra de expectativa ou cumprimento específico da obrigação) afeta o poder de barganha para alcançar uma renegociação de forma mais eficiente sem precisar da intervenção do Poder Judiciário. (COOTER; ULEN, 2010, p. 249).

Pressupondo-se que o contrato de *leasing* já previa a possibilidade do ajuizamento de ação de reintegração de posse como remédio jurídico para recuperar a posse direta dos caminhões em caso de inadimplemento do promissário/vendedor, o STJ adotou remédio alternativo do que aquele convencionado livremente pelas partes (CARDOSO, 2015). A decisão, que se escorou nos princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato, parece não ter levado em conta a estrutura de incentivos dos agentes econômicos envolvidos no negócio jurídico. A decisão pode resultar em impactos em contratos de *leasing* futuros no sentido de torná-los mais dispendiosos aos interessados. Isso porque os novos fatores serão internalizados pelos promitentes/credores, especialmente a questão de ausência de um critério objetivo para definir o que é adimplemento substancial. A decisão pulverizou dúvidas aos envolvidos nos futuros contratos de *leasing*, de forma que tais dúvidas são traduzidas em incertezas e, conseqüentemente, aumento de custos.

Ao se restringir apenas a questões estritamente jurídicas, o Superior Tribunal de Justiça desconsiderou importantes aspectos relacionados à estrutura de

incentivos dos agentes econômicos envolvidos (CARDOSO, 2015), bem como as consequências possíveis que o precedente refletirá no mercado em que o negócio jurídico está inserido.

Conclui-se da análise da presente decisão que não houve utilização da Análise Econômica do Direito, de forma que ela poderia servir “como um instrumento teórico e empírico relevante para conferir mais consistência e racionalidade à aplicação da teoria do adimplemento substancial às relações contratuais” (CARDOSO, 2015, p. 307), o que ocasionaria, por conseguinte, maior segurança às partes envolvidas em contratos dessa natureza.

2.4.3 Análise econômica da penhora do bem de família do fiador – o Recurso Extraordinário nº 407688-8/SP

A decisão a ser analisada é a do Recurso Extraordinário nº 407688-8/SP, cuja ementa segue:

FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. (BRASIL, 2006).

A controvérsia reside no questionamento da constitucionalidade do art. 3º, VII da Lei 8.009/1990, que trata de exceção à impenhorabilidade de bens, mais especificamente de bem de família do fiador em contrato de locação de imóvel.

Inconformado com as decisões em instâncias inferiores que entenderam pela penhorabilidade do imóvel residencial, bem de família, do fiador, esse interpôs Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, residindo a controvérsia em saber se a penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação persiste, ou não, com o advento da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro

de 2000, que ampliou a disposição do art. 6º da Constituição Federal, incluindo a moradia entre os direitos sociais.

O ministro da suprema corte Carlos Velloso já havia decidido monocraticamente em casos semelhantes (Recursos Extraordinários nº 352.940 e nº 449.657) pela inconstitucionalidade da norma jurídica que restringe o bem de família do fiador, tendo como principal fundamento o direito à moradia e a sua aplicabilidade direta sobre o direito privado (SARMENTO, 2011).

Todavia, um ano depois a questão foi submetida à análise pelo plenário do Superior Tribunal de Justiça. O relator do caso foi o ministro Cezar Peluso, que opinou pela inconsistência do recurso. Dessa feita, decidiu o plenário pela constitucionalidade do art. 3º, VII da Lei 8.009/1990, com a redação dada pela Lei nº 8.245/1991 (lei do inquilinato), o que pacificou a possibilidade de penhora do bem imóvel residencial do fiador, a qual não ofende o art. 6º da Constituição da República.

A tese da constitucionalidade foi fundamentada pelo relator na teleologia da Lei nº 8.009/90. Expôs em seu voto que a lei tem de promover o direito à moradia na medida em que incita a realização de contratos de locação, motivo pelo qual existe a garantia locatícia da fiança. Em relação ao direito à moradia e sua prestação pelo Estado, posiciona-se o relator:

Isto significa que, em teoria, são várias, se não ilimitadas, as modalidades ou formas pelas quais o Estado pode, definindo-lhe o objeto ou o conteúdo das prestações possíveis, concretizar condições materiais de exercício ao direito social à moradia [...] (BRASIL, 2006, p. 3).

Ao antever as consequências da decisão o relator observou que o Brasil é um país em que os programas de direitos sociais possuem significativa dificuldade de concretização, o que reflete no déficit habitacional; a garantia em um contrato de locação de imóvel é uma maneira de estimular a oferta de imóveis para locação (SARMENTO, 2011). Isso porquê garantias mitigam riscos, tornando viável a realização de negócios jurídicos dessa natureza. Ao negar a possibilidade da penhora, estaria o Judiciário prejudicando os inquilinos, cujo direito à moradia se

pensava proteger, uma vez que as possibilidades de alugar imóveis poderiam ser reduzidas:

Sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputa-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores [...] castrar essa técnica legislativa (garantia de fiança), que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia o equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia. (BRASIL, 2006, p. 4).

A garantia pessoal através de fiança é importante instrumento de estímulo para a oferta de imóveis para locação. Para o ministro Sepúlveda Pertence, caso houvesse a negação da possibilidade da penhora, estaria o Judiciário prejudicando os inquilinos, cujo direito à moradia se pensava proteger, uma vez que reduziriam as possibilidades de alugar imóveis (BRASIL, 2006).

Observa-se que a fundamentação do voto do ministro relator, que capitaneou a tese vencedora no plenário, estruturou-se em uma análise consequencialista que remonta à metodologia da Análise Econômica do Direito. Houve evidente preocupação de ordem econômica com as conseqüências de se adotar solução que repercutiria no equilíbrio financeiro dos contratos de locação de imóveis presentes e futuros, o que afetaria negativamente parcela significativa da população. Embora não se tenha utilizado de forma explícita de conceitos técnicos extraídos da Economia (regulação econômica), é possível verificar que o tribunal agiu com autocontenção ao antever possíveis conseqüências econômicas da decisão, ainda que a forma como foi feita a previsão não tenha sido demonstrada no voto.

Conclui-se que a conjectura das conseqüências de uma decisão judicial ou opção legislativa deve ser acompanhada de método de previsão solidamente embasado e explicitado para que a aplicação da Análise Econômica do Direito não se resuma a um mero exercício de futurologia.

2.5 Reflexões de cunho consequencialista sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) Pessoais dispõe sobre o tratamento de dados pessoais e explicita seu objetivo no artigo 1º:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (BRASIL, 2018).

O legislador deixa claro que o escopo da lei é a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Os pormenores terminológicos e uma análise mais detida da opção legislativa por esses termos será feita em momento posterior. Por ora, cabem os seguintes questionamentos: como a Análise Econômica do Direito pode auxiliar no alcance dos objetivos da lei de forma eficiente? Quais as possíveis consequências dos dispositivos da lei para o alcance desses objetivos?

A Análise Econômica do Direito, pela utilização de conceitos da ciência econômica, implementa uma racionalidade subjacente das normas jurídicas e os principais efeitos previsíveis de suas mudanças. Propõe uma leitura de regras jurídicas que as avalie pelos seus efeitos de estímulo e pelas mudanças de comportamento das pessoas em resposta aos mesmos (FRIEDMAN, 2000). É capaz de oferecer luzes para o julgamento das instituições jurídicas e das reformas propostas.

Para Backhaus (1999, p. 271-278), as três missões da Análise Econômica do Direito são a análise dos efeitos, a análise descritiva da coerência das regras e a análise normativa do caráter desejável das soluções incorporadas nas regras. O conjunto dessas “missões” se prestam a contextos diversos, de forma que o propósito desse trabalho é utilizá-las no âmbito da legislação, mais especificamente da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

Ao regulamentar o ambiente de tratamento de dados no Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais cria regras de conduta que devem ser observadas por

controladores e operadores¹⁶ envolvidos nas atividades de tratamento de dados pessoais. O objetivo expresso da lei já foi mencionado anteriormente. Os principais estímulos fornecidos para a sua observância são, num primeiro momento, facilmente verificáveis: sanções para o descumprimento, trazidos no Capítulo VIII da LGPD:

Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional:

I – advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II – multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;

III – multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II;

IV – publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;

V – bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;

VI – eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração. (BRASIL, 2018).

As sanções parecem atuar como uma “linha de frente” nos incentivos da norma, ou uma forma mais “direta” para impor sua observância. Contudo, através do ferramental da Análise Econômica do Direito é possível verificar outras estruturas dentro da lei que fornecem incentivos para certas condutas ou determinados efeitos, ainda que de forma involuntária. Isso porque

Toda análise econômica do direito está fundada na premissa de que as normas jurídicas devem ser julgadas à luz das estruturas de estímulos que estabelecem e das conseqüentes mudanças comportamentais adotadas pelos interessados em resposta aos estímulos. A análise econômica do direito insere-se entre as filosóficas consequencialistas (fazer o que produz conseqüências as mais desejáveis), cuja expressão mais conhecida é, sem dúvida, utilitarismo. (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 666)

16Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: VI – controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais; VII – operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador.

Quanto aos efeitos da norma, a Análise Econômica do Direito parece auxiliar o intérprete a determinar os principais efeitos das mudanças trazidas por ela, ou os efeitos da sua inexistência (não implementação).¹⁷

Analisar-se-ão os dispositivos da LGPD quanto à eficiência na promoção da autodeterminação informativa em momento posterior desse trabalho (capítulo 4), mas cabe tecer, nesse momento, algumas reflexões de cunho consequencialista talvez não previstas pelo legislador ou não visualizadas pelos aplicadores da lei, de forma que o raciocínio juseconômico parece ser útil para desvendá-los.

A primeira consequência da entrada em vigor da LGPD é seu possível impacto no ambiente de negócios. A sistemática trazida pela lei implica uma série de novas obrigações para os agentes econômicos, que terão de despender recursos extras para manter a operação em conformidade com o previsto na nova lei. Isso porque é razoável supor que grande parte das empresas em operação hoje em dia contam com sistemas informáticos que lidam, em algum nível, com dados pessoais de clientes, de fornecedores e de funcionários.

Do ponto de vista econômico, tem-se a perspectiva de que os empresários são obrigados a fazer escolhas, de forma que a inovação trazida pela LGPD representa, deveras, a introdução de uma nova exigência a eles, a qual, à primeira vista, pode parecer gravosa e de significativa repercussão, com impactos no balanço financeiro (MALDONADO, 2019).

Independente do porte do empreendimento, pode-se supor ser necessário um planejamento para cumprimento de todas as exigências da LGPD. O aumento na carga de obrigações dos empresários com o cumprimento das diretrizes da LGPD pode culminar em produtos e serviços mais caros aos consumidores. Apesar disso, a lei pode gerar benefícios para os empreendimentos que implementarem as

¹⁷Ilustra-se através do seguinte exemplo: “La Presse de Montréal traz, em sua edição de 2 de junho de 2005, que o preço do petróleo bruto é U\$55. Dada a rápida exaustão dos estoques conhecidos de petróleo, há quem proponha a adoção de intervenção do Estado na economia para frear o consumo de produtor petrolíferos. O economista põe em dúvida o bom fundamento de tais políticas. O efeito do esgotamento é aumentar o preço bruto na medida em que a ameaça seja sentida. O preço mais alto torna viável a exploração de outras fontes de petróleo, tal como os imensos campos de areia betuminosa de Alberta. Da mesma forma aumenta o interesse em pesquisas de outras formas de energia. O petróleo segue como outros recursos naturais utilizados pelo ser humano, uma lógica que faz com que comecemos a explorar fontes as mais acessíveis ou as mais fáceis no que tange à produção, e se volte às fontes mais difíceis na medida em que o esgotamento das primeiras e o avanço do conhecimento sobre os métodos de exploração das outras aumentem.” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 667).

adequações necessárias de forma antecipada, o que poderia proporcionar vantagem competitiva no mercado em relação aos concorrentes retardatários, inclusive diante do modo de como os dados pessoais passam a ser tratados, o que pode atrair novos clientes.

A ausência de comprometimento de empresas com os mandamentos da LGPD e com a implementação de nível de segurança adequado para tratamento de dados poderá resultar em incomensuráveis perdas financeiras e reputacionais. A adoção de tecnologias e métodos seguros no tratamento de dados pessoais pode representar ônus aos empresários, mas cabe ponderar, por outro lado, os custos envolvidos, por exemplo, em um *data breach*. De acordo com pesquisa realizada pela Kaspersky Lab e disponibilizada em maio de 2018, o custo médio de incidentes em empresas para o período entre março de 2017 e fevereiro de 2018 atingiu 1,23 milhão de dólares, o que representa índice 24% maior que o período imediatamente anterior (2016-2017) e 38% maior em comparação ao período de 2015-2016. Para pequenas e médias empresas, a perda por incidente é estimada em 120.000 dólares, o que resulta em um acréscimo na ordem de 32.000 dólares com relação ao ano antecedente (KASPERSKY, 2018). O mesmo relatório destaca, ainda, uma estimativa do custo reputacional às empresas (KASPERSKY, 2018).

O economista Frédéric Bastiat explica que, para que se possa realmente entender as consequências de uma política, tem-se de considerar tanto "aquilo que é visto como aquilo que não é visto":

Na esfera econômica, um ato, um hábito, uma instituição, uma lei não geram somente um efeito, mas uma série de efeitos. Dentre esses, só o primeiro efeito é imediato. Manifesta-se simultaneamente com a sua causa. É visível. Os outros só aparecem depois e não são visíveis. Podemos-nos dar por felizes se conseguirmos prevê-los. Entre um mau e um bom economista existe uma diferença: o primeiro se detém no efeito que se vê; já o outro leva em conta tanto o efeito que se vê quanto aqueles que se devem prever. (BASTIAT, 2016).

Ainda em relação aos efeitos não previstos, ou “aquilo que não é visto”, é possível afirmar que as novas obrigações advindas da LGPD seriam mais custosas às pequenas empresas brasileiras. Isso porque os agentes econômicos consolidados como grandes empresas ou corporações são dotadas de assessoria

jurídica apta a indicar a forma de adequação à nova lei; é possível supor que a adequação desses *players* é mais uma questão de “ajuste” em suas atividades. Por outro lado, microempresas, empresas de pequeno porte¹⁸ e microempresários individuais (MEIS)¹⁹ muitas vezes não contam com assessoria especializada, o que pode caracterizar uma situação de vulnerabilidade jurídica ou científica, que

é a falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia. Esta vulnerabilidade, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não-profissional, e para o consumidor pessoa física. Quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas vale a presunção em contrário, isto é, que devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos e sobre a economia para poderem exercer a profissão, ou devem poder consultar advogados e profissionais especializados antes de obrigar-se. (MARQUES, 2011, p. 328-329).

Ressalte-se que o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), no ano de 2014, revelou que o número de micro e pequenas empresas no Brasil representa 98,1% do total das empresas de serviços, com 1% de médio porte e apenas 0,9% de grande porte. No setor de comércio, 99,2% são relativos aos micro e pequenos empresários, 0,5% aos médios e 0,3% se referem aos grandes empresários (SILVA, 2019).

Não só no aspecto quantitativo há predominância dos empresários de pequeno porte, mas também representam predominância qualitativa no que se refere à influência que exercem no cenário econômico brasileiro (SILVA, 2019). É o que concluiu Silva (2019) com o levantamento de dados em sua pesquisa, que foram capazes de demonstrar que os pequenos empresários são os principais geradores de renda do cenário nacional, pois correspondem a mais da metade do PIB nacional relativo ao setor do comércio. São, ainda, responsáveis por 52% dos

18O art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006 define como Microempresa a atividade econômica que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e Empresa de Pequeno Porte, aquela que apresenta rendimento bruto superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

19A Lei Complementar nº 128/08 criou o microempresário individual (MEI), por meio da adição do artigo 18-A 303 na Lei 123/2006. Esse artigo define como microempresário individual o empresário individual que: exerça as atividades de industrialização, comercialização e prestação de serviços no âmbito rural; que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior de até R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais) e que opte pelo Simples Nacional e que não descumpra nenhuma determinação desses artigos.

empregos formais de estabelecimentos privados não agrícolas do país e de quase 42% da massa de salários paga aos trabalhadores destes estabelecimentos (SEBRAE, 2014).

O ônus de adaptação às exigências da LGPD, em especial para empresários de pequeno porte, pode culminar na consolidação de uma barreira de entrada a novos concorrentes no mercado; em última análise, menos concorrentes ocasionam menos opções de produtos e serviços, menos qualidade e preços mais elevados aos consumidores.

Com a entrada em vigor da LGPD, a sua observância por empresas torna-se fundamental, haja vista que as sanções previstas no artigo 52 da lei se mostram gravosas e, em muitos casos, podem inviabilizar a continuidade dos negócios. Não obstante isso, os critérios para aferição das multas ainda são relativamente desconhecidos e somente com o tempo poderá ser extraída conclusão exata quanto às faixas de multa para cada espécie individualizada de evento (MALDONADO, 2019).

A ausência de estudos que demonstrem de forma clara e científica a relação entre o valor de investimentos em segurança e a cifra de perdas do não investimento traduz-se em incerteza; por sua vez, essa incerteza justifica a atenção quanto à necessidade de investimentos, haja vista que as perdas podem ser insuportáveis para a sobrevivência de um pequeno negócio. Além do mais, o advento da LGPD favorece maior ciência das pessoas em relação a seus direitos específicos, notadamente no que concerne à privacidade e à segurança de seus dados pessoais, o que tende à majoração de perdas reputacionais em casos de incidentes²⁰ (MALDONADO, 2019).

Uma forma de escape de uma regulação que torna inviável o exercício de determinada atividade é o mercado negro, que traduz o exercício da opção de saída de certos serviços propostos ou impostos pelo Estado e do preço implícito exigido em contrapartida (DE SOTO, 1989).

²⁰Estudo realizado pela Varonis analisa a reputação de empresas após a ocorrência de incidentes e traz a percepção de consumidores no que tange à segurança de seus dados após vazamentos. Um exemplo icônico contido no estudo é o relativo à rede Target, que em 2013 sofreu vazamento e que, no ano de 2018, ainda não recuperou integralmente índice de reputação positiva (VARONIS, 2019).

O mercado negro²¹ é o conjunto de atividades econômicas voluntariamente realizadas à margem dos controles do Estado, de forma que pode representar uma reação contra regulamentações invasivas. Há a coexistência de mercado negro e de mercado oficial, sendo que geralmente os preços mais baixos no primeiro decorrem da esquivia de despesas sociais e regulações sobre segurança, como pode ser o caso da proteção de dados nos moldes da LGPD; “é exatamente esse fator que permite aos pobres adquirirem produtos ou serviços que, de outra forma, ser-lhes-iam inacessíveis” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 190).

A própria existência do mercado negro mostra que uma legislação que impõe vantagens que ultrapassem o nível daquilo que os consumidores demandariam faz com que seja ela própria, a legislação, em uma análise consequencialista, a responsável por preços mais altos e pela retirada dos mais pobres do mercado (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015).

Não se afirma aqui que a entrada em vigor da LGPD vá gerar, necessariamente, um mercado negro. Contudo, na toada das reflexões de cunho consequencialista da norma proposta nesse tópico, não se pode descartar as possibilidades advindas de um ambiente regulado que impõe custos antes inexistentes, em especial para pequenas empresas, que são a maioria e mais vulneráveis,²² conforme visto, o que afeta também a oferta de bens e serviços aos consumidores.

No que tange aos critérios para mensuração de eficiência da LGPD, cabe ressaltar que, em uma abordagem consequencialista, as regras são julgadas pelos seus efeitos. Dessa forma, pode-se considerar como ganho para a sociedade as mudanças trazidas pela nova lei no que tange à privacidade e à proteção de dados

21“O estatuto do mercado negro é ambíguo. Varia segundo os setores. Conquanto seja contestável a carona ou *free riding* sobre os esforços dos cidadãos honestos para financiar os bens coletivos necessários à ordem pública, há que compreender as tentativas de se subtrair a uma regulamentação resultante da busca por rendas, aí incluído o paternalismo deslocado. O mercado negro não parece criar dependência irreversível. Quando são afastadas as proibições, assim as restrições ou imposições excessivas que dão origem ao mercado negro, é recriado o mercado oficial. Se a experiência dos Estados Unidos da América, depois da Lei Seca pode servir de exemplo, esse mercado tem as configurações do mercado – regulamentado – que existia anteriormente. A mudança tem muitos efeitos desejados – melhora da qualidade do produto, melhor conhecimento dos seus efeitos, menores preços, taxas e impostos recebidos normalmente, redução da criminalidade e da necessária repressão para contê-la.” (MACKAAY; ROUSSEAU, p. 196, 2015).

22As manifestações de vulnerabilidade podem ser descortinadas em vulnerabilidades técnica, jurídica ou científica, fática ou socioeconômica e informacional (SILVA, 2019).

personais. Todavia, para que a LGPD represente um ganho de Pareto, conforme visto no subtópico 2.3, as mudanças advindas de sua implementação devem produzir ganhadores e nenhum perdedor.

No fundo, esse critério levanta poucas objeções, salvo se desejarmos sustentar que o bem-estar pessoal dos agentes depende de sua posição relativa entre seus pares. Esse refinamento, porém, excluiria quase qualquer mudança possível. Se o critério de Pareto é pouco controverso, é, ao revés, pouco poderoso por ser incapaz de levar a um julgamento se uma mudança puder criar perdedores, o que quase sempre ocorrerá. (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 668).

O fato de a LGPD impor novos ônus a alguns agentes econômicos, que deverão dispor de recursos para a atualização de seus processos que envolvam dados pessoais, com implementação dos requisitos considerados adequados para a segurança de dados, significa que não haverá somente ganhadores, o que descaracteriza de pronto o critério da eficiência de Pareto para essa situação: a LGPD não parece ser, portanto, Pareto eficiente.

A propositura de um critério menos exigente se faz necessária para permitir chegar a conclusões de prática política (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015). Com esse escopo desponta como pertinente o critério de Kaldor-Hicks, segundo o qual uma mudança representa um ganho de bem-estar para a sociedade se os ganhadores puderem indenizar os perdedores:

Esse critério não é, contudo, realista porque a indenização proposta é proibitivamente onerosa. Refinamento suplementar proposto é considerar um ganho social se os ganhadores pudessem indenizar os perdedores e considerar que, em uma sociedade, os avanços econômicos deveriam conferir as mesmas oportunidades de ganho a todos e tornar aceitável a ausência de indenização como simplificação da teoria. Como, então, avaliar os ganhos e as perdas inexistindo acordos que fixem seus valores? Seria preciso aceitar valores médios ou de mercado. Esse problema existe, também, nos procedimentos em que o juiz deve fixar o montante das perdas e danos, no caso de perda, por exemplo, de um animal de estimação morto em virtude de acidente culposo. Para os que dão muita importância ao caráter subjetivo da valoração, como os seguidores da escola austríaca, tem-se aqui uma simplificação inaceitável, dada a falta de acordo dos perdedores quanto ao valor da indenização, mesmo teórica, que compensaria suas perdas. (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 668).

Com base no critério de Kaldor-Hicks, é possível inferir que a LGPD é uma lei eficiente, pois realiza ganhos sociais com a criação de um ambiente de tratamento de dados mais seguro para a privacidade das pessoas. O ganho social (ambiente de tratamento de dados pessoais, em tese, mais seguro) parece culminar em ganhadores (titulares de dados no geral) que poderiam indenizar os perdedores (aqueles que arcam com o ônus para a implementação dos requisitos da norma) a fim de possibilitar tal ganho. Tal indenização ou compensação pode se dar, por exemplo, através de preços mais elevados a serem suportados pelos consumidores de produtos e serviços em contraprestação ao fornecimento de um ambiente mais seguro para seus dados.

É possível supor que a entrada em vigor da LGPD propiciará elevação reputacional ao Brasil no que se refere ao fornecimento de um ambiente seguro e adequado para tratamento de dados, em especial frente a outros países com nível de proteção de dados considerado satisfatório, o que pode favorecer a realização de negócios entre eles. Os produtos e os serviços deverão ostentar o padrão de segurança esperado, sem os quais as empresas estarão sujeitas a impactos negativos:

Não se trata de singelamente elaborar um cálculo de custo-benefício, haja vista que as perdas, como já referido, podem ser de difícil aferição quantitativa. Ao contrário, trata-se de compreender que, para permanecer no mercado, é obrigatória a consideração desses fatores. Na ausência de níveis adequados de proteção, as empresas, em um momento ou outro, não se sustentarão, seja porque são alvos mais fáceis de incidentes criminosos, seja porque não ofertarão, desde logo, o melhor produto entre os seus concorrentes. (MALDONADO, 2019, p. 31).

No que tange à estrutura de incentivos criada pela norma, presume-se que o legislador busque evitar perdas, de forma que a norma não deve gerar custos de transação desnecessários aos envolvidos. Nesse particular, convém ter em mente os conceitos auxiliares desenvolvidos na Análise Econômica do Direito como aquele do “*cheapest cost avoider*” (a pessoa que melhor ou ao menor custo pode reduzir o risco de perda) e o conjunto de lições da escola da escolha coletiva (*public choice*):

Os custos de transação são todos os encargos que impedem que uma troca (no sentido econômico) aparentemente desejável, seja feita. Incluem despesas de organização, de pesquisa, de negociação, de fiscalização, incerteza, de precauções contra o potencial oportunismo da outra parte contratante, que aparece sob a forma de desperdício, risco moral, baluarte. Muitas espécies de custo de transação já foram analisadas na literatura sobre análise econômica do direito. O conceito de *cheapest cost avoider* é enriquecido pelas noções satélites de *cheapest information provider*, *cheapest insurer* (a parte que pode se garantir ao menor custo) e *best briber* (aquela dentre as pessoas que fazem parte de uma organização complexa que está em melhor posição para negociar com todas as outras). Uma vez que a regra deve ser aprovada pelo Congresso, é preciso lembrar que os ensinamentos da escola das escolhas coletivas (*public choice*), indicando que nesse processo os interesses concentrados podem influenciar, de forma desproporcional, a forma e o conteúdo da regra adotada. Paralelamente, nada garante, mesmo em democracias representativas, que a legislação realmente votada reflete, com fidelidade, o que a maioria teria preferido ver aprovado. (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 672).

No que se refere à alteração comportamental a ser inaugurada com a entrada em vigor da LGPD, cabe o questionamento se ela atua, do ponto de vista do paternalismo libertário, como um *nudge*.²³

O paternalismo libertário é um tipo de paternalismo relativamente fraco, brando e não intrusivo, pois não cria impedimentos ou obstáculos às escolhas. Se as pessoas querem fumar, se entupir de doces, escolher um tipo de plano de saúde pouco vantajoso ou torrar todo o dinheiro antes da aposentadoria, os paternalistas libertários não vão forçá-las a fazer o contrário – aliás, nem sequer vão colocar impecilhos nessa jornada. Ainda assim, a abordagem que recomendamos é considerada paternalista, pois os arquitetos de escolhas, sejam elas públicas ou privadas, não estão apenas identificando ou colocando em prática as decisões que esperam que as pessoas tomem; na verdade, estão, conscientemente, induzindo as pessoas a seguir caminhos que melhorarão sua vida. Estão dando um *nudge*. (THALER; SUNSTEIN, 2019, p. 14).

De fato, a LGPD inaugura uma estrutura em que os titulares de dados gozam de uma estrutura de escolhas com maior nível de controle, com possibilidade de realizar a migração de seus dados para outro fornecedor de produtos e/ou serviços e encerrar o tratamento (*opt out*), por exemplo. Poderia a LGPD ser considerada um

²³Dar *nudge* significa dar um estímulo, um empurrãozinho, um cutucão (THALER, SUNSTEIN, 2019).

nudge governamental para que os titulares sejam estimulados a controlar seus dados?

Apesar de criar uma série de incentivos, com alguns deles direcionados a incentivar os titulares a terem maior controle sobre seus dados, a LGPD não pode ser considerada um *nudge* pelo fato de ser uma norma cogente, que veta opções e cria obrigações que deverão ser observadas sob pena de sanção, o que descaracteriza a natureza de um *nudge*, tendo em vista ser esse

[...] qualquer aspecto da arquitetura de escolhas capaz de mudar o comportamento das pessoas de forma previsível sem vetar qualquer opção e sem nenhuma mudança significativa em seus incentivos econômicos. Para ser considerada um *nudge*, uma intervenção deve ser barata e fácil de evitar. Um *nudge* não é uma ordem. Colocar as frutas em uma posição bem visível é um exemplo de *nudge*. Simplesmente proibir junk food, não. (THALER; SUNSTEIN, 2019, p. 14).

Dessa feita, os incentivos inaugurados com a LGPD não permitem caracterizá-la como um *nudge*.

Por fim, verificou-se que a LGPD pode ser considerada eficiente sob o critério de Kaldor-Hicks quando analisada como um todo, haja vista que há ganho social, representado por um ambiente de tratamento de dados pessoais, em tese, mais seguro, que revela ganhadores (titulares de dados no geral) que poderiam indenizar os perdedores (aqueles que arcam com o ônus para a implementação dos requisitos da norma) a fim de possibilitar tal ganho; demonstra-se relevante para a análise juseconômica desvendar, através de uma visão consequencialista, a estrutura de incentivos criada pela LGPD e os custos de transação inaugurados, o que servirá como substrato à análise dos dispositivos da LGPD no que concerne à eficiência na promoção da autodeterminação informativa, conforme critério de análise exposto no capítulo 4.

3 O DIREITO À PRIVACIDADE ONTEM E HOJE

O direito à privacidade passou por uma série de mudanças quanto ao seu entendimento desde seu berço até os dias atuais. As mudanças sociais e as diferentes formas de interação entre pessoas culminaram em alterações no entendimento desse direito. O fator tecnológico, especialmente após o advento da internet e sua disseminação pelo globo, possibilita a criação de situações em que a privacidade das pessoas é colocada em risco diuturnamente, especialmente através do tratamento de seus dados pessoais de forma não autorizada.

O presente capítulo apresenta tópicos cuja finalidade é promover a construção do entendimento do direito à privacidade, desde suas origens até os dias atuais, com abordagem da autodeterminação informativa. Serão elucidadas as questões terminológicas envolvendo os termos privacidade e intimidade, com investigação da distinção e da aproximação dos dois termos para, ao final, verificar a opção adotada pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Será realizada, ainda, caracterização da sociedade da informação, abordando-se a proteção de dados nesse contexto, com diferenciação entre as espécies de dados e os impactos da tecnologia denominada *big data* nessa realidade. Por fim, abordar-se-á como a proteção de dados pessoais era tratada no ordenamento jurídico brasileiro antes da promulgação da LGPD, para então verificar os efeitos dessa lei no que se refere à eficiência juseconômica na promoção da autodeterminação informativa.

3.1 Questões terminológicas – privacidade e intimidade

Aos termos privacidade e intimidade são geralmente imputadas distinções quanto à profundidade e ao alcance. Por outro lado, alguns autores optam por tratar os termos como sinônimos, por entenderem estar a intimidade inclusa no conceito de privacidade. Diante da existência de caracteres diferenciadores, entende-se pertinente expô-los, bem como realizar a reflexão sobre as semelhanças entre privacidade e intimidade e o motivo daqueles que os entendem como sinônimos; demonstrar-se-á, ao final, a opção feita nesse trabalho.

O direito à privacidade traduz-se na faculdade de obstar a intromissão de estranhos em sua intimidade e em sua vida privada, assim como a de controlar as próprias informações a fim de evitar acesso ou divulgação não autorizados. Assim, o direito à privacidade evidencia dois atributos em seu âmbito de proteção (VIEIRA, 2007), que são comumente tratados como sinônimos.

A intimidade da pessoa refere-se à esfera do secreto, da reserva, do sigilo. Significa a intimidade tudo quanto diga respeito única e exclusivamente à pessoa em si mesma, a seu modo de ser e de agir. A intimidade “é anterior ao Direito; a pessoa tem seu mundo íntimo, mais profundo, secreto ou escondido dentro dela, protegido como se fosse o nascituro, não aparecendo no exterior” (MACEIRA, 2014, p. 64). Ela é construída no mundo interior, sem a necessidade de elementos externos.

A intimidade se refere, portanto, a uma zona mais estrita da pessoa, que reflete seus pensamentos, ideias e emoções. Por outro lado, vida privada, ou privacidade, abarca a vida pessoal e familiar da pessoa, que pode ser de conhecimento daqueles que desfrutam de sua convivência (VIEIRA, 2007). A última, conforme pode ser percebido, tem maior abrangência que a primeira:

Assim, para maior esclarecimento, verifica-se que a intimidade é algo a mais do que a vida privada, ou seja, a intimidade caracteriza-se por aquele espaço considerado pela pessoa como impenetrável, intransponível, indevassável e que, portanto, diz respeito única e exclusivamente a pessoa, como, por exemplo, recordações pessoais, memórias, diários, etc. Este espaço seria de tamanha importância para a pessoa que não desejaria compartilhar com ninguém. São os segredos, as particularidades, as expectativas, enfim, seria o que vamos chamar de o ‘canto sagrado’ que cada pessoa possui. Já a vida privada consiste naquelas particularidades que dizem respeito, por exemplo, à família, problemas envolvendo parentes próximos, saúde física e mental etc. Percebe-se que neste caso a pessoa poderia partilhá-la com as pessoas que bem lhe conviesse, sendo da família ou apenas um amigo próximo. (GUERRA, 2004, p. 55).

A intimidade é o lugar onde se aninham os pensamentos e que deve ser protegido contra a intromissão de terceiros, até mesmo daqueles que participam da convivência diária da pessoa. “Enfim, a intimidade revela aquilo que entretece o recôndito do ser, a esfera mais reservada de uma pessoa; configurando-se como espaço necessário ao autoconhecimento” (VIEIRA, 2007, p. 29).

Por sua vez, a privacidade diz respeito à confidência, reserva e todo ato humano externo que a pessoa queira preservar de divulgação ou de conhecimento por terceiros, em uma perspectiva relacional. Situa-se no campo dos atos humanos externos, lembrando que se refere a atos que a pessoa não deseja publicar nem divulgar, quer que o conhecimento de tais atos permaneça limitado a um círculo restrito de pessoas (VIEIRA, 2007). Assim, da vida privada participam os sujeitos da convivência privada da pessoa:

A privacidade não se confunde com a intimidade, mas esta pode incluir-se naquela, por integrarem ambas o direito à vida privada. Por isso, as tratamos de modo diverso, apesar de a privacidade voltar-se a aspectos externos da existência humana, como sigilo bancário, recolhimento em sua residência sem ser molestado, escolha do modo de viver, hábitos, comunicação via epistolar ou telefônica etc.; e a intimidade diz respeito a aspectos internos do viver da pessoa, como segredo pessoal, relacionamento amoroso, situação de pudor diário íntimo, respeito à enfermidade ou à dor pela perda de pessoa querida. (DINIZ, 2010, p. 470).

Apesar da proximidade semântica entre os termos privacidade e intimidade, a última possui um âmbito menor,²⁴ por se tratar do indivíduo consigo mesmo, seus pensamentos e devaneios, abstraído da necessidade de comunicar-se com outras pessoas do seu meio social (FERRAZ JR., 2001).

A doutrina alemã desenvolveu a denominada teoria das esferas (*Sphärentheorie*), que divide a privacidade em um esquema imagético de três círculos concêntricos:

O primeiro círculo, de maior amplitude, representa a esfera privada – *Privatsphäre* ou *sphere of privacy* dos norte-americanos – excluindo-se do conhecimento de terceiros aspectos específicos da vida da pessoa. O segundo – *Intimsphäre* – compreende os valores atinentes ao âmbito da intimidade ou esfera confidencial, cujo acesso é mais restrito, somente permitido àqueles indivíduos com os quais a relação pessoal se desenvolve de forma mais intensa. O terceiro e mais fechado dos círculos – *Geheimsphäre* – abrange a reserva, o sigilo, o

24[...] “informações que a pessoa guarda para si e que dão consistência à sua personalidade, dados de foro íntimo, expressões de autoestima, avaliações personalíssimas com respeito a outros, pudores, enfim, dados que, quando constantes dos processos comunicativos, exigem do receptor extrema lealdade e alta confiança, e que, se devassados, desnudariam a personalidade, quebrariam a consistência psíquica, destruindo a integridade moral do sujeito.” (FERRAZ JR., 2001, p. 18).

segredo, as mais profundas manifestações espirituais da pessoa, caracterizadoras da vida íntima *strito sensu*. (VIEIRA, 2007, p. 29).

No círculo externo estão situados os fatos e comportamentos que a pessoa deseja resguardar para que não se tornem de domínio público. No segundo círculo estão concentradas as informações compartilhadas com pessoas de confiança, excluído o público em geral. Por fim, no círculo menor estão as informações sigilosas ou secretas, aquelas nunca compartilhadas e aquelas reveladas apenas para pessoas extremamente íntimas (COSTA JÚNIOR, 2004).

A teoria das esferas é alvo de críticas que apontam a impossibilidade de se determinar cientificamente as fronteiras que dividem as três esferas, *Privatsphäre*, *Intimsphäre* e *Geheimsphäre* em face da incontornável relatividade entre elas. Ainda, pode-se falar na falta de relevância prática na divisão em esferas, não resultando em proteção jurídica diversa (HIRATA, 2017). Apesar dos questionamentos e críticas, a referida teoria foi adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no caso da Lei do Microcenso,²⁵ oportunidade em que afirmou que o terceiro e mais fechado dos círculos (*Geheimsphäre*) “não pode ser violado pelo Estado nem mesmo por Lei, por ser tal âmbito um recinto inatingível da vida privada, que não pode ser submetido a qualquer ação do poder público” (VIEIRA, 2007, p. 30). Dessa feita, algumas informações de caráter pessoal não podem ser exigidas dos cidadãos, ainda que sob compromisso de sigilo em uma pesquisa estatística. Foi argumentado que esse “espaço interior” deve ser preservado contra qualquer acesso de terceiros. Por outro lado, entendeu-se que informações eventualmente solicitadas pelos órgãos públicos que exorbitem essa esfera e que não violem a dignidade e autodeterminação do indivíduo devem ser prestadas ao Estado (VIEIRA, 2007).

25“Em 1983, o governo federal alemão planejava conduzir um recenseamento geral da população. No entanto, houve grande insatisfação popular pelo receio de uma excessiva vigilância e a sensação de que um censo seria uma invasão injusta à privacidade. Estes sentimentos levaram a um acalorado debate público, o que resultou em apelos por um boicote e no ajuizamento de Reclamações Constitucionais no Bundesverfassungsgericht, o qual decidiu que a Lei Censo Demográfico era parcialmente inconstitucional e, portanto, foi anulada, pondo fim ao censo temporariamente. Nesta decisão, chamada de Volkszählungsurteil, o Tribunal Constitucional Federal cunhou um novo direito fundamental: a autodeterminação informativa, âncora legal para proteção de dados na Constituição alemã. A decisão é, até o momento, a mais importante decisão na história da proteção de dados alemã, o que significa que entender essa decisão é crucial para compreender a visão alemã sobre proteção de dados.” (ASSMANN, 2014, p. 33).

Dessa feita, apesar de alguns autores realizarem a diferenciação entre os termos privacidade e intimidade, não há uniformização legislativa nesse sentido. A notável dificuldade enfrentada pela doutrina e pelos tribunais de diferenciar intimidade e privacidade enseja uma solução diversa: a unificação desses conceitos:

Pode-se entender, desse modo, que os termos “vida privada” e “intimidade” nada mais são do que uma menção específica a determinada amplitude do desenvolvimento da proteção da privacidade, como propõe a chamada teoria das esferas. Essa diferenciação mostrava-se importante em determinado momento histórico, mas não é mais relevante atualmente. (HIRATA, 2017).

A utilização do termo privacidade como abrangente da esfera íntima e privada parece ser uma opção adequada para sanar eventuais confusões. A especificidade do termo se mostra suficiente para distingui-lo de outros como imagem, honra ou identidade pessoal, sendo também clara o bastante para especificar seu conteúdo na atualidade (DONEDA, 2006).

A distinção da intimidade em relação à privacidade mostra-se cada vez mais incomum, com utilização dos termos atualmente como sinônimos (PEREIRA, 2011). Todavia, a ideia de que a privacidade possui definição mais abrangente e responde também pelas noções de intimidade e vida privada parece mais adequada.

Na LGPD, o legislador parece ter adotado a teoria de que o conceito de privacidade é amplo e engloba a intimidade. O termo intimidade aparece em dois momentos no texto da lei: como fundamento da disciplina da proteção de dados pessoais²⁶ e como direito do titular;²⁷ por sua vez, o termo privacidade tem vinte e oito ocorrências ao longo do texto.

Feita a incursão sobre a distinção entre os termos privacidade e intimidade, com indicação da teoria das esferas e a construção doutrinária sobre o alcance de cada um dos termos, optou-se nesse trabalho pela uniformização terminológica proposta por Doneda (2006), com utilização do termo “privacidade” como abrangente dos aspectos internos (intimidade) e externos (vida privada) da pessoa.

26Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem (BRASIL, 2018).

27Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei (BRASIL, 2018).

3.2 Evolução do direito à privacidade

O nascimento da ideia de privacidade pode ser associado historicamente à desagregação feudal, na qual os indivíduos eram todos ligados por complexas relações que refletiam na organização da vida cotidiana. Nesse contexto, o isolamento era privilégio daqueles que viviam, por opção ou necessidade, distantes da comunidade, como místicos, monges, pastores e bandidos (RODOTÁ, 2008, p.26).

Na Inglaterra do século XVI já se proclamava o princípio da inviolabilidade do domicílio, baseado na máxima *a man's house is his castle*, traduzida por “a casa de um homem é seu castelo”. Essa proteção não se estendia, todavia, a outras espécies de privacidade (física, das comunicações, decisional e informacional), o que veio a ocorrer somente no século XIX, quando ganharam os contornos de um direito autônomo (VIEIRA, 2007).

Com o advento das transformações políticas, sociais e econômicas proporcionadas pela Revolução Industrial, iniciada no século XVIII, aqueles que dispunham de meios materiais para construir suas próprias habitações, mesmo no ambiente urbano, passaram então a desfrutar de certa privacidade. A privacidade em sua gênese, portanto, não se apresenta como um direito da personalidade ou valor existencial, e sim como um privilégio adquirido por parte de um grupo com maior poder aquisitivo (RODOTÁ, 2008). Tem-se uma apropriação do espaço que culminará, posteriormente, no “direito de ser deixado só”; “o burguês, em outros termos, apropria-se de um seu “espaço”, com uma técnica que lembra aquela estruturada para a identificação de um direito à propriedade solitária” (RODOTÁ, 2008, p. 26).

Em 1846, na Alemanha, foi publicado o trabalho de David Augusto Röder, intitulado *Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*, em que o autor definiu como violadores do direito natural à vida privada o ato de incomodar alguém com perguntas indiscretas ou entrar num aposento sem se anunciar. Na França, o direito à privacidade foi reconhecido pela primeira vez em 1858,²⁸ em sede

28 Caso *Affaire Rachel*.

jurisprudencial, em que o Tribunal de Séné reconheceu à família de uma famosa atriz o direito de não publicação de sua imagem no leito de morte (SAMPAIO apud VIEIRA, 2007, p. 32).

A ideia de privacidade permeava o sistema jurídico norte-americano no século XIX, de forma que é possível reconhecer que a primeira manifestação do interesse individual de “ser deixado só” ocorre no caso *Wheaton v. Peters*, julgado pela Suprema Corte no ano de 1834 (ZANINI, 2015). Todavia, o conceito de privacidade só chegou a receber o reconhecimento formal da comunidade jurídica como um direito²⁹ com a publicação do artigo dos dois advogados norte-americanos, Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis³⁰ (FESTAS, 2009):

Naquela oportunidade, em Boston, a imprensa local preocupava-se sobremaneira em divulgar os mexericos do salão de determinada senhora, esposa de um dos advogados. Preocupados com as constantes invasões da vida pessoal e familiar por jornalistas e com ameaças representadas por “recentes invenções e métodos negociais”, delinearam os contornos de um “direito à privacidade”, também denominado “direito de estar só” (*right to be let alone*), fundamentando não em bases físicas, mas morais, não em direitos clássicos como o da propriedade, mas na “inviolabilidade da personalidade” (*inviolable personality*), e de onde emergem como objetos de proteção só pensamentos, as emoções e os sentimentos íntimos do indivíduo, independentemente de sua forma de expressão. (MACEIRA, 2014, p. 31).

A repercussão do referido artigo não se limitou às fronteiras norte-americanas, de forma que encontrou eco também na Europa. Todavia, foi nos Estados Unidos que a doutrina da privacidade enquanto direito autônomo alcançou sua expressão (MACEIRA, 2014).

29“Apesar de muitos estudiosos admitirem na common law o reconhecimento jurisprudencial do right of privacy antes do artigo de Warren e Brandeis, o tema não é, entretanto, isento de discussões. De fato, há um grupo considerável de estudiosos que vê nos casos apontados pelo artigo como de reconhecimento do privacy apenas a admissão de outros institutos, como o direito de propriedade, a quebra de contrato, a violação de confiança ou mesmo a ocorrência de difamação, sendo a eventual proteção do privacy apenas incidental. Afirma-se ainda que os argumentos utilizados por Warren e Brandeis para a construção do privacy partiram da errônea compreensão dos precedentes examinados.” (FESTAS, 2009, p. 156-157).

30“Antes do artigo de Warren e Brandeis, vamos encontrar na obra do juiz Thomas Cooley, publicada em 1880, sob o título “*A Treatise on the Law of Torts*”, a primeira utilização da expressão “*right to be let alone*”. Apesar de ter cunhado a expressão, Cooley não a relacionou com a noção de *privacy*, mencionando-a em seu trabalho sobre responsabilidade civil (*torts*) como parte do seguinte trecho: *The right to one’s person may be said to be a right of complete immunity: to be let alone.*” (ZANINI, 2015, p. 10).

As barbáries perpetradas na primeira metade do século XX por regimes totalitários e coletivistas como fascismo, nazismo e comunismo culminaram no extermínio não só de milhões de pessoas, mas também de quaisquer vestígios de individualismo: o Estado ou a raça tornaram-se o fim último, mitigando-se a própria noção de indivíduo e, por consequência, de privacidade. No pós-guerra, a privacidade ganhou reconhecimento na Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948:

Artigo XII: Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências e ataques. (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Nos anos subseqüentes, em especial a partir da década de 60, inicia-se um crescimento na coleta e circulação de informações que é fruto do desenvolvimento tecnológico, de uma “capacidade técnica cada vez maior de recolher, processar e utilizar a informação” (DONEDA, 2006, p. 12), o que dá azo à conexão entre a proteção da privacidade como proteção da própria pessoa.

No Brasil, o direito à privacidade é considerado direito fundamental e direito de personalidade.³¹ A tutela da privacidade busca contemplar atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica, haja vista ser componente essencial à formação da pessoa, indispensável à construção do indivíduo e de suas fronteiras com os demais (DONEDA, 2008); a tutela desse bem jurídico vai ao encontro da promoção da dignidade da pessoa humana, núcleo do ordenamento jurídico nacional (CANCELIER, 2017).

31 “[...] o direito à privacidade começou a ser incluído na legislação civil – enquanto direito de personalidade – sendo, ao final, reconhecido como direito fundamental protegido em sede constitucional. Dentre as constituições atuais, observa-se que algumas Cartas preveem a privacidade apenas de forma genérica; em outras, a privacidade nos meios de comunicação e, por fim, há aquelas que protegem a privacidade sob esses dois aspectos e também a privacidade informacional, como as de Portugal, Hungria, Eslovênia e Rússia. Ainda mais inovadora se apresenta a Constituição espanhola que além de garantir o direito à intimidade e à vida privada, à privacidade do domicílio, à privacidade das comunicações, ainda limita o uso da informática para garantir a intimidade pessoal e familiar (artigo 18). [...]. Hoje, a maior parte dos países democráticos tutela a privacidade na própria Constituição, exceto alguns países de raiz common law, como Reino Unido, que reconhece o direito à privacidade mediante jurisprudência.” (VIEIRA, 2007, p. 36).

A privacidade nos dias atuais, diante das inovações tecnológicas e diferentes formas de relacionamento, ganha novos contornos. Os dados pessoais e o controle da pessoa sobre eles eclodem na ideia da autodeterminação informativa. Tal ideia surge, então, como elemento da privacidade (MENDONÇA, 2014).

Por fim, quatro categorias podem ser então elencadas no que tange aos diversos conceitos de privacidade: a) o direito de ser deixado só; b) o resguardo contra interferências alheias; c) o segredo ou sigilo; e d) o controle sobre informações e dados pessoais (LEONARDI, 2012, p. 79). Ao criticar cada um desses aspectos da privacidade, Marcel Leonardi (2012) conclui pela necessidade de haver um conceito plural de privacidade, com tutela desse bem jurídico de forma mais ampla possível, ante sua caracterização como direito fundamental e direito da personalidade.

3.2.1 O direito à privacidade na Constituição Federal de 1988

O direito à privacidade está previsto na Constituição do Brasil em seu artigo 5º, inciso X, que diz que “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, 1988), motivo pelo qual é tido como um direito fundamental de primeira geração, por se constituir em um direito civil individual de todo cidadão (MENDONÇA, 2014). A LGPD faz referência ao direito fundamental da privacidade ao enunciar seu objetivo protetivo.³²

³²Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (BRASIL, 2018).

A Constituição Federal é baseada na dignidade da pessoa humana,³³ que é um pressuposto, e não uma criação sua:

A lei positiva prevê e consagra o que é um dado prévio ao direito. O direito existe para as pessoas; e não deixaria de ser assim ainda que a lei não o proclamasse. [...] A dignidade da pessoa humana encontra a sua expressão nos dias de hoje, de modo praticamente universal, na categoria dos direitos da personalidade, direitos do homem ou direito humanos. O fim destes é assegurar a realização ética do homem. Por isso, mesmo aspectos não previstos por lei são englobados nos direitos da personalidade, enquanto necessários para exprimir e assegurar a dignidade da pessoa. (ASCENSÃO, 2003, p. 317).

A privacidade, enquanto direito fundamental,³⁴ é *conditio sine qua non* da vida, de forma que a pessoa necessita de lugar em que possa pensar e exercitar o que considera de mais secreto e profundo, como forma de gozar da própria vida (SILVA NETO, 2002). Tal lugar secreto é a privacidade que foi expressamente tutelada pela Constituição Federal como direito fundamental.

O legislador constituinte optou por não fazer uso do termo *privacidade*, mas das expressões *vida privada* e *intimidade*, sem oferecer conceitos a nenhuma delas. Independente da forma como é designada, quando se tutela a privacidade busca-se contemplar “atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica” (SCHREIBER, 2013, p. 13). Sendo a privacidade componente essencial à formação da pessoa, indispensável à construção do indivíduo e de suas fronteiras com os

33“A dignidade humana não corresponde, portanto, a algum aspecto específico da condição humana, mas exprime, isto sim, ‘uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano’, sendo frequentemente apresentada como ‘o valor próprio que identifica o ser humano como tal’. Seu conceito pode ser formulado nos seguintes termos: a dignidade humana é o valor-síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana. Seu conteúdo não pode ser descrito de modo rígido; deve ser apreendido por cada sociedade e cada momento histórico, a partir de seu próprio substrato cultural. [...] Mais importante que a conceituação é a compreensão do propósito da sua incorporação ao ordenamento jurídico: proteger a condição humana, em seus mais genuínos aspectos e manifestações, tomando a pessoa ‘sempre como um fim e nunca como um meio’. Nesse sentido é que se revela ‘contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto.’ (SCHREIBER, 2013, p.8).

34Gomes Canotilho observa que as expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinônimas. Poderia haver distinção entre as duas: “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico-intitucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal, e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.” (CANOTILHO, 1991, p. 529-530).

demais, sua tutela vai ao encontro da promoção e proteção da dignidade da pessoa humana, fundamento norteador do ordenamento jurídico brasileiro (DONEDA, 2008).

Há na Constituição Federal, ainda, artigos que tutelam a privacidade de forma indireta: é o caso dos incisos XI, XII e XIV do art. 5º, que preveem, respectivamente, a inviolabilidade da casa do indivíduo, do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas e o acesso a toda informação, resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (CANCELLIER, 2017). O texto constitucional prevê também a figura do *habeas data*, concedido para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público e para a retificação de dados.

Não há previsão expressa no texto constitucional da intangibilidade do direito à privacidade, tampouco de dever do Estado no respeito a essa proteção. É possível argumentar, todavia, que o limite material se encontra de forma indireta no inciso IV do §4º do art. 60³⁵ da Constituição Federal, de forma a vincular a atividade estatal ao princípio da dignidade da pessoa. O indivíduo tem o direito de defesa contra ingerências do Estado com a proibição da atuação estatal em atos capazes de atingir a vida humana digna:

O cunho dos direitos derivados desses bens jurídicos é eminentemente individualista. Pretende-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal indene contra as expansões do poder. Não surpreende, assim, que se voltem contra ações do Estado. Trata-se de direitos que postulam abstenção dos governantes, criam obrigações de não fazer, de não intervir sobre aquelas esferas íntimas de cada indivíduo, indispensáveis ao seu digno desenvolvimento. (MENDES, 2001, p. 107).

O direito à privacidade é constitucionalmente reconhecido, portanto, como direito fundamental; trata-se de prerrogativa que tem o indivíduo em face do Estado,³⁶ isso porque o exercício dos poderes soberanos não vai ao ponto de ignorar

35Art. 60 A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais.

36“Os direitos fundamentais foram reconhecidos no século XIX como direitos subjetivos públicos oponíveis em face do Estado. Na condição de limitações impostas ao poder público, este era o único destinatário de tais preceitos; o que representava um obstáculo à sua aplicação nas relações privadas. No século XX, todavia, a publicação da Declaração Universal dos Direitos do Homem descortinou possibilidades para se invocarem os direitos fundamentais no tratamento das relações entre particulares.” (VIEIRA, 2007, p. 100).

que há limites para a sua atividade, além dos quais se invade a esfera jurídica da pessoa. Há como que uma repartição da tutela que a ordem jurídica oferece: “de um lado ela garante o Estado com instrumentos necessários à sua ação, e de outro protege uma área de interesse do indivíduo contra qualquer intromissão do aparato oficial” (BASTOS, 2010, p. 234).

3.2.2 O direito à privacidade no Código Civil Brasileiro

A privacidade também foi incorporada à legislação civil brasileira. Nessa seara, protege-se o direito à privacidade incluindo-o na categoria dos direitos da personalidade junto à proteção do corpo, da honra, da imagem e do nome (VIEIRA, 2007).

Os direitos da personalidade³⁷ são divididos em direitos físicos, direitos psíquicos e direitos morais. Entre os direitos físicos protegem-se o direito à integridade física, ao corpo, à imagem, à voz e à vida. Os direitos psíquicos dizem respeito aos direitos de liberdade de pensamento, de culto, de expressão e de outras manifestações, incluindo-se nesse nicho também o direito à privacidade, à integridade psíquica e ao segredo. Por fim, no grupo dos direitos morais situam-se os direitos à identidade, à honra, à reputação e o direito às criações intelectuais (BITTAR, 2001, p. 64).

Independente da categoria de enquadramento (físicos, psíquicos ou morais), os direitos da personalidade fazem incidir o foco de proteção na pessoa em si, de modo a lhe conferir um direito subjetivo de exigir dos outros o respeito a seu ser, sem o que não poderia livremente desenvolver sua personalidade (VIEIRA, 2007).

Os direitos da personalidade são posições jurídicas fundamentais do homem que ele tem pelo simples facto de nascer e viver; são aspectos imediatos da exigência de integração do homem; são condições essenciais ao seu ser e devir; revelam o conteúdo necessário da

37Nas palavras de Otto von Gierke, “Chamamos direito de personalidade aos direitos que concedem ao seu sujeito um domínio sobre uma parte da sua própria esfera de personalidade. Com este nome eles caracterizam-se como direitos “sobre a própria pessoa” distinguindo-se com isso, através da referência à especialidade do seu objeto, de todos os outros direitos...Os direitos de personalidade distinguem-se, como direitos privados especiais, do direito geral da personalidade, que consiste na pretensão geral, conferida pela ordem jurídica, de valer como pessoa. O direito de personalidade é um direito subjetivo e deve ser observado por todos.” (2018, p. 119).

personalidade; são emanações da personalidade humana; são direitos de exigir de outrem o respeito da própria personalidade; têm por objeto, não algo de exterior ao sujeito, mas modos de ser físicos e morais da pessoa ou bens da personalidade física, moral e jurídica ou manifestações parcelares da personalidade humana. (MIRANDA, 1998, p.58).

A concepção dos direitos da personalidade baseia-se na ideia de que há direitos, não economicamente apreciáveis, que são inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente. A existência dos direitos da personalidade³⁸ tem sido proclamada pelo direito natural, destacando-se o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem, à privacidade e à honra (GONÇALVES, 2010). Em relação à sua importância, afirma-se que caso com eles o homem não pudesse contar,

[...] todos os outros direitos subjetivos seriam irrelevantes para seu titular, o que significa que, sem a conquista dessa prerrogativa, nenhum outro direito existiria como tal. Foram instituídos com a finalidade da proteção direta da pessoa – que é o valor máximo do ordenamento – devendo ser, por esse motivo, tutelados nas diversas situações e integrados por todo o ordenamento. (DONEDA, 2006, p. 38).

Aos direitos da personalidade³⁹ foi dedicado um capítulo no Código Civil de 2002 (arts. 11 a 21), com vistas à salvaguarda desses direitos essenciais da pessoa em seus aspectos físico, moral e intelectual. Dispõe o art. 11 do referido diploma que, “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (BRASIL, 2002). São também absolutos, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis, inexpropriáveis e vitalícios (GONÇALVES, 2010, p. 186).

38“Alguns autores mencionam que os direitos da personalidade surgiram na Idade Média, quando o homem começou a cultivar a espiritualidade; outros dizem que foi na Antiguidade clássica. Apesar das divergências quanto à origem, há consenso de que foi o cristianismo o propulsor do reconhecimento desses direitos pelo Estado, apoiado nos ideais da dignidade e de igualdade dos homens. No século XVII, a Escola de Direito Natural exaltou os direitos da personalidade, considerando-os inerentes à pessoa e preexistentes ao Estado, que deveria simplesmente reconhecê-los e respeitá-los. No século XX, tais direitos foram gradualmente introduzidos nos códigos civis e, depois, nas constituições de cada país.” (VIEIRA, 2007, p. 37-38).

39Uma corrente de pensamento defendida por Nicola Coviello nega a própria existência dos direitos da personalidade, afirmando ser inconcebível admitir-se alguém tendo direitos cujo objeto seria sua própria pessoa (COVIELLO, 1949).

No que se refere à proteção aos direitos da personalidade, verifica-se que a lei civil prevê medidas judiciais cabíveis,⁴⁰ que devem ser ajuizadas pelo ofendido ou pelo lesado indireto; o escopo é resguardar a dignidade humana, de forma que a violação do direito da personalidade que causa dano à pessoa acarreta a responsabilidade civil extracontratual do agente, decorrente da prática de ato ilícito (GONÇALVES, 2010).

Em relação à privacidade, dispõe o art. 21 do Código Civil que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar o ato contrário a esta norma” (BRASIL, 2002). O dispositivo, em consonância com o art. 5º, X, da Constituição Federal protege todos os aspectos da privacidade da pessoa, concedendo ao prejudicado a prerrogativa de pleitear que cesse o ato abusivo ou ilegal. Caso o dano já tenha ocorrido, a lei civil assegura o direito à indenização.

A proteção da privacidade visa o resguardo do direito das pessoas contra intromissões indevidas em suas vidas:

O direito de estar só, de se isolar, de exercer as suas idiossincrasias se vê hoje, muitas vezes, ameaçado pelo avanço tecnológico, pelas fotografias obtidas com teleobjetivas de longo alcance, pelas minicâmeras, pelos grampeamentos telefônicos, pelos abusos cometidos na internet e por outros expedientes que se prestam a esse fim. (GONÇALVES, 2010, p. 204).

De fato, com o avanço tecnológico os atentados à privacidade tornaram-se mais frequentes, em especial através do tratamento de dados pessoais.

Tem-se que a privacidade no Código Civil brasileiro é tida como espécie do gênero direitos da personalidade e trata de manifestações das esferas íntimas que o indivíduo tem o direito de manter sob seu exclusivo controle ou comunicar a um grupo de pessoas por ele escolhidas.

Em contraposição à vertente da privacidade enquanto direito fundamental explorada no tópico anterior, em que há uma prerrogativa do indivíduo em face do Estado, a privacidade enquanto direito da personalidade, como trazido na lei civil,

⁴⁰Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei (BRASIL, 2002).

conduz a uma ideia de horizontalidade da privacidade entre os pares, que deve ser respeitada nas relações que particulares travam entre si.

3.3 O direito à privacidade na sociedade da informação – os contornos da autodeterminação informativa

O avanço da tecnologia da informação e a supervalorização de dados caracteriza um cenário mundial alterado que ganha relevância com a disseminação do uso de redes abertas e o incremento do poder computacional (VIEIRA, 2007). Tal cenário recebe a alcunha de “sociedade da informação”, isso porque está nela encravada uma nova forma de organização em que a informação é o elemento nuclear para o desenvolvimento da economia, com substituição dos recursos que outrora estruturavam as sociedades agrícola, industrial e pós-industrial.⁴¹ “No novo modo informacional de desenvolvimento, a fonte de produtividade acha-se na tecnologia de geração de conhecimentos, de processamento da informação e de comunicação de símbolos” (CASTELLS, 2009, p. 218).

A expressão *sociedade da informação* foi utilizada pela primeira vez em caráter oficial em 1993 por Jaques Delors, presidente da Comissão Europeia no Conselho da Europa de Copenhague, a fim de definir o uso da tecnologia da informação para reforçar a economia, melhorar a prestação de serviços e melhorar a qualidade de vida das pessoas (MARQUES; MARTINS, 2000). A sociedade da informação

[...] define uma nova forma de organização social, política e econômica que recorre ao intensivo uso da tecnologia da informação para coleta, produção, processamento, transmissão e armazenamento de informações. Por tecnologia da informação entende-se a microeletrônica, a computação (software e hardware), as

41Ao longo do tempo a sociedade passou por diversas formas de organização social, de forma que em cada época há um elemento central de seu desenvolvimento. Na sociedade agrícola, a riqueza provinda da terra impulsionava a economia através do escambo. Com a criação das máquinas a vapor e da expertise para utilização da eletricidade, a produção fabril deteve papel central na produção de riquezas e caracterizou a sociedade industrial. Posteriormente, o setor de serviços se destaca no arranjo socioeconômico de forma a caracterizar a sociedade pós-industrial, em que a prestação de serviços passa a ser a mola propulsora da economia, como por exemplo os setores bancário, securitário, educacional, de assistência médica e de consultoria jurídica (MURRAY, 2010).

telecomunicações, a optoeletrônica,⁴² a engenharia genética e todos os processos tecnológicos interligados por uma interface e linguagem comuns, na qual a informação é gerada, armazenada, recuperada, processada e transmitida. Informação consiste em um dado ou conjunto de dados, processado ou não, em qualquer suporte, capaz de produzir conhecimento. Nesse sentido, informação pode ser uma imagem, um som, um documento físico ou eletrônico, ou, até mesmo, um dado isolado. (VIEIRA, 2007, p. 156.157).

A revolução tecnológica experimentada tem dimensão planetária e cria um novo poder que encurta distâncias de tempo e espaço. O mundo aparece como uma entidade menor, mais integrada e ao mesmo tempo, paradoxalmente, mais fragmentada (PAESANI, 2007, p. xi).

Essa nova forma de arranjo social cria mecanismos capazes de processar e transmitir informações em uma velocidade jamais imaginável. A informação assume papel central da sociedade e atua como elemento estruturante que a (re)organiza, tal como fizeram a terra, as máquinas a vapor e elétricas e os serviços, respectivamente nas sociedades agrícola, industrial e pós industrial (BIONI, 2018, p. 5).

O principal ativo da sociedade da informação é, como a caracterização sugere, a própria informação; essa é essencial para o desenvolvimento de qualquer atividade, de forma a atuar como condição determinante para o desenvolvimento cultural e econômico da sociedade, o que impulsiona o uso intensivo da tecnologia da informação enquanto mecanismo facilitador de coleta, produção, processamento, transmissão e armazenamento de dados.

A transição da plataforma na qual a informação é sobreposta foi a grande guinada para o estágio atual da capacidade de processamento:

Antes, o acúmulo, o armazenamento e a transmissão da informação davam-se na forma de átomos. Isto é, por meio da conjugação de partículas que resultavam em algo denso material e fisicamente, como, por exemplo, um livro ou um fichero em que o papel absorvia, por meio da técnica da escrita, as informações que se pretendia condensar, até que se descobriam os bits, que conseguiram agregar, por meio do sistema binário de dígitos (1 e 0), a informação em unidades menores. Tal técnica empregou uma linguagem compreensível para que o computador pudesse processar e

⁴²Optoeletrônica é o ramo da eletrônica voltado para o estudo e a concepção de dispositivos eletrônicos para emissão, modulação, transmissão e captação da luz (HOUAISS, 2001).

armazenar as informações (aglutinadas binariamente) e, até mesmo, responder a comandos predeterminados, como por exemplo, o uso de palavras-chave para finalidade de busca de tais informações. Dessa forma, os bits desmaterializaram a informação, permitindo a sua introdução em computadores. E, com o passar do tempo, todo tipo de informação passou a ser digitalizado, tal como o áudio e o vídeo. (BIONI, 2018, p. 6-7).

A informação enquanto conhecimento se torna produtiva⁴³ e estratégica para a atividade empresarial. Por tal motivo, é matéria-prima em uma economia redimensionada pelos avanços das tecnologias da informação e comunicação (TICs); os dados pessoais passam a ditar uma nova lógica para geração de riquezas (BIONI, 2018).

O advento da sociedade da informação proporcionou o crescimento do número de pessoas e de dispositivos conectados à rede mundial de computadores e o exponencial barateamento dos custos para armazenamento de dados.⁴⁴

São características básicas da sociedade da informação, portanto, o fato de a informação atuar como insumo do desenvolvimento político, social e econômico. O avanço tecnológico é impulsionado tanto pela busca por formas mais eficientes de gestão das informações já disponíveis quanto pela necessidade de incremento das formas de captação de novas informações.

Em um contexto alterado pela tecnologia, é plausível questionar se a privacidade tem sido relativizada ou mesmo eliminada: câmeras de segurança espalhadas por edifícios públicos e privados, em bancos e lojas; monitoramentos eletrônicos, acesso à localização via GPS, compartilhamento de atividades em redes sociais e criação de perfis de consumo.

A sociedade da informação se especifica como “sociedade de serviços”, com elevada padronização e crescentes vínculos internacionais. Duas consequências decorrem disso: quanto mais os serviços são tecnologicamente sofisticados, mais o

43“A produtividade do conhecimento será o fator determinante da posição competitiva de uma empresa, da uma indústria, de todo um país. Nenhum país, indústria ou empresa tem uma vantagem ou desvantagem ‘natural’. A única vantagem possível é a capacidade para explorar o conhecimento universalmente disponível. A única coisa que será cada vez mais importante, tanto na economia nacional como na internacional, é o desempenho gerencial para tornar produtivo o conhecimento.” (DRUCKER, 1993, p. 149).

44O tráfego de dados pela internet cresceu 31% em 2012, 24% em 2013 e 21% em 2014. Considerando apenas os dados oriundos da utilização de dispositivos móveis, esse volume cresceu 57% em 2012, 62% em 2013 e 64% em 2013. Somente pelo aplicativo WhatsApp, mais de 30 bilhões de mensagens são enviadas todos os dias (KLEINER et al., 2016).

indivíduo deixa nas mãos do fornecedor do serviço uma quantidade relevante de informações pessoais; quanto mais se alarga a rede de serviços, mais crescem as possibilidades de interconexões entre bancos de dados e disseminação internacional das informações coletadas (RODOTÀ, 2008).

Pode-se dizer que a sociedade da informação possui seu lado positivo e o negativo. Por um lado, as possibilidades técnicas permitem maior facilidade de comunicação e acesso à informação, o que proporciona às pessoas mais e melhores meios de expressão, criação, participação e interação (GONÇALVES, 2003). Por outro lado, a sociedade da informação traz riscos no que tange à violação de garantias fundamentais e direitos da personalidade, em especial o direito à privacidade. Há, ainda, o perigo de fortalecimento dos métodos de vigilância e controle da liberdade individual pelos órgãos estatais (GONÇALVES, 2003, p. 32) e entes privados.

Tecnologias de monitoramento, em especial as relacionadas à internet, podem apresentar ameaças à privacidade. Dentre elas destacam-se os *cookies*, que são registros gerados ao longo da navegação de um usuário e que são reconhecidos em acessos futuros, o que faz com que sites tomem conhecimento das preferências pessoais e alterem os anúncios ofertados, por exemplo. Ademais, *spywares* e *malwares* são comuns dentre o rol de aplicações disponíveis na rede,⁴⁵ e atuam como espiões que vigiam e compartilham hábitos dos usuários.

Em relação à noção dinâmica de privacidade, esclarece Rodotà que

Uma definição de privacidade como “direito de ser deixado só” perdeu há muito tempo seu valor genérico, ainda que continue a abranger um aspecto essencial do problema e possa (deva) ser aplicada a situações específicas. Na sociedade da informação tendem a prevalecer definições funcionais da privacidade que, de diversas formas, fazem referência à possibilidade de um sujeito conhecer, controlar, endereçar, interromper o fluxo das informações a ele relacionadas. Assim, a privacidade pode ser definida mais precisamente, em uma primeira aproximação, como o direito de

45A dimensão do problema pôde ser observada em uma pesquisa conduzida pela Bit9: a empresa, especializada em segurança de softwares, identificou que mais de 20% dos quase 500 mil apps para Android analisados foram considerados “suspeitos” ou “questionáveis”. Isso significa que, embora não sejam necessariamente programas maliciosos, estes aplicativos desempenham atividades suspeitas e têm acesso amplo a dados pessoais (e possivelmente sensíveis) dos usuários (CARBONBLACK, 2012).

manter o controle sobre as próprias informações. (RODOTÀ, 2008, p. 92).

O direito à privacidade na sociedade da informação demanda uma redefinição do conceito de esfera privada: é o conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais, sobre os quais o interessado pretende manter um controle exclusivo (RODOTÀ, 2008). Diante do tradicional poder de exclusão, atribui-se cada vez mais relevância e amplitude ao poder de controle; o objeto do direito à privacidade amplia-se como efeito do enriquecimento da noção técnica de esfera privada, que compreende um número crescente de situações jurídicas relevantes. Ao se falar em “privado” não se identificam necessariamente, nessa perspectiva, áreas às quais se atribui uma proteção especial por razões de intimidade. Tal noção tende agora a abranger “o conjunto de atividades e situações de uma pessoa que tem um potencial de comunicação, verbal e não-verbal, e que pode, portanto, se traduzir em informações. ‘Privado’ aqui significa pessoal, e não necessariamente secreto” (RODOTÀ, 2008. p. 93).

A tecnologia propicia uma esfera privada mais rica, porém mais frágil e mais exposta a ameaças, o que justifica a necessidade de contínuo fortalecimento de sua proteção jurídica. Isso porque o relevo atribuído ao momento da circulação e do controle não pode fazer com que sejam negligenciados os aspectos clássicos do sigilo e da proteção de informações pessoais como características permanentes da privacidade (RODOTÀ, 2008). A evolução diz respeito ao fato de a privacidade ter-se dilatado para muito além das informações relacionadas à esfera íntima da pessoa, constituída esta pelos dados que o interessado quer ver excluídos de qualquer tipo de circulação:

Percebe-se claramente que o “núcleo duro” da privacidade é ainda hoje constituído por informações que refletem a tradicional necessidade de sigilo (por exemplo, aquelas relacionadas à saúde ou aos hábitos sexuais): internamente, porém, assumiram cada vez maior relevância outras categorias de informações, protegidas sobretudo para evitar que pela sua circulação possam nascer situações de discriminação, com danos aos interessados. (RODOTÀ, 2008, p. 96).

A presença de riscos no uso de informações coletadas via tecnologias pujantes na sociedade da informação, e não uma natural vocação ao sigilo de certos

dados pessoais, foi o que levou ao reconhecimento de um “direito à autodeterminação informativa” como direito fundamental da pessoa (RODOTÀ, 2008).

A autodeterminação informativa surge como um elemento da privacidade e ganha destaque em razão do crescente uso das tecnologias de informação e de comunicação em todo o mundo, bem como da acumulação de informações e de dados pessoais dos usuários dessas tecnologias por governos e empresas (MENDONÇA, 2014). O direito à autodeterminação informativa pode ser compreendido como o direito da pessoa de controlar os seus dados pessoais e é composto por dois elementos: um de caráter negativo – os princípios que regulam a qualidade de tratamento dos dados – e outro de caráter positivo, enquanto instrumento dos interessados que podem ser assegurados através de instrumentos como o *habeas data* (MENDONÇA, 2014).

Questiona-se a respeito do salto dado entre a concepção tradicional do direito à privacidade, já declarado e garantido como direito fundamental e da personalidade, à ideia de direito à autodeterminação informativa.⁴⁶ Sobre esse ponto, esclarece-se que

Mais recentemente, foram sendo aprovadas normas internacionais, europeias e nacionais que tocam aspectos particulares da reserva da intimidade da vida privada, directamente respeitantes à protecção de dados ou informações pessoais. Não se trata já, todavia, do mesmo direito. Protege-se, neste caso, um direito à autodeterminação informativa (*Recht auf informationelle Selbstimmung*). Em muitos contextos, este direito aparece referido ao tratamento de informações mediante o uso da informática. (CASTRO, 2005, p.7).

Ao que parece, a autodeterminação informativa refere-se a um esforço de proteção da privacidade da pessoa voltada especificamente para os dados e informações pessoais, enquanto a privacidade refere-se a informações mais

46As primeiras definições da autodeterminação informativa nasceram na Europa com a preocupação com a regulamentação dos bancos de dados pessoais. O primeiro passo em direção à proteção desses bancos de informações foi através da edição da Resolução nº 428 pela Assembleia Consultiva do Conselho da Europa, ainda em 1970 – ou seja, ainda muito antes da poderosa ferramenta da Internet ganhar popularidade. Esta resolução vedava o acúmulo de informações sobre o indivíduo que pudesse torna-lo “exposto e transparente”, devendo o Estado apenas armazenar informações pessoais mínimas para fins de prestação de serviços públicos a que fossem destinadas estas informações, seja qual fosse o tipo do serviço, além de prever sanções nos casos de violação a este direito (NAVARRO, 2012).

abrangentes. O direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada identificam o “patrimônio informativo atual ou potencial” de uma pessoa (RODOTÀ, 2008).

O direito à autodeterminação informativa concede à pessoa um real poder sobre suas próprias informações e dados. Percebe-se uma evolução do conceito de privacidade: da definição originária – direito de ser deixado só – ao direito de manter o controle sobre as próprias informações e determinar a modalidade de construção da própria esfera privada. Dessa forma, constitui o direito à privacidade um instrumento fundamental contra a discriminação, a favor da igualdade e da liberdade (MORAES, 2008). Nas sociedades de informação, como as de atualmente, pode-se dizer que “nós somos as nossas informações”, pois elas nos definem, nos classificam e nos etiquetam (RODOTÀ, 2008); portanto, ter como controlar a circulação das informações e saber quem as usa significa adquirir, concretamente, um poder sobre si mesmo.

A autodeterminação informativa foi alçada a fundamento da disciplina de proteção de dados pessoais na Lei Geral de Proteção de Dados, conforme disposição de seu art. 2º, II (BRASIL, 2018), o que parece indicar a atenção do legislador com a proteção da privacidade no contexto da sociedade da informação.

3.4 A proteção de dados pessoais na sociedade da informação

Verificou-se que tecnologias da informação podem apresentar riscos à privacidade diante dos novos recursos disponíveis; dessa forma, passa-se à abordagem da proteção de dados pessoais na sociedade da informação.

Dado pessoal é o dado relacionado a um indivíduo identificado ou identificável, independente do suporte em que se encontre registrado (escrita, imagem, som ou vídeo). Identificado é o indivíduo já conhecido, enquanto identificável é aquele que pode vir a ser conhecido pelo possuidor de seus dados direta ou indiretamente através de recursos tecnológicos (CASTRO, 2005). O IP⁴⁷ atribuído a um determinado computador quando é conectado à rede é um exemplo

47O IP (Internet Protocol) é o principal protocolo de comunicação da Internet. Ele é o responsável por endereçar e encaminhar os blocos de informações que trafegam pela rede mundial de computadores (PISA, 2012).

de dado pessoal: apesar de tal informação não conduzir à identificação direta do internauta, ela poderá ser conhecida a partir da interconexão do IP com outros dados armazenados pelo provedor de acesso à internet (VIEIRA, 2007).

Dados pessoais constituem-se como um prolongamento da pessoa no meio virtual. Dessa forma, no contexto da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), não é qualquer dado que possui repercussão jurídica, a fim de ser objeto de tutela pelo Direito, mas tão somente aquele que atrai o qualificador “pessoal”. Chama-se a atenção à bipartição existente no que diz respeito ao alargamento ou restrição da conceituação, que ora retrai (reducionista), ora expande (expansionista).

Tabela 1 – Vocabulário analítico para a definição do conceito de dados pessoais.

Expansionista	Reducionista
Pessoa identificável	Pessoa identificada
Pessoa indeterminada	Pessoa específica/determinada
Vínculo mediato, indireto, impreciso ou inexato	Vínculo imediato, direto, preciso ou exato
Alargamento da qualificação do dado como pessoal	Retração da qualificação do dado como pessoal

Fonte: (BIONI, 2018, p. 68).

O ordenamento jurídico brasileiro, tanto na Lei Geral de Proteção de Dados quanto em leis setoriais sobre tecnologias da informação, adotou o critério expansionista de dados pessoais. Verificar se um dado pode ser adjetivado como pessoal demanda uma análise contextual, que depende de qual tipo de informação pode ser extraída de uma determinada base de dados (BIONI, 2018). A adoção do critério expansionista para a definição de dados pessoais significa que não são caracterizados como pessoais somente aqueles dados que identifiquem, imediatamente, uma pessoa natural (nome, CPF, imagem, etc), mas também os dados que tornam a pessoa identificável de forma indireta.⁴⁸

⁴⁸O exemplo construído por Cots e Oliveira (2018) pode auxiliar no entendimento: imagine-se uma sala de aulas com 40 alunos em que a professora é vendada e a ela são fornecidas diversas informações até que ela adivinhe de qual aluno se está falando. A primeira informação poderia ser que o aluno oculto é um menino, o que poderia eliminar metade das possibilidades. A próxima informação é que o aluno tem pele negra. Mais uma leva de alunos são eliminados da possibilidade. Assim, informação após informação, vai se afinando as possibilidades até que a professora identifique precisamente o aluno. Verifique-se que o aluno não estava identificado, mas era

Assim, a identificação pode ser feita diretamente pelo próprio possuidor dos dados ou indiretamente por meio de terceiros. Entretanto, para não se resvalar ao absurdo de se classificar aleatoriamente qualquer informação relacionada com alguém como dado pessoal – o que implicaria a necessidade de adoção de procedimentos e de medidas especiais de proteção – devem-se considerar identificáveis apenas as pessoas físicas e jurídicas que possam ser conhecidas direta ou indiretamente, sem que seja necessário o dispêndio de tempo, custo ou esforço exagerado. (GONÇALVES apud VIEIRA, 2007, p. 225).

Se um empreendimento dispõe de um banco de dados que, se mesclados ou conjugados, identifiquem uma pessoa, tais dados serão considerados pessoais, ainda que isoladamente não sejam capazes de identificar o indivíduo (COTS; OLIVEIRA, 2018). Contudo, tais dados só são identificativos se estiverem todos à disposição do mesmo controlador, o que quer dizer que se o controlador não consegue identificar uma pessoa com os dados de sua base, tais dados apenas serão considerados dados pessoais se enriquecidos ou conjugados com mais dados, não antes (COTS; OLIVEIRA, 2018), o que reforça a importância da análise contextual para caracterização de um dado como pessoal.

Na sociedade da informação, verifica-se uma submissão das pessoas aos bancos de dados controlados por corporações e estados. Isso porque desde o nascimento a pessoa já tem inseridos seus dados em arquivos informatizados da Secretaria de Registro Civil. Com o decorrer dos anos, é comum que passe a integrar também os arquivos da Secretaria de Segurança Pública, do Conselho Nacional de Trânsito, da Receita Federal, e dos conselhos profissionais. Pode-se mencionar, ademais, os registros de estabelecimentos médicos, de instituições financeiras, de estabelecimentos de ensino, de associações, de lojas, de bibliotecas, sites de e-commerce e tantos outros estabelecimentos. Essas informações são coletadas e armazenadas em bancos de dados muitas vezes ligados em rede, o que possibilita a interconexão de arquivos e a definição de perfis de seus titulares (VIEIRA, 2007). Nesse cenário, até os dados aprioristicamente tidos como irrelevantes passam a gozar de importância para construção de perfil do titular, de forma que “o perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a identificável mediante a conjugação das informações que se tinha daquela sala de aulas.

interconexão de ficheiros com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento” (SILVA, 1998, p. 213).

O traçado do perfil de uma pessoa através da coleta e interconexão de seus dados armazenados em diferentes bancos de dados é prática comum no setor privado. A inteligência gerada pelo mercado, em especial através do marketing e da publicidade, converteu os dados pessoais em um fator vital para a engrenagem da economia da informação (BIONI, 2018). A base de sustentação desse novo mercado é a comodificação de tais dados, numa “economia de vigilância” que tende a posicionar o cidadão como mero expectador de suas informações (BIONI, 2008):

[...] Não se trata somente de dados ou de bancos de dados, mas, necessariamente, da dinâmica de um sistema de informação, que é o que permite a um manancial de fatos (dados) ser estruturado, organizado e gerenciado para produzir um conhecimento que possa ser revertido para tomada de uma decisão (e.g., direcionamento da ação publicitária). (BIONI, 2018, p. 39).

Também no setor público a prática de criação de perfis através de dados pessoais é utilizada para monitoramento e controle, muitas vezes impulsionada pelo mote de “menos privacidade, mais segurança”.⁴⁹ Essa receita é falsa, alerta Rodotà (2008), ao recorrer à metáfora do homem de vidro, de matriz nazista. A ideia do homem de vidro é totalitária porque sobre ela se baseia a pretensão do Estado de conhecer tudo, inclusive os aspectos mais íntimos da vida das pessoas, com a transformação em “suspeito” todo aquele que quiser salvaguardar sua vida privada, ao argumento de que “quem não tem nada a esconder, nada deve temer” (MORAES, 2008). O emprego das tecnologias da informação por estados não raras vezes coloca a pessoa em uma situação de risco e de discriminação, de forma que “estamos assistindo a uma progressiva extensão das formas de controle social, motivadas sobretudo por razões de segurança” (RODOTÀ, 2008. p. 9). Lembra-se,

49Essa iniciativa foi inicialmente adotada pelo governo norte-americano após o atentado terrorista pelo grupo islâmico Al-Qaeda, em 11 de setembro de 2001, e logo se espalhou por todo o mundo. Atualmente, qualquer passageiro com voo destinado aos EUA obriga-se a responder uma série de perguntas para a companhia aérea – independentemente se americano ou não – perguntas que oscilam de identificação de raça até refeição a ser servida durante o voo. Aparentemente tais respostas são irrelevantes, entretanto, uma vez cruzadas com outros dados coletados pela polícia de imigração e pelas agências de inteligência americanas, tem-se revelada a identidade e a personalidade do passageiro.

ainda, que “nos regimes totalitários, a criminalidade é bem mais controlada; mas o preço é o sacrifício da liberdade de todos (RODOTÀ, 2008, p. 10).

Os bancos de dados manipulados por entes públicos e privados possibilitam a definição de perfis de titulares de dados interconectados e a consequente classificação dessas pessoas em categorias, o que afronta a prerrogativa da privacidade que é própria de cada pessoa. Revela-se, ainda, outro agravante: o fato de ao titular das informações muitas vezes sequer ter conhecimento do tratamento de seus dados, tampouco das finalidades para as quais são utilizados; perde-se, assim, a oportunidade de solicitar a correção de informações que não sejam verdadeiras ou atualização de informações defasadas. O uso dessas informações pode ocasionar lesões aos interesses de seus titulares, como ser considerado inadimplente e não conseguir acesso ao crédito, ser recusado na contratação de um plano de saúde, ser rejeitado em vagas de emprego sem justificativa aparente, entre outros problemas (VIEIRA, 2007).

Ainda que corretas as informações de um determinado banco de dados, poderá haver danos ao titular de dados em caso de acesso ou divulgação indevidos por terceiros mal intencionados. É recomendável, do ponto de vista da autodeterminação informativa, que o titular seja informado da coleta ou armazenamento de seus dados; a partir daí, poderá haver anuência, correção ou atualização de seus dados. Ademais, é importante que seja garantido o direito de oposição, que é a faculdade de negar o tratamento de seus dados pessoais (VIEIRA, 2007).

Observa-se que a tecnologia contribui para a modelagem de uma esfera privada mais rica, com acesso a uma “aldeia global” e aumento da sensação de autossuficiência. Deterioram-se tradicionais formas de controle social, cujo lugar é assumido por controles mais globais e penetrantes, tornados possíveis pelo tratamento eletrônico das informações (RODOTÀ, 2008). A esfera privada, apesar de mais rica nesse contexto, se torna também mais frágil, cada vez mais exposta a ameaças, de forma que “daí deriva a necessidade do fortalecimento contínuo de sua proteção jurídica, da ampliação das fronteiras do direito à privacidade” (RODOTÀ, 2008, p. 95).

3.4.1 Espécies de dados pessoais

Dado pessoal é um gênero que abarca algumas espécies. O presente tópico tem por objetivo o aprofundamento nos caracteres das espécies de dados pessoais, a fim de compreendê-las e distingui-las, haja vista que a literatura jurídica sobre o tema e a LGPD abordarão diferentes espécies de dados pessoais.

Os dados pessoais podem ser classificados em três espécies: não sensíveis (ou ordinários), sensíveis e de tratamento proibido. Distinguem-se na medida em que

Os dados não sensíveis pertencem ao primeiro círculo da teoria alemã das esferas (*Sphärentheorie*), correspondendo à esfera privada de seu titular, denominada *Privatsphäre* pelos alemães ou *Sphere of Privacy* pelos norte-americanos. Os dados sensíveis pertencem ao segundo círculo denominado *Intimsphäre*, abrangendo os valores atinentes ao âmbito da intimidade ou esfera confidencial, cujo acesso é mais restrito. Os de tratamento proibido pertencem à esfera do segredo – *Geheimsphäre* na teoria alemã – abrangendo as manifestações espirituais da pessoa características da vida íntima *strictu sensu*. (VIEIRA, 2007, p. 228).

Apesar de demandarem menor grau de proteção, os dados pessoais não sensíveis merecem cuidado em seu tratamento, pois podem revelar aspectos que o titular gostaria de manter em sigilo quando confrontados com outros dados. Ainda que certos dados pessoais não deixem transparecer informações significativas quando analisados isoladamente, podem permitir a definição do perfil de seu titular quando agrupados a outros dados (VIEIRA, 2007) e, por tal motivo, devem ser submetidos a medidas de proteção adequadas. São exemplos de dados pessoais não sensíveis nome, sobrenome, sexo, estado civil, telefone, endereço, filiação e e-mail, com a ressalva de que a caracterização de um dado como pessoal não sensível dependerá do contexto de tratamento. Deve-se levar em conta, ainda, a explanação anterior de que são considerados pessoais não apenas os dados relacionados a uma pessoa identificada, mas também aqueles referentes a uma pessoa identificável mediante cruzamento de dados.

Os dados pessoais sensíveis, por sua vez, referem-se a dados que compreendem aspectos mais íntimos da pessoa; por sua natureza, podem oferecer especial vulnerabilidade no que tange à discriminação. São exemplos de dados

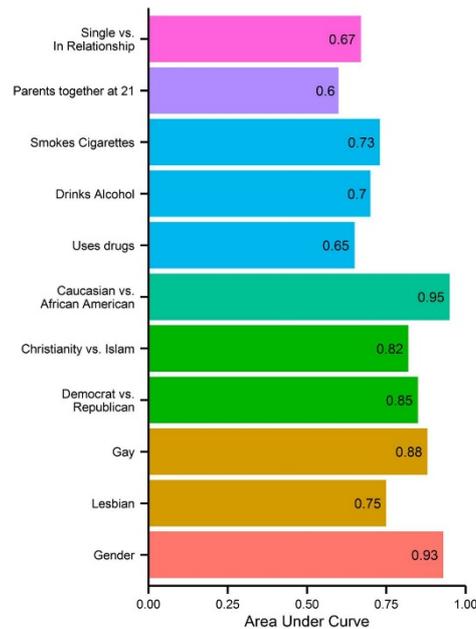
personais sensíveis aqueles que exprimem a orientação sexual, religiosa, política, racial, estado de saúde ou filiação sindical (BIONI, 2018, p. 85). Ressalte-se que, um dado “trivial” pode se transmutar em um dado sensível, particularmente quando se têm disponíveis tecnologias que permitem correlacionar dados para prever comportamentos e acontecimentos (BIONI, 2018).

É possível identificar individualidades sensíveis das pessoas a partir de informações triviais. Como exemplo, tem-se um estudo da Universidade de Cambridge⁵⁰ que verificou que as “curtidas” em uma rede social podem criar um retrato fiel dos gostos e preferências dos usuários por meio do qual poderiam ser extraídos diversos tipos de inferências. A pesquisa identificou com precisão a porcentagem dos usuários homossexuais e heterossexuais, os usuários brancos e negros e, por fim, quais teriam uma ligação partidária democrata ou republicana (KOSINSKI; STILLWELL; GRAEPEL, 2013). O mesmo pode suceder com outros “registros digitais”, tais como o histórico de navegação, os termos de pesquisa ou mesmo as compras realizadas por um consumidor. Todos esses dados têm o

50O estudo demonstra o grau em que registros digitais relativamente básicos do comportamento humano podem ser usados para estimar de forma automática e precisa uma ampla gama de atributos pessoais que as pessoas normalmente assumem serem privados. O estudo é baseado em likes do Facebook, um mecanismo usado pelos usuários do Facebook para expressar sua associação positiva com (ou "Curtir") o conteúdo online, como fotos, atualizações de status de amigos, páginas de produtos no Facebook, esportes, músicos, livros, restaurantes, ou sites populares. Os gostos representam uma classe muito genérica de registros digitais, semelhante a consultas de pesquisa na Web, históricos de navegação na Web e compras com cartão de crédito. Por exemplo, observar as curtidas dos usuários relacionadas à música fornece informações semelhantes à observação de músicas ouvidas on-line, músicas e artistas pesquisados usando um mecanismo de pesquisa na Web ou inscrições em canais do Twitter relacionados. Em contraste com essas outras fontes de informação, as curtidas do Facebook são diferentes pois estão atualmente disponíveis ao público por padrão. Esses outros registros digitais ainda estão disponíveis para várias partes (por exemplo, governos, desenvolvedores de navegadores da Web, mecanismos de pesquisa ou aplicativos do Facebook) e, portanto, é improvável que previsões semelhantes sejam limitadas ao ambiente do Facebook. (KOSINSKI; STILLWELL; GRAEPEL, 2013, tradução nossa). Original: *"This study demonstrates the degree to which relatively basic digital records of human behavior can be used to automatically and accurately estimate a wide range of personal attributes that people would typically assume to be private. The study is based on Facebook Likes, a mechanism used by Facebook users to express their positive association with (or "Like") online content, such as photos, friends' status updates, Facebook pages of products, sports, musicians, books, restaurants, or popular Web sites. Likes represent a very generic class of digital records, similar to Web search queries, Web browsing histories, and credit card purchases. For example, observing users' Likes related to music provides similar information to observing records of songs listened to online, songs and artists searched for using a Web search engine, or subscriptions to related Twitter channels. In contrast to these other sources of information, Facebook Likes are unusual in that they are currently publicly available by default. However, those other digital records are still available to numerous parties (e.g., governments, developers of Web browsers, search engines, or Facebook applications), and, hence, similar predictions are unlikely to be limited to the Facebook environment."* (KOSINSKI; STILLWELL; GRAEPEL, 2013).

potencial de revelar muitos atributos da personalidade de um indivíduo, dentre os quais informações sensíveis a seu respeito (BIONI, 2018).

Figura 1 – Precisão das previsões para atributos dicotômicos revelados no estudo.



Fonte: (KOSINSKI; STILLWELL; GRAEPEL, 2013).

No referido estudo concluiu-se que prever atributos e preferências individuais pode ocasionar melhora na usabilidade de inúmeros produtos e serviços e implementar maior eficiência a técnicas de marketing. Por outro lado, a previsibilidade desses fatores a partir de registros comportamentais na esfera digital pode ter consequências negativas consideráveis pelo fato de poder ser aplicada a elevado número de pessoas sem a obtenção de consentimento e até mesmo sem que elas percebam, o que afronta a autodeterminação informativa. Corporações, estados e até mesmo algum usuário da internet podem utilizar softwares para inferir atributos como inteligência, orientação sexual e visão política de alguém, e pode ser quem esse alguém não tenha intenção de divulgar tais informações. Pode-se imaginar situações em que essas previsões, ainda que incorretas, podem representar ameaças ao bem-estar, à liberdade e à vida de uma pessoa (KOSINSKI; STILLWELL; GRAEPEL, 2013).

Na categoria dos dados pessoais sensíveis enquadram-se as informações relacionadas às opiniões políticas e sindicais, além daquelas relativas à raça ou ao credo religioso:

[...] a particularidade dessa situação decorre do fato de que as opiniões políticas e sindicais não podem ser confinadas somente na esfera “privada”: pelo menos nos estados democráticos elas são destinadas a caracterizar a esfera “pública”, fazem parte das convicções que o indivíduo deve poder manifestar “em público”, contribuem para determinar sua identidade “pública”. A classificação desses dados na categoria de “dados sensíveis”, particularmente protegidos contra os riscos da circulação, deriva de sua potencial inclinação para serem utilizados com finalidades discriminatórias. Exatamente para garantir plenitude à esfera pública, determinam-se rigorosas condições de circulação destas informações, que recebem um fortíssimo estatuto “privado”, que se manifesta sobretudo pela proibição de sua coleta por parte de determinados sujeitos (por exemplo, empregadores) e pela exclusão de legitimidade de certas formas de coleta e circulação. (RODOTÀ, 2008, p. 96).

Chama-se a atenção que na matéria de proteção de dados pessoais as relações são sempre dinâmicas e contextuais,⁵¹ o que significa que é preciso fazer uma análise concreta de determinada atividade de tratamento para concluir se um dado pessoal será considerado sensível ou não (MARTINS, 2019).

Outra área em que orbitam uma miríade de dados sensíveis é a da saúde. A inclusão desses dados na categoria de sensíveis justifica-se pelo fato de se referirem a fatos íntimos e também pelo risco de que seu conhecimento possa provocar discriminações. Também vale ressaltar os dados relativos às características genéticas de uma pessoa.

O avanço da engenharia genética e o desenvolvimento de técnicas de mapeamento e edição do genoma têm possibilitado um amplo espectro de aplicações, que vão desde a manipulação de sistemas biológicos a correções *in vivo* diretas de situações consideradas anormais em tecidos e células.⁵² Dentre os

51A título de exemplo, imagine-se a situação em que uma pessoa informa seu nome para reserva de mesa em um restaurante. Provavelmente esse dado não será considerado sensível. Por outro lado, se um imigrante, ao contratar um plano de saúde, preenche um formulário com seu nome, que facilmente identifica sua origem étnica e isso afeta o preço do serviço oferecido, seu nome pode ser considerado um dado sensível.

52Edição genética, também chamada edição genômica, é um grupo de tecnologias que possibilita que cientistas alterem o DNA de um organismo. Essas tecnologias permitem que material genético seja adicionado, removido ou alterado em sítios específicos da cadeia do genoma. Várias técnicas de

dilemas a serem enfrentados, pode-se mencionar se dados genéticos coletados por determinado órgão público ou privado poderiam chegar ao conhecimento de outras instituições. Pode representar riscos aos titulares o compartilhamento de dados genéticos, mesmo com seu prévio e expresso consentimento, pois o acesso a essas informações afetaria não apenas aquele indivíduo, mas todos os membros de sua família.

Considerando-se que os dados genéticos denunciam a filiação do indivíduo, sua predisposição para desenvolver certas doenças, a presença de determinadas características físicas e psicológicas, enfim toda uma gama de informações circunscrita à intimidade ou à esfera confidencial da pessoa (*Intimsphäre*), devem tais informações serem classificadas como dados sensíveis. Diante do grave potencial ofensivo do compartilhamento dessas informações – ainda que com o consentimento de seu titular ou representante, tendo em vista que pertencerem não apenas ao indivíduo, mas também a toda a família – adotem-se medidas e procedimentos especiais de proteção para tal tratamento. Recomenda-se que se permita coleta e armazenamento desses dados apenas para fins de medicina preventiva, diagnóstico médico, ou fins legais, como ocorre em casos de reconhecimento de paternidade ou de identificação de autores de crimes graves. Enfim, devem ser traçados limites e procedimentos especiais para o tratamento de dados genéticos. (VIEIRA, 2007, p. 231).

O conhecimento de informações de naturezas médica e genética por parte de um empregador ou de uma companhia seguradora pode gerar discriminações. Estas podem assumir a forma da demissão, da não admissão, da recusa em estipular um contrato de seguro, da solicitação de um prêmio de seguro especialmente elevado. Explica-se assim a tendência de uma tutela mais robusta para essa categoria de dados sensíveis (RODOTÀ, 2008).

As informações genéticas assumem um valor constitutivo da esfera privada em um grau mais elevado que qualquer outra categoria de informações pessoais (RODOTÀ, 2008). Isso porquê elas estão relacionadas à própria estrutura da pessoa, não são modificáveis pela vontade do interessado e não podem ser removidas ou cobertas pelo esquecimento. Seu caráter estrutural e permanente é capaz de alocar as informações genéticas na parte mais dura do “núcleo duro” da

edição genética foram desenvolvidas recentemente, mas nenhuma delas alcançou o sucesso da CRISPR/Cas9, o que gerou bastante comoção na comunidade científica devido à sua rapidez, precisão, baixo custo e eficiência se comparada às demais técnicas previamente conhecidas (ESTÊVES, 2019).

privacidade, pois fornecem o perfil mais definido da pessoa e estão na base de ações discriminatórias (RODOTÀ, 2008). Os riscos visíveis dizem respeito à abertura de portas a modelos de “normalidade” genética, com legitimação de formas objetivas de discriminação e estigmatização de indivíduos ou grupos.

Na categorização proposta por Vieira (2007), tem-se que a derradeira espécie de dados pessoais são os denominados “dados de tratamento proibido”, que se referem a aspectos relacionados à esfera mais interior da privacidade de uma pessoa, como segredos pessoais que, se devassados, atentariam diretamente contra a dignidade humana do titular. Como exemplo é possível imaginar o caso de um diário pessoal com informações íntimas que é extraviado: as informações ali contidas são, *prima facie*, dados de tratamento proibido, devendo ser tuteladas com mais rigor dentro do sistema de proteção de dados. Apesar da pertinência da construção no que se refere a essa última categoria de dados, ela não foi acolhida pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que não faz menção aos dados de tratamento proibido.

Desse modo, conclui-se que, segundo construção doutrinária, os dados pessoais podem ser classificados em três espécies: não sensíveis, sensíveis e de tratamento proibido; todavia, o legislador da LGPD apresentou classificação dúplice, apenas diferenciando os dados pessoais não sensíveis dos dados pessoais sensíveis. Para fins desse trabalho, opta-se pela classificação dúplice das espécies de dados trazida pela LGPD.

3.4.2 Big data – Benefícios de sua utilização e riscos à privacidade

O termo *big data* surgiu no início do século XXI, com utilização inicial por astrônomos e geneticistas em um momento em que a capacidade de armazenamento dos computadores não era capaz de acompanhar toda a quantidade de informação disponível, o que os obrigou a pensar em novas formas e instrumentos para análise desses grandes bancos de dados (GOMES, 2017).

Apesar da ampla difusão do termo, não há uma definição uníssona quanto a seu conceito. A fim de elucidar aquela que serve de orientação ao presente trabalho, tem-se a ideia de que o *big data* se refere à possibilidade de extração de padrões e

predições a partir de uma grande quantidade de dados; tratam-se de operações que podem ser feitas em larga escala e não o podem em uma escala menor, e possibilitam extrair novos *insights* ou criar formas de valor, de formas a alterar mercados, organizações e a relação entre cidadãos e governos (MAYER-SCHONBERGER; CUKIER, 2013).

O Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio caracteriza o *big data* como sendo

O conjunto de dados cuja existência só é possível em consequência da coleta massiva de dados que se tornou possível nos últimos anos, graças à onipresença de aparelhos e sensores na vida cotidiana e do número crescente de pessoas conectadas a tais tecnologias por meio de redes digitais e também de sensores. (INSTITUTO DE TECNOLOGIA & SOCIEDADE DO RIO, 2016, p. 9).

O Article 29 Working Party,⁵³ organização de caráter consultivo e independente, criada pela Diretiva 95/46/EC do Parlamento Europeu, estabelece que

Big data se refere ao crescimento exponencial tanto da disponibilidade quanto do uso automatizado de informação: se refere aos gigantescos aparatos de dados digitais mantido por corporações, governos e outras grandes organizações, que então são extensivamente analisados usando algoritmos computacionais. O *big data* pode ser usado para identificar tendências e correlações e também para afetar indivíduos diretamente. (EUROPEAN COMMISSION, 2016 *apud* GOMES, 2017, p. 19).

Trata-se de tecnologia que permite a estruturação e a análise de um volume massivo de dados para uma gama indeterminada de finalidades. O *big data* é comumente associado a três “Vs”: volume, velocidade e variedade (LANEY, 2001). O volume refere-se à quantidade da dados, a velocidade diz respeito àquela em que as informações são captadas e transmitidas – muitas vezes em tempo real e ininterruptamente, e variedade seria a multiplicidade de tipos de dados e fontes (GOMES, 2017). Em suma, verifica-se que

53O grupo de trabalho em proteção de dados do artigo 29º foi formado sob a Diretiva 95/46/EC do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995 sobre a proteção de indivíduos no que diz respeito ao processamento de dados pessoais e a livre movimentação desses dados. Tem status de consultiva e age independentemente (EUROPEAN COMMISSION, 2016, tradução nossa).

a emergente era do *big data* implica, por sua própria natureza, uma falta de controle, dado que o volume de dados é sem precedentes, diversificado e move-se a uma velocidade que está cada vez mais se aproximando de tempo real. (GOMES, 2017, p. 20).

O *big data* excede a capacidade das tecnologias “tradicionais” de processamento, o que a torna capaz de organizar quantidades outrora tidas como inimagináveis de dados – dos bits aos yottabytes⁵⁴ – e em diversos formatos, como textos, fotos, vídeos e áudios; tudo isso em alta velocidade (BIONI, 2018). A evolução pode ser imputada a uma diferença crucial entre o *big data* e outras metodologias de processamento de dados, que é o fato da prescindibilidade de os dados estarem previamente estruturados para o seu tratamento (BIONI, 2018). Isso significa ser desnecessário relacionar os dados em entidades e atributos para processá-los, o que cria um novo tipo de linguagem para o *big data* que é o NoSQL (*not only structured query language*) em comparação ao SQL (*structured query language*).⁵⁵

É justamente a eliminação da etapa de estruturação dos dados que proporciona os caracteres marcantes do *big data* (os 3 Vs):

Isso porque tal etapa onera e demanda maiores esforços por parte de quem manuseia uma base de dados. Na medida em que se aumenta o volume, aumenta-se o tempo para estruturar os dados. Da mesma forma, na medida em que se aumentam os tipos (variedade) de dados, demanda-se mais tempo para organizá-los. Diz respeito, enfim, a uma cadeia de fatores interligados que se influenciam reciprocamente, ante a necessidade da etapa prévia de estruturação dos dados, que é descartada pelo *Big Data*. (BIONI, 2018, p. 41).

54O yottabyte é um múltiplo da unidade “byte” usada para informações digitais. O prefixo yotta indica multiplicação pela oitava potência de 1000 ou 1024 no Sistema Internacional de Unidades (SI), de forma que um yottabyte se refere a um septilhão de bytes. O símbolo da unidade yottabyte é YB (WIKIPEDIA).

55“Então, qual a diferença entre dados relacionais e não relacionais – ou SQL e NoSQL (Aka NewSQL)? Os dados relacionais são definidos no nível básico por uma série de entidades tabela que contêm colunas e linhas, ligadas a outras entidades de mesa por atributos comuns. Assim, por exemplo, como o proprietário de um pequeno negócio online você pode ter um banco de dados MySQL por trás de seu site com uma mesa de gravação do nome e endereço de e-mail de seus clientes. Outra tabela pode gravar os seus nomes de produtos e seus preços. A terceira tabela pode ligar os dois, registrando os clientes que compraram produtos, com informações adicionais, como a data da compra e se ou não qualquer desconto foi aplicado. (...) Os dados não relacionais, no entanto, não são (em geral) armazenados nas tabelas. Muitas vezes chamados de ‘dados não estruturados’, esses dados consistem de registros separados com atributos que variam, muitas vezes, por registro” (SAMPAIO, 2013).

Com a nova possibilidade aberta pelo *big data*, os dados não mais são analisados em pequenas quantidades ou por amostras, mas sim em toda a sua extensão. Isso possibilita a extração de novos *insights* e novas formas de valor desses dados, de forma a modificar mercados, organizações e o relacionamento de pessoas entre si e com o governo (MAYER-SCHONEBERGER; CUKIER, 2013). O salto no volume de dados também possibilita correlacionar uma série de fatos (dados) e estabelecer relações entre eles para desvendar padrões, o que possibilita, inclusive, inferir a probabilidade de acontecimentos futuros (BIONI, 2018).

O *big data* consiste em uma metodologia de processamento e organização de dados para inferir a (re)ocorrência de acontecimentos, o que possibilita, por exemplo, constatar a gravidez de uma cliente em uma farmácia a partir de sua lista de produtos recorrentemente adquirida.⁵⁶

Em suma, o *big data* não se presta a verificar a causalidade de um evento, mas sim a probabilidade de sua ocorrência. Em vez de questionar por que algo acontece, procura-se diagnosticar o que está acontecendo. Não há preocupação com a análise das razões que geram uma cadeia de eventos, mas tão somente com o seu desencadeamento (BIONI, 2018).

O núcleo duro do *big data* é a predição: apesar de ser descrito como um *branch* da ciência da computação e da inteligência artificial, e mais especificamente, da área denominada *machine learning*, essa caracterização é enganosa (MAYER-SCHONEBERGER; CUKIER, 2013). Big data não se trata de tentar “ensinar” um computador a “pensar” como humanos. Na verdade, é sobre a aplicação da matemática à grandes quantidades de dados para a inferir probabilidades: a probabilidade de que um e-mail é spam, a probabilidade de que a digitação de “isos”

⁵⁶Um exemplo que ilustra o big data é o da ação por parte da rede de farmácias americana Target. A gravidez é uma fase da vida na qual tais consumidoras consomem uma infinidade de produtos, sendo que tal informação se torna estratégica para as empresas. A equipe de análise da Target conseguiu verificar que tal perfil de consumidoras adquiria uma determinada lista de produtos. Isso permitiu não só prever o estado de gravidez, mas também o período de gestação, para então haver direcionamento de produtos de acordo com a respectiva fase da gravidez. Dessa forma, os algoritmos dos bancos de dados foram programados para estabelecer tal correlação, segmentando, dentre as milhares de consumidoras, aquelas com tal perfil para fins de ação publicitária. A eficiência do big data foi comprovada quando um pai furioso entrou no estabelecimento comercial de tal empresa, acusando-a de incentivar a filha adolescente a engravidar. Passados alguns dias, o gerente da loja, preocupado em perder o cliente, ligou para o pai, e esse informou do outro lado da linha que tinha tomado conhecimento do fato de a sua filha estar grávida, desculpando-se pelo ocorrido (BIONI, 2018).

deveria ser “isso”, que a trajetória e velocidade de uma pessoa que atravessa uma rua movimentada significa que ela provavelmente chegará do outro lado da rua em tempo – o carro auto-guiado pode reduzir sua velocidade apenas levemente, e não frear totalmente. Esse tipo de sistema funciona bem porque eles são alimentados com uma quantidade vasta de dados para a realização dessas previsões. Ademais, os sistemas são construídos para se implementarem automaticamente ao longo do tempo, com observância de quais são os melhores padrões e sinais para verificar à medida que mais dados são alimentados (MAYER-SCHONEBERGER; CUKIER, 2013).

Dessa feita, assim como a internet mudou radicalmente o mundo quando possibilitou a comunicação de computadores, também o *big data* poderá mudar aspectos fundamentais das relações humanas com o fornecimento de uma dimensão quantitativa nunca antes experimentada. Previsões mais acuradas, melhores decisões e intervenções mais precisas, tudo isso em uma escala ilimitada, ilustram o poder dessa tecnologia (HARVARD BUSINESS REVIEW, 2012).

O termo “datificação” auxilia na compreensão do fenômeno do big data: ele se refere à coleta de informações sobre toda e qualquer coisa imaginável, com a transformação dos dados coletados em um formato “quantificável”, o que permite o uso dessas informações de novas formas, como em análises preditivas, e resulta no acesso ao valor latente implícito da informação⁵⁷ (MAYER-SCHONEBERGER; CUKIER, 2013). A mudança de perspectiva consiste no fato de que

⁵⁷Enquanto a escala aumenta, o número de imprecisões aumenta também. Exatidão requer dados cuidadosamente organizados. Pode funcionar para pequenas quantidades, e é claro que certas situações assim o requerem: alguém tem ou não tem dinheiro suficiente no banco para emitir um cheque. Mas pela utilização de bancos de dados mais compreensíveis podemos trazer um pouco da rigidez e exatidão ao mundo do *big data*. Geralmente, *big data* é confuso, varia em qualidade e é distribuído ao longo de diversos servidores ao redor do mundo. Com o *big data*, satisfaz-se com um senso de direção generalizado ao invés do conhecimento de um fenômeno meticulosamente. [...] O que se perde em precisão no nível micro se ganha em *insights* no nível macro (MAYER-SCHONEBERGER; CUKIER, 2013, tradução nossa). Original: “As scale increases, the number of inaccuracies increases as well. Exactness requires carefully curated data. It may work for small quantities, and of course certain situations still require it: one either does or does not have enough money in the bank to write a check. But in return for using much more comprehensive datasets we can shed some of the rigid exactitude in a big data world. Often, big data is messy, varies in quality, and is distributed among countless servers around the world. With big data, we’ll often be satisfied with a sense of general direction rather than knowing a phenomenon down to the inch, the penny, the atom. [...] What we lose in accuracy at the micro level we gain in insight at the macro level.”

Enquanto humanos, fomos condicionados a buscar por causas, mesmo que a busca por causalidade seja comumente difícil e possa nos levar a caminhos equivocados. Em contraste, em um mundo com big data nós não temos que ser fixados em causalidades; ao revés, podemos descobrir padrões e correlações nos dados que nos ofereçam novos e valiosos *insights*. As correlações podem não dizer precisamente *porque* algo está ocorrendo, mas podem nos alertar que esse algo está ocorrendo.⁵⁸ (MAYER-SCHONEBERGER; CUKIER, 2013).

A utilização do *big data* traz à tona uma série de benefícios. Um deles diz respeito à funcionalidade de aplicativos, que é otimizada quando há interação com o universo do *big data*. Como exemplo, as pesquisas realizadas no Google se tornam mais eficientes e rápidas com a utilização dessa tecnologia, inclusive com sugestão de termos em tempo real enquanto o usuário digita, o que é denominado “preenchimento automático”;⁵⁹ o algoritmo do motor de pesquisa se baseia em bilhões⁶⁰ de informações pesquisadas por outros usuários, que são filtradas e adaptadas às especificidades daquele usuário (GOMES, 2017).

Outro exemplo de benefício do *big data* é no combate aos *spams*,⁶¹ que tem sido feito de forma mais eficiente graças ao desenvolvimento de ferramentas eletrônicas que se alimentam de grande quantidade de dados, com captação e análise em tempo real, de forma a filtrar mensagens indesejadas. O *spam*, conhecido dos usuários de correio eletrônico, culmina em perda de produtividade, incômodos, congestionamento de servidores e, não raro, em danos causados ao destinatário da mensagem, inclusive com violação da privacidade:

58Original: “As humans we have been conditioned to look for causes, even though searching for causality is often difficult and may lead us down the wrong paths. In a big-data world, by contrast, we won’t have to be fixated on causality; instead we can discover patterns and correlations in the data that offer us novel and invaluable insights. The correlations may not tell precisely why something is happening, but they alert us that is happening.” (MAYER-SCHONEBERGER; CUKIER, 2013).

59“As previsões de pesquisa vêm de: Termos que você está digitando. Aquilo que outras pessoas estão pesquisando, incluindo as tendências em pesquisas, que são histórias conhecidas na sua área mudam ao longo do dia. As tendências em pesquisas não têm relações com seu histórico de pesquisa. Pesquisas relevantes que você fez no passado (se estiver conectado à sua Conta do Google e se a Atividade na Web e de apps estiver ativada).” (GOOGLE, s.d.).

60O Google recebe 40.000 pesquisas por segundo, ou 3.5 bilhões por dia (INTERNET LIVESTATS).

61“O termo ‘spam’ é um neologismo surgido na esteira da popularização da internet. Originalmente, refere-se a uma determinada marca de alimento enlatado. Não é possível precisar quando foi empregado pela primeira vez no contexto que agora examinamos: talvez em meados da década de 1980, quando um usuário de um sistema informatizado causou problemas técnicos com a repetição automática da palavra “spam” em um ambiente multi-usuário; ou então, na mesma época, alguns grupos de discussão da USENET começavam a enfrentar mensagens enviadas em massa. O que parece certo é que o termo foi inspirado em um célebre quadro do grupo humorístico Monty Python.” (LEMONS et al; 2015).

Os transtornos ocasionados não passam despercebidos pelos juristas, sendo certo que apesar de sua etimologia cômica, o spam consiste em um dos mais sérios inconvenientes da comunicação virtual [...]. Mesmo diante da ausência, no Brasil, de Lei específica que impeça de maneira expressa o spam, a tecnologia, através do desenvolvimento de sofisticados algoritmos que utilizam o big data como forma primordial de operação, tem se incumbido de impedir, muitas vezes com sucesso, o recebimento de mensagens indesejadas e consequentemente aumentando a produtividade e até impedindo violações de direitos da personalidade. (GOMES, 2017, p. 26-27).

No setor de saúde o *big data* também aparenta trazer benefícios, como aumento de eficiência no salvamento de vidas e economia de recursos. Isso porque esse setor historicamente produz vasta quantidade de dados, o que o torna propício para aplicação da nova tecnologia.

Como exemplo tem-se uma parceria entre a IBM e o sistema público de saúde do Canadá; foram compilados milhões de dados armazenados, obtidos de aparelhos que monitoram os sinais vitais de bebês em unidades de terapia intensiva neonatal, com captação e análise de mais de 1.256 informações por segundo, 24 horas por dia (GOMES, 2017, p. 29).

Com o tratamento dos dados obtidos, foi possível identificar diversos fatores que contribuíam para infecções, como aumento de temperatura e frequência cardíaca. Diante disso, o sistema permitiu a emissão de um sinal de alerta precoce a fim de alertar os médicos que uma infecção teria potencial de ocorrer naquele paciente, algo que jamais poderia ser observado por médicos sem o auxílio da tecnologia, o que acabou salvando vidas, otimizando recursos e melhorando a qualidade do serviço prestado à população (GOMES, 2017).

O *big data* parece ter especial potencial nas seguintes áreas da saúde: 1. Operações clínicas: pesquisas de eficiência comparada para determinar formas mais clinicamente relevantes e custo-eficientes para diagnosticar e tratar doenças em pacientes; 2. Pesquisa e desenvolvimento: modelos preditivos para produção de drogas e dispositivos de ação mais rápida e visada; 3. Análise clínica: testes e prontuários de pacientes para identificar indicativos de efeitos adversos de produtos em fase de teste antes que cheguem ao mercado; 4. Saúde pública: análise de padrões em doenças e rastreamento de surtos e transmissões para catalogá-las, o

que permite uma resposta mais rápida; 5. Vacinas: Desenvolvimento mais célere e preciso de vacinas, como por exemplo com escolha da cepa anual de influenza; 6. A transformação de grandes quantidades de dados clínicos em informação acionável pode ser usado para identificar necessidades, proporcionar serviços e prever crises; 7. Análise genômica: execução de sequenciamento genético de forma mais eficiente, com redução de custos, tornando a análise genômica uma ferramenta padrão em tratamentos médicos (RAGHUPATHI; RAGHUPATHI, 2014).

O *big data* tem sido utilizado também na agricultura, como forma de otimização do processo produtivo. Destaca-se a previsão do tempo e de fatores climáticos como elementos cruciais na maximização da produção agrícola, de forma que o *big data* atua como mecanismo de grande valia para se alcançar esse objetivo; através de sensores eletrônicos no campo, com coleta e análise de dados de inúmeras fontes, possibilita-se que decisões estratégicas sejam adotadas com o auxílio tecnológico, o que maximiza as chances de êxito (GOMES, 2017).

O crescimento populacional demandará em 2050 a duplicação da produção de alimentos, se comparado aos índices atuais, para atendimento da demanda (FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION, 2017). Ainda, quase 1/3 dos alimentos produzidos no campo são perdidos ou descartados durante os processos de distribuição e venda, o que deixa transparecer a ineficiência do processo (ROYTE, 2016). Dessa feita, ao se levar em conta esse cenário preocupante e desafiador, a tecnologia do big data pode ser transformar num dos vetores que possibilite e assegure o futuro alimentar do planeta (GOMES, 2017).

Apesar dos diversos aspectos positivos relacionados à utilização do *big data*, evidenciam-se também riscos à privacidade das pessoas; isso porque, conforme já explicitado anteriormente, na sociedade da informação há uma constante “vigilância”:

Quando usamos nosso cartão de crédito para pagar, nossos celulares para comunicar, ou nosso CPF para nos identificar. Em 2007 a mídia britânica revelou a ironia de que há mais de 30 câmeras de vigilância em um perímetro de 200 jardas de onde George Orwell escreveu 1984. Bem antes do advento da internet, companhias especializadas como a Equifax, Experian e Acxiom coletavam, tabulavam e garantiam acesso a informações pessoais para centenas de milhões de pessoas pelo mundo. A internet tornou o rastreamento mais fácil, mais barato e

mais útil. E agências governamentais clandestinas de três letras não são as únicas a nos espiar. A Amazon monitora nossas preferências de compra e o Google nossos hábitos de navegação, enquanto o Twitter sabe o que se passa em nossas mentes. Facebook parece captar toda a informação também, junto com nossos relacionamentos. Operadoras de telefonia sabem não só com quem nós conversamos, mas quem está por perto. (MAYER-SCHONEBERGER; CUKIER, 2013).

A grande quantidade de informações pessoais coletadas, armazenadas e analisadas parece indicar que o *big data* desafia a sociedade e o ordenamento jurídico, especialmente naquilo que se refere à privacidade; tem-se um terreno fértil para práticas, por exemplo, discriminatórias, de vigilantismo excessivo, as quais não raro implicam em violações de direitos da personalidade (GOMES, 2017).

A ampla utilização do *big data* como modelo de negócios de empresas ou como forma de atuação do poder público pode culminar em uma prática de inegável impacto social, “devido a duas razões principais: *big data* permite previsões sem precedentes sobre a vida privada e deslocam o poder para aqueles que detêm a informação e aqueles que a fornecem (HIJMANS, 2016, p. 98).

Nem todo processamento de dados via *big data* lida com informações pessoais. Sensores em equipamentos de uma fábrica ou informações sobre o tempo coletadas em um aeroporto são exemplos disso. A análise de informações desse tipo através do *big data* não impõe risco à privacidade. Contudo, muitos dados coletados atualmente incluem informações pessoais. Empresas têm incentivos para coletar mais, manter por maior período e reutilizar mais frequentemente dados. Mesmo que alguns dados não aparentem conter informações pessoais, o processamento via *big data* permite o *track back* aos indivíduos a que eles se referem (MAYER-SCHONEBERGER; CUKIER, 2013).

A questão relevante não é se o *big data* aumenta os riscos à privacidade, pois sabe-se que a resposta é sim, mas se ele muda o caráter desses riscos. Se a ameaça é simplesmente maior, então as regras e normas para proteção da privacidade podem continuar efetivas na era do *big data*; nesse caso, tão somente aumentar os esforços existentes nesse sentido seria suficiente. Todavia, o problema com a privacidade foi transformado: o valor da informação não mais reside somente

em seu propósito primário, mas também em seus usos secundários (MAYER-SCHONEBERGER; CUKIER, 2013).

Na era do *big data*, as três estratégias fundamentais utilizadas para garantir a privacidade – consentimento individual, *opting out* e anonimização – perdem sua efetividade.⁶²

Além de uma constante exposição dos dados pessoais, sobretudo na internet, por mais inofensivo que seu conteúdo possa parecer, como a chamada *metadata*, quando comparados, catalogados e classificados podem revelar muito sobre determinada pessoa e possuem grande potencial danoso, caso utilizados para perseguição ou discriminação, além de alcançarem cada vez mais valor de mercado, recebendo tratamento por muitas empresas como verdadeira mercadoria. (GOMES, 2017, p. 42).

O setor privado não está sozinho no entusiasmo com o *big data*. Governos o estão também. Por exemplo, a Agência de Segurança Nacional Americana (NSA) foi exposta por sua prática de vasculhar e-mails, arquivos digitais, chamadas telefônicas e localização de pessoas ao redor do mundo, de acordo com documentos vazados em 2013 por Edward Snowden, um antigo empregado. Muitas dessas atividades já são conhecidas há tempos, apenas não estavam em foco na mídia. A NSA foi acusada de interceptar e armazenar 1.7 bilhões de e-mails, chamadas telefônicas e outros tipos de comunicações todos os dias, de acordo com a investigação perpetrada pelo Washington Post em 2010 (MAYER-SCHONEBERGER; CUKIER, 2013).

⁶²Pedir aos usuários qualquer uso possível de seus dados no momento da coleta não é útil. Essa permissão por atacado evita a própria noção de consentimento informado. [...] uma abordagem técnica para proteger a privacidade - anonimização - também não funciona de maneira eficaz em muitos casos. Anonimização refere-se a retirar dos conjuntos de dados quaisquer identificadores pessoais, como nome, endereço, número do cartão de crédito, data de nascimento ou número do Seguro Social. Os dados resultantes podem ser analisados e compartilhados sem comprometer a privacidade de ninguém. Isso funciona em um mundo de pequenos dados. Mas o *big data*, com seu aumento na quantidade e variedade de informações, facilita a re-identificação (MAYER-SCHONEBERGER; CUKIER, 2013, tradução nossa). Original: "Asking users to any possible use of their data at the time of collection isn't helpful. Such a wholesale permission emasculates the very notion of informed consent. [...] A technical approach to protecting privacy – anonymization – also doesn't work effectively in many cases. Anonimization refers to stripping out from datasets any personal identifiers, such as name, address, credit card number, date of birth, or Social Security number. The resulting data can then be analyzed and shared without compromising anyone's privacy. That works in a world of small data. But big data, with its increase in the quantity and variety of information, facilitates re-identification".

No passado, governos investigavam um “suspeito” com escutas e câmeras escondidas, a fim de escavar informações sobre aquele indivíduo. O *approach* atual é diferente e mais sofisticado: sob o pálio do espírito do Google e do Facebook, a ideia é de que uma pessoa é a soma de seus relacionamentos sociais, interações online e conexões com conteúdo. Como o governo nunca sabe quem será o próximo “suspeito” a ser escrutinado, ele coleta, armazena e garante acesso às informações não necessariamente para monitorar todos o tempo inteiro, mas para quando alguém cair sob suspeita, as autoridades poderem imediatamente ter acesso aos seus dados (MAYER-SCHONEBERGER; CUKIER, 2013).

Dessa feita, sem a pretensão de esgotamento do tema ou oferecimento de uma definição jurídica precisa do *big data*, parece possível entender que trata-se de tecnologia que se refere à análise de grande quantidade de dados, realizada de maneira automatizada por algoritmos, com intuito de extração de resultados e benefícios. Verificou-se, ainda, que o *big data* possibilita uma ampla vigilância das vidas de pessoas enquanto torna os meios legais de proteção da privacidade obsoletos.

3.5 A proteção de dados pessoais antes da Lei Geral de Proteção de Dados

Antes da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) havia leis esparsas para tratar de diferentes aspectos das relações jurídicas que envolviam dados pessoais. O presente tópico busca expor a temática da proteção de dados nessas leis, a fim de verificar a dimensão da proteção dispensada pelo ordenamento jurídico pátrio antes e após a Lei Geral de Proteção de Dados e, posteriormente, analisar esses dois momentos sob a ótica da eficiência na promoção da autodeterminação informativa.

A edição da LGPD não significa que a proteção de dados esteja limitada, no Brasil, a esse diploma legal; isso porque ela faz parte de um sistema que já estava em formação, de forma que deve ser vista como parte integrante desse sistema. (OLIVEIRA; LOPES, 2019, p. 60).

No plano constitucional, a Constituição Federal garante a inviolabilidade da privacidade e da intimidade:

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, 1988).

A ação constitucional do *habeas data*, prevista na Constituição Federal e regulamentada pela Lei 9.507/97,⁶³ estabelece uma ferramenta jurídica que conta com prioridade de tramitação⁶⁴ para o conhecimento de informações relativas à pessoa e a retificação de dados, o que pode ser relacionado, em alguma medida, à proteção de dados:

Art. 5º. [...]

LXXII – conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo. (BRASIL, 1988).

Pode-se apontar que na Constituição Federal de 1988, em uma interpretação conjunta dos artigos 1º, III, 3º, I e IV, 5º, X, XII e LXXII, a defesa da existência de um direito fundamental à proteção de dados pessoais não seria descabida (CARDOSO; FILHO).⁶⁵

63Art. 7º Conceder-se-á *habeas data*: I - para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público; II - para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; III - para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável. (BRASIL, 1997).

64Art. 19. Os processos de *habeas data* terão prioridade sobre todos os atos judiciais, exceto *habeas-corpus* e mandado de segurança. Na instância superior, deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que, feita a distribuição, forem conclusos ao relator. (BRASIL, 1997).

65A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que “os direitos à intimidade e à proteção da vida privada, diretamente relacionados à utilização de dados pessoais por bancos de dados de proteção ao crédito, consagram o direito à autodeterminação informativa e

Não ficaram as medidas de proteção de dados adstritas às previsões constitucionais. Em 1991 a Lei de Arquivos Públicos (Lei 8.159/1991) consagrou o direito da pessoa a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, além da inviolabilidade do sigilo, da intimidade e da vida privada,⁶⁶ sob pena de responsabilização nas esferas cível, penal e administrativa.⁶⁷

A Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), por sua vez, cumpriu o papel de desenhar a base de um sistema de proteção de dados pessoais, ainda que esteja relacionada com um contexto diverso: a transparência nas ações estatais e a definição clara do sigilo que pode ser imposto aos documentos públicos (VERONESE; MELO 2018):

A Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011) tem por objetivo assegurar o direito fundamental encampado no inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua contribuição para a proteção dos dados pessoais, além do reforço ao equilíbrio entre acesso, qualidade da informação, proteção à privacidade e sigilo, é a diversificação de categorias – ultrassecreta, secreta e reservada –, além do detalhamento dos critérios para classificação das informações. A lei dedicou, ainda, uma seção especial para tratar das informações privadas, conferindo a elas um tempo de sigilo máximo de 100 anos, que é bastante superior às demais categorias. Também estabeleceu como regra a exigência do consentimento para sua divulgação, que só pode ser afastada em casos específicos. O uso indevido das informações privadas acarreta a responsabilidade civil, nos termos dessa lei. (OLIVEIRA; LOPES, 2019, p. 66).

Também o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) aborda a proteção de dados pessoais; seu artigo 43 refere-se aos bancos de dados de consumidores, com expressa previsão de um direito de o consumidor ter acesso às informações arquivadas sobre ele:

encontram guarida constitucional no art. 5º, X, da Carta Magna, que deve ser aplicado nas relações entre particulares por força de sua eficácia horizontal e privilegiado por imposição do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.” (EDcl no REsp 1630889/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 06/12/2018).

66Art. 4º - Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, contidas em documentos de arquivos, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujos sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, bem como à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. (BRASIL, 1991).

67Art. 6º - Fica resguardado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação do sigilo, sem prejuízo das ações penal, civil e administrativa. (BRASIL, 1991).

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

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

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

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

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

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

§6º Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor. (BRASIL, 1990).

A previsão da lei consumerista sinaliza a atenção do legislador com o tratamento de dados pessoais e os potenciais efeitos danosos de informações incorretas ou imprecisas em bancos de dados de consumidores. Garante-se, dessa forma, o acesso às informações arquivadas sobre o consumidor e de suas respectivas fontes, além de estabelecer o prazo de permanência delas no cadastro, o dever de informar sua abertura e de proceder à imediata correção de informações equivocadas ou falsas, a pedido do consumidor. A leitura do referido artigo permite inferir: i) o direito de acesso/ ii) o princípio da qualidade dos dados; iii) o princípio da transparência; iv) o direito de retificação e cancelamento; e v) o princípio do esquecimento (OLIVEIRA; LOPES, 2019, p. 68).

Os cadastros e bancos de dados de consumidores também estão regulados pela Lei 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo), que disciplina a formação e a

consulta aos bancos de dados com informações de adimplemento, com vistas à formação de um sistema de *score*, ou histórico de crédito. Essa lei tem como propósito permitir que o mercado identifique os bons pagadores e, com isso, haja possibilidade de redução da taxa de juros.⁶⁸ A Lei do Cadastro Positivo reforça direitos e princípios que já constavam no Código de Defesa do Consumidor: o princípio da qualidade dos dados pessoais⁶⁹ e os direitos de acesso, retificação e cancelamento de informações,⁷⁰ a responsabilidade objetiva e solidária pelos danos, além de estabelecer com maior rigor a finalidade da coleta e uso dos dados, que fica limitada à análise de risco de crédito do titular, bem como estipular formas de controle mais precisas do titular em relação aos seus dados, inclusive o direito de solicitar uma revisão de decisão baseada exclusivamente em dados automatizados⁷¹ (OLIVEIRA; LOPES, 2019, p. 69-70). Ademais, a referida lei atenta-se para a categoria dos dados pessoais sensíveis, conferindo-lhes tratamento diferenciado.⁷²

Por fim, a Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) também abordou aspectos da proteção de dados, elegendo-a como princípio do uso da internet no Brasil,⁷³

68O item 4 da exposição de motivos da MP 518/2010 assevera que: “Ao disciplinar a formação do histórico de crédito, esta medida provisória estabeleceu regras claras sobre as garantias e os direitos dos cidadãos em relação às suas informações pessoais, de modo a permitir a adequada proteção da privacidade do cidadão e possibilitar o tratamento de dados pessoais sob um patamar de licitude e boa-fé. Os dados pessoais merecem uma tutela importante pelo ordenamento jurídico, pois eles representam a própria pessoa e o seu tratamento influencia diretamente a sua vida, modelando e vinculando a sua privacidade e também as suas oportunidades, escolhas e possibilidades. A sua utilização, portanto, deve ter como fundamento a autodeterminação de cada pessoa em relação à utilização de suas próprias informações, permitindo que o cidadão possa escolher livremente a sua entrada no cadastro, bem como o seu cancelamento.” (BRASIL, 2010).

69Art. 3º Os bancos de dados poderão conter informações de adimplemento do cadastrado, para a formação do histórico de crédito, nas condições estabelecidas nesta Lei. § 1º Para a formação do banco de dados, somente poderão ser armazenadas informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, que sejam necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado. (BRASIL, 2011).

70Art. 5º São direitos do cadastrado: I - obter o cancelamento ou a reabertura do cadastro, quando solicitado; II - acessar gratuitamente, independentemente de justificativa, as informações sobre ele existentes no banco de dados, inclusive seu histórico e sua nota ou pontuação de crédito, cabendo ao gestor manter sistemas seguros, por telefone ou por meio eletrônico, de consulta às informações pelo cadastrado; III - solicitar a impugnação de qualquer informação sobre ele erroneamente anotada em banco de dados e ter, em até 10 (dez) dias, sua correção ou seu cancelamento em todos os bancos de dados que compartilharam a informação. (BRASIL, 2011).

71Art. 5º São direitos do cadastrado: VI - solicitar ao consulente a revisão de decisão realizada exclusivamente por meios automatizados (BRASIL, 2011).

72Art. 3º [...] § 3º Ficam proibidas as anotações de: II - informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas. (BRASIL, 2011).

73Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei. (BRASIL, 2014).

além de estabelecer direitos do usuário,⁷⁴ de forma que entre eles estão a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, o não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo com consentimento do usuário.

No Marco Civil da Internet, o usuário (titular) foi eleito como protagonista para desempenhar a proteção de seus dados pessoais,⁷⁵ sendo a autodeterminação informativa o parâmetro normativo eleito por tal legislação para a proteção de dados pessoais; “Todas as normas desembocam na figura do cidadão-usuário para que ele, uma vez cientificado a respeito do fluo de seus dados pessoais, posso controlá-lo por meio do consentimento” (BIONI, 2018, p. 132).

Dessa feita, conclui-se que a disciplina sobre a proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro vem se formando há algumas décadas, contando inclusive com normas específicas sobre o tema;⁷⁶ suas raízes estão ligadas à Lei do

74Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização; V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet; VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade; 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; VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet; IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei; XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet; XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet. (BRASIL, 2014).

75“Para além dessa guinada quantitativa, constata-se, sobretudo, uma alteração de conteúdo do próprio texto da lei, tendo o legislador eleito um parâmetro normativo muito claro a respeito da proteção dos dados pessoais. Trata-se da autodeterminação informacional fundada na perspectiva de que o próprio usuário deve ter controle sobre as suas informações pessoais, autodeterminando-se. Socorrer-se, por isso, a técnica de se exigir o consentimento do titular dos dados pessoais para que eles sejam coletados, processados e compartilhados (...).” (BIONI; LIMA 2015, p. 267).

76“No Brasil, além da Constituição Federal, já tínhamos diversas legislações especiais que tratavam do assunto em áreas específicas, setorializadas, como o Código de Defesa do Consumidor, o Código

Habeas Data, ao Código de Defesa do Consumidor, à Lei de Acesso à Informação, à Lei do Cadastro Positivo e ao Marco Civil da Internet, motivo pelo qual considerar que os dados pessoais estiveram em situação de absoluta desproteção antes da edição da LGPD é incorrer em equívoco (OLIVEIRA; LOPES, 2019, p. 81). Todavia, a promulgação de uma lei específica sobre a temática da proteção de dados pessoais, com reunião dos princípios outrora pulverizados em leis setoriais, representa a cristalização de avanços que foram alcançados pelas leis anteriores e fortalece a coerência e unidade do sistema protetivo ao qual ela se integra formal e materialmente.

Do ponto de vista da autodeterminação informativa, tem-se que a promulgação da LGPD representa ganho de eficiência em seu alcance se comparado ao momento anterior, pois oferece, além da camada principiológica, medidas concretas para sua implementação; dessa feita, a previsão de dispositivos que impõem condutas e obrigações aos envolvidos no tratamento de dados pessoais representa promoção da autodeterminação informativa de forma mais eficiente que anteriormente à LGPD.

4 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS SOB A PERSPECTIVA DO CRITÉRIO DE ANÁLISE PARA AFERIÇÃO DE EFICIÊNCIA NA PROMOÇÃO DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

O presente capítulo destina-se à apreciação dos dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) através dos critérios de análise construídos para julgamento da eficiência da normativa. Os dispositivos da LGPD serão julgados quanto à eficiência na promoção da autodeterminação informativa, com dois resultados possíveis: eficiente ou ineficiente.

O critério de análise consiste na junção entre a autodeterminação informativa proposta por Rodotà (2008), de um lado, e a eficiência alocativa de Kaldor-Hicks (KALDOR, 1939) adaptada à eficiência normativa, de outro. Chama-se a atenção ao

Civil, a Lei do Cadastro Positivo, o Marco Civil da Internet, entre outros. Apesar desse arcabouço, há vários anos se discutia no Brasil um marco legal na proteção de dados pessoais, capaz de englobar todas as atividades relacionadas, tendo em vista a importância e a relevância de seu objeto, que tem amplo reflexo inclusive nos direitos constitucionais dos cidadãos.” (VENTURA, 2018, p. 58).

fato de que o que se busca aferir não é a ocorrência de eficiência alocativa de Kaldor-Hicks tão somente, de forma que essa atua como componente do critério de análise construído para verificação da eficiência dos dispositivos da LGPD no alcance ou promoção da autodeterminação informativa. Dessa feita, houve a utilização dos dois marcos teóricos acima referidos para construção de um novo marco teórico, denominado critério de análise, pelo qual serão analisados os dispositivos da LGPD.

Um dispositivo será considerado eficiente ou ineficiente após ser submetido ao critério de análise, com funcionamento da seguinte forma: caso seja identificado estímulo de reforço à promoção⁷⁷ da autodeterminação informativa, que consiste no controle dos dados pelo titular, ou criação de incentivos para sua ocorrência, o dispositivo será considerado eficiente prontamente, haja vista que haverá a implementação de uma situação de melhora do critério eleito (autodeterminação informativa), com aumento de sua medida. Caso a resposta ao primeiro item seja negativa, ou seja, não haja promoção ou criação de incentivos no que tange à autodeterminação informativa, passa-se ao segundo critério, que é a possibilidade de compensação dos prejuízos dos titulares de dados pela sua perda por parte daqueles que se beneficiaram com a medida; somente em caso de possibilidade de compensação é que o dispositivo, após falhar no primeiro teste, poderá ser considerado eficiente.

Quanto à possibilidade de compensação, tal será analisada de acordo com as regras trazidas pela LGPD no que concerne à responsabilização de agentes de tratamento, às sanções e ao ônus probatório. Dessa feita, não se trata de uma possibilidade de compensação em sentido amplo, mas sim de compensação de acordo com as próprias regras da LGPD.

O critério de análise da normativa se prestará para julgar dispositivos da LGPD quanto à eficiência na promoção da autodeterminação informativa. Em síntese, sua utilização se dará da seguinte forma: serão considerados eficientes os dispositivos que promovam a autodeterminação informativa ou criem incentivos nesse sentido (critério nº 1). Caso não o façam, poderão ainda ser considerados

⁷⁷O termo promoção abrange a literalidade dos dispositivos legais e a criação de incentivos (análise consequencialista) em que haja incremento da medida eleita: autodeterminação informativa.

eficientes se houver possibilidade, de acordo com as regras da LGPD, de compensação dos titulares de dados (critério nº 2), como previsto no critério de Kaldor-Hicks. Serão considerados ineficientes aqueles dispositivos que não promovam a autodeterminação informativa e não possibilitem a compensação dos titulares de dados pela sua perda. O critério nº 2 somente será avaliado caso o critério nº 1 tenha resultado negativo.

O critério de análise pode ser esquematicamente organizado no seguinte organograma:⁷⁸

Tabela 2 - Critério de análise da normativa.

Dispositivo legal:	
Norma:	
Critério nº 1	Critério nº 2
Promoção de autodeterminação informativa ()	Possibilidade de compensação ()
Síntese da justificativa:	
Resultado:	

Para tanto, analisar-se-ão as disposições da LGPD que se relacionam de alguma forma com a autodeterminação informativa dos titulares de dados pessoais, conforme conceito explorado no capítulo anterior.

Em termos organizacionais, será feito o agrupamento de dispositivos em blocos temáticos e, simultaneamente, a realização de análise e de comentários dos dispositivos legais sob a lente do critério de análise proposto.

4.1 Disposições preliminares

A LGPD foi promulgada em 14 de agosto de 2018 e lhe foi conferida a numeração 13.709/2018; o seu propósito inicial foi dispor sobre a proteção de dados pessoais e alterar a Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet.

⁷⁸O espaço em branco após os critérios de julgamento () serão preenchidos com “✓” em caso de resultado positivo ou “x” em caso de resultado negativo.

A Lei 13.853/2019 trouxe alterações ao texto e lhe conferiu a denominação oficial de Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Essa lei tem relevância porque inaugura uma “nova era” com relação à proteção da privacidade no Brasil, com pretensão de regular todas as formas de tratamento de dados pessoais através de modelo inspirado no sistema europeu de proteção de dados, em especial no GDPR (*general data protection regulation*).

Quanto à delimitação do universo da pesquisa, tem-se que os dispositivos a serem escrutinados pelo critério de análise foram selecionados a partir de eventual relação com a ideia de autodeterminação informativa. Dessa feita, foi excluído da análise, por exemplo, o artigo 5º, que trata de definições legais. Também o foram os dispositivos que tratam da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, além das disposições finais e transitórias, por tratarem de questões estruturais e operacionais da legislação; portanto, sem pertinência com a proposta do presente trabalho.

4.1.1 Objetivo da lei

A LGPD estabelece como objetivo a proteção de direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (BRASIL, 2018).

O verbo “proteger” parece indicar que o legislador visualizou o titular de dados em posição desigual em relação aos responsáveis pelo tratamento desses dados. Busca o legislador, ao que parece, equilibrar a relação jurídica existente entre as partes a fim de que direitos sejam observados pelos responsáveis pelo tratamento (COTS; OLIVEIRA, 2018).

A delimitação do escopo para abranger somente os “dados pessoais” no âmbito de proteção da lei mostra-se uma opção que promove eficiência no que

tange à autodeterminação informativa, pois canaliza os esforços para um tipo específico de informação, que é, no caso, aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável (BRASIL, 2018), estando fora do escopo da lei dados de natureza diversa. A lei, portanto, não se preocupa com

dados de pessoa jurídica, documentos sigilosos ou confidenciais, segredos de negócio, planos estratégicos, algoritmos, fórmulas, softwares, patentes, entre outros documentos ou informações que não sejam relacionadas a pessoa natural identificada ou identificável. (VAIZONF, 2019, p.9).

Em relação aos destinatários da LGPD, ou contra quem a lei pretende proteger as pessoas naturais, o supramencionado artigo remete à “pessoa natural ou pessoa jurídica de direito público ou privado”. As pessoas jurídicas são elencadas nos artigos 40 a 44 do Código Civil:

Art. 40. As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado. (BRASIL, 2002).

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código. (BRASIL, 2002).

Art. 42. São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público. (BRASIL, 2002).

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo. (BRASIL, 2002).

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas;

V - os partidos políticos;

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada. (BRASIL, 2002).

Dessa feita, a abrangência do art. 1º é total, pois o tratamento de quaisquer dados pessoais atrairá a incidência da LGPD, independente de quem o promova, se pessoa natural ou jurídica, à exceção dos casos descritos na própria lei, que serão objeto de análise posterior.

O art. 1º da LGPD faz menção à “proteção de direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”. Fica claro que o objetivo é o de conferir uma ampla proteção à pessoa e às situações existenciais mais importantes que são afetadas pelo tratamento de dados (FRAZÃO, 2019).

O amplo alcance protetivo da LGPD revela a preocupação com a tutela das situações existenciais dos titulares de dados, o que converge com a concepção de Rodotá de que a proteção de dados é expressão da liberdade e da dignidade humana (RODOTÁ, 2008).

Sob a perspectiva do critério de análise proposto, o objetivo protetivo esculpido no artigo 1º da LGPD revela-se uma medida eficiente, uma vez que promove a melhora na situação dos titulares de dados através da proteção expressa dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural; conforme visto no item 3.3, a autodeterminação informativa relaciona-se diretamente com o elencado pela LGPD nesse dispositivo, uma vez que o controle sobre as próprias informações permite a construção da própria esfera privada da pessoa (RODOTÁ, 2008), sendo desejáveis para tanto a liberdade, a privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade.

Tabela 3 – Aplicação do critério de análise ao artigo 1º da LGPD.

Dispositivo legal: Artigo 1º	
Norma: objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural	
Critério nº 1	Critério nº 2
Promoção de autodeterminação informativa (✓)	Possibilidade de compensação ()
Síntese da justificativa: promove a autodeterminação informativa de forma reflexa pela proteção de caracteres relevantes para seu alcance, como os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, além de conferir ampla proteção quanto aos agentes de tratamento	
Resultado: eficiente	

4.1.2 Fundamentos da disciplina da proteção de dados pessoais

Em relação aos fundamentos da disciplina de proteção de dados pessoais, prevê a LGPD que:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. (BRASIL, 2018).

O fundamento de algo diz respeito à sua base, ao suporte sobre o qual se sustenta (MICHAELIS, 2019). Nesse sentido, os incisos do artigo 2º trazem as bases sobre as quais toda a sistemática da proteção de dados pessoais são erigidos.

O primeiro fundamento é o respeito à privacidade. A privacidade passou a ser reconhecida como elemento essencial para o desenvolvimento humano ou, mais

precisamente, de sua personalidade, como se viu no capítulo anterior. Isso porque o desenvolvimento da personalidade não se dá apenas no seu aspecto externo, mas também no interno, no qual ocorre o encontro do indivíduo consigo mesmo, com sua consciência, sentimentos e afetos (COTS; OLIVEIRA, 2018). A LGPD, ao estabelecer como fundamento da disciplina de proteção de dados o respeito à privacidade, promove maximização de eficiência sob a ótica da autodeterminação informativa, pois demonstra a atenção do legislador em não “isolar” a pessoa para garantir sua privacidade, com previsão de ferramentas para que ela admita quem bem entender em sua esfera privada, bem como a forma dessa admissão.

O segundo fundamento é a própria autodeterminação informativa, que completa a ideia de privacidade tratada anteriormente: a pessoa natural pode optar por admitir quem quer que seja em sua vida privada, com revelação de questões íntimas e compartilhamento de seus dados:

[...] na dinâmica do tratamento de dados pessoais, de um lado temos o titular, ou seja, a pessoa natural, e de outro temos o controlador, pessoal natural ou jurídica que terá acesso e poder decisório sobre informações que passaram a ser protegidas pela LGPD. Ao titular não incumbe presumir o que será feito com seus dados, sendo obrigação do controlador prestar quantas informações forem necessárias para que a tomada de decisão do titular se dê da melhor maneira possível. (COTS; OLIVEIRA, 2019, p. 64).

A autodeterminação informativa torna-se elemento central no contexto de promulgação da LGPD e reforça a ideia de que a pessoa titular de dados pessoais deve ter o controle sobre a destinação dada às suas informações pessoais, com transparência quanto às metodologias empregadas. Não por acaso a proposta desse trabalho é verificar a eficiência da LGPD na promoção de autodeterminação informativa, através de análise de seus dispositivos.

É diante da noção de autodeterminação informativa que surge o direito do titular, a ser analisado adiante, de opor-se a operações de tratamento de seus dados pessoais realizadas sem seu consentimento ou fora de alguma das outras bases legais; trata-se da ideia de que a pessoa “titular de dados pessoais deve ser o protagonista das matérias relacionadas ao tratamento de seus dados pessoais,

trazendo ao sujeito o foco das operações em preocupação perpétua com a privacidade” (SALDANHA, 2019). É o direito de impedir ou requerer a interrupção de operações de seus dados pessoais.

Outro fundamento explicitado no artigo 3º é a liberdade de expressão, de informação e de opinião. A LGPD é uma legislação que pretende regular o tratamento de dados pessoais (informações), motivo pelo qual adentra em território delicado no que diz respeito a outros princípios do ordenamento jurídico, podendo haver colisão entre eles. Dessa feita,

Se uma lei que regula a comunicação e o tratamento de dados e informações for absoluta, e seus preceitos irrestritos, correremos sérios riscos de que os princípios localizados do outro lado do espectro sofram com isso, no caso, as liberdades relacionadas à comunicação. É fácil de enxergar que uma lei que regula tratamento de dados e sistemas de informação pode facilmente se tornar um instrumento de censura, de silenciamento e, em última análise, de eliminação de visões políticas, culturais ou filosóficas. Diante disso, fica evidente qual é função do fundamento contido no inciso III do art. 2º da Lei Geral de Proteção de Dados, qual seja garantir que as interpretações ao seu texto sejam realizadas em observância das liberdades de expressão, informação, comunicação e opinião, afastando qualquer entendimento que importe em censura. (SALDANHA, 2019).

A liberdade de expressão destina-se ao propósito de formação da autonomia humana, de forma que estruturar a disciplina de proteção de dados na liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião revela-se acertado a fim de evitar possíveis arbitrariedades relativas à censura. Contudo, é provável que vá haver choque entre fundamentos da privacidade e da liberdade de expressão, como bem adiantado por Cots e Oliveira:

Assim, se a liberdade de expressão viola direitos de terceiros, especialmente relativos ao tratamento não autorizado de dados pessoais, e se o tratamento realizado, qualquer que seja ele, não se enquadra nas exceções previstas na LGPD (artigo 4º), deve-se dar preferência à proteção da privacidade, tendo em vista que o rol das exceções é taxativo. (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 68).

Quanto a eventuais choques entre fundamentos, a interpretação da lei sob a ótica da maximização da eficiência indica a importância de ser analisado caso a

caso para apurar a solução mais adequada para aquele particular, a fim de evitar excessos que possam causar ineficiências quanto à autodeterminação informativa.

O quarto fundamento da disciplina de proteção de dados trazida pela LGPD é a inviolabilidade da intimidade, da honra, da imagem. Tal fundamento se harmoniza de forma lógica com a lei e com o objetivo expresso de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

O inciso quinto prevê o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação como fundamentos da disciplina de proteção de dados. Em países adotantes da economia de mercado a importância do desenvolvimento econômico, da pesquisa e da inovação penetra fundo na legislação, como é o caso da brasileira (COTS; OLIVEIRA, 2018), a tal ponto que passou a figurar na própria Constituição Federal:

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

§ 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação.

§ 2º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

§ 5º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

§ 6º O Estado, na execução das atividades previstas no caput, estimulará a articulação entre entes, tanto públicos quanto privados, nas diversas esferas de governo.

§ 7º O Estado promoverá e incentivará a atuação no exterior das instituições públicas de ciência, tecnologia e inovação, com vistas à execução das atividades previstas no caput. (BRASIL, 1988).

Dessa feita, parece razoável o fato de a LGPD prever como fundamento da disciplina da proteção de dados tais caracteres, pois caso contrário apresentaria óbices ao mandamento constitucional acima transcrito.

Todavia, conforme visto no Capítulo 2 (item 2.5), é possível inferir que uma carga regulatória adicional como a trazida na LGPD pode representar custos de adaptação que podem onerar ainda mais os custos de um empreendimento, o que afeta negativamente o desenvolvimento econômico. Da mesma forma, quanto ao desenvolvimento tecnológico, em especial em tecnologias como a do *big data* e da *IoT* (internet das coisas), a regulação protetiva da LGPD poderá representar obstáculos ao desenvolvimento tecnológico, pois limita as possibilidades de tratamento de dados. Mais uma vez, ressalte-se que não se busca, nesse estudo, realizar juízo de valor sobre tais ocorrências, mas sim abordar suas possíveis consequências.

Nesse sentido, o fundamento do desenvolvimento econômico e tecnológico e da inovação mostra-se multifacetado: de um lado, aparenta antagonismo frente ao propósito protetivo da LGPD e, de outro, uma autocontradição em si pelo fato de impor ônus regulatórios que podem afetar negativamente o desenvolvimento econômico e tecnológico.

O sexto fundamento diz respeito à livre iniciativa, à livre concorrência e à defesa do consumidor. Verifica-se, mais uma vez, a pretensão da LGPD de corroborar um mandamento constitucional. Isso porque:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988).

A livre iniciativa, ou livre concorrência, diz respeito ao processo contínuo no qual os empresários, mediante recurso a uma gama infinita de estratégias, dentre elas preços, serviços, inovações em matéria de produção, de gestão e de oferta ao mercado, procuram e tentam, em seu benefício próprio, realizar combinações de clientes e produtos que lhes deem vantagens sobre outros empresários que os clientes percebem como concorrentes. O processo de concorrência traz à tona possibilidades antes ignoradas. A introdução de inovações⁷⁹ e sua aceitação pelos consumidores permite descobrir o que estes procuram e o que os fornecedores podem lhes oferecer ao preço que sejam capazes de pagar (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015). A introdução contínua de inovações pelos empresários amplia as fronteiras do que é acessível aos seres humanos, o que torna o processo de concorrência uma destruição criativa (SCHUMPETER, 1950). Em uma concepção dinâmica da livre concorrência, o fator essencial que a garante diz respeito à possibilidade de um empresário entrar no mercado para competir com os que lá estão. Isso porque se há liberdade de entrada no mercado, cartéis e monopólios são instáveis (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015).

A adoção expressa dos fundamentos da livre iniciativa e da livre concorrência pelo legislador parece revelar que a LGPD pretende apresentar as “regras do jogo” da proteção de dados pessoais, sem desnaturar os princípios fundantes do capitalismo de mercado, o que se mostra acertado num contexto em que a inovação e a concorrência são os principais fatores no desenvolvimento de novas tecnologias

⁷⁹“O que se dá quando há inovação? O inovador propõe novo produto a uma clientela até então fiel ao produto tradicional. Deve vencer os consumidores de que, pelo preço proposto, o produto, com características particulares, pode substituir, com vantagem, aqueles tradicionais e disponíveis. Se o produto for, efetivamente, melhor, alguns consumidores alterarão, imediatamente, sua escolha; outros aguardarão que a nova fórmula seja aprovada para, então, mudarem. Os fornecedores de produtos mais tradicionais perderão clientela e lucros. Decorrido algum tempo, seguirão o exemplo do inovador e oferecerão também, a nova fórmula, ou, de sua parte, envidarão a busca por inovação, proporão produto novo cuja atração supere, desde logo, a do produto inovador. E assim sucessivamente.” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 112).

que são capazes de preservar a privacidade de usuários na rede, como por exemplo a VPN.⁸⁰

A LGPD prevê como fundamento da disciplina de proteção de dados, ainda, a defesa do consumidor. Trata-se de mais um indicativo de reforço de mandamento constitucional, haja vista a previsão no artigo 170 da Constituição Federal, que trata da ordem econômica:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (BRASIL, 1988).

A LGPD faz do consumidor um protagonista das decisões sobre o uso de seus dados e traz segurança jurídica para o mercado de consumo, hodiernamente baseado no processamento de dados de consumidores para a personalização de produtos, serviços e marketing. Dessa feita, a defesa do consumidor enquanto fundamento da disciplina de proteção de dados pessoais visa a proteger a pessoa

⁸⁰VPN é uma sigla para a expressão Virtual Private Network (Rede Virtual Privada) e que, como o nome sugere, funciona criando uma rede de comunicações entre computadores e outros dispositivos que têm acesso restrito a quem tem as credenciais necessárias. Em outras palavras, pode-se compreender a VPN como uma forma de criar pontes de ligação entre diferentes dispositivos via internet, com manutenção dos dados de comunicação trocados entre eles codificados e mais seguros, já que sua interceptação é dificultada.

de um desequilíbrio de poderes que possa afetar a tomada de uma decisão livre, autônoma e informada:

Enquanto a defesa do consumidor busca reequilibrar a relação entre consumidor e fornecedor no mercado de bens e consumo, a proteção de dados diz respeito ao reequilíbrio entre controlador dos dados pessoais e o titular, que muitas vezes desconhece como se dá o tratamento de dados, suas finalidades ou os seus possíveis riscos. (CARVALHO; FERREIRA, 2018).

Portanto, compatibiliza-se com o intuito protetivo da LGPD a aproximação com os ditames da defesa do consumidor.

O inciso VII do artigo 2º traz como último fundamento da disciplina de proteção de dados os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. Não se pretende entrar no mérito de cada uma dessas previsões, cabendo-se nesse momento apenas a constatação de que tais fundamentos se compatibilizam com o objetivo expresso da LGPD, definido em seu artigo 1º.

Tabela 4 – Aplicação do critério de análise ao artigo 2º da LGPD.

Dispositivo legal: artigo 2º	
Norma: fundamentos da disciplina da proteção de dados	
Critério nº 1	Critério nº 2
Promoção de autodeterminação informativa (✓)	Possibilidade de compensação ()
Síntese da justificativa: os fundamentos da disciplina da proteção de dados pessoais promovem a autodeterminação informativa, inclusive sendo essa um de seus fundamentos.	
Resultado: eficiente	

4.1.3 Aplicabilidade da lei e exceções

O artigo 3º da LGPD trata da aplicabilidade e do alcance da lei:

Art. 3º Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado,

independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que:

I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional;

II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional;

III - os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.

§ 1º Consideram-se coletados no território nacional os dados pessoais cujo titular nele se encontre no momento da coleta.

§ 2º Excetua-se do disposto no inciso I deste artigo o tratamento de dados previsto no inciso IV do caput do art. 4º desta Lei. (BRASIL, 2018).

Verifica-se, inicialmente, que o legislador explicita ser a LGPD aplicável “independente do meio”; ao contrário do Marco Civil da Internet e do Decreto 8.771/2016, que disciplinam o tratamento de dados realizados através da internet, a LGPD alcança também o tratamento de dados off-line (COTS; OLIVEIRA, 2018).

Apesar de a lei ter sido idealizada com foco nos meios digitais, a ele não se limita. No que concerne à eficiência na promoção da autodeterminação informativa, foi positiva a previsão da aplicabilidade da lei aos meios físicos. Vale levantar problemas como aqueles relacionados ao descarte inadequado de informações, ao *dumpster diving* (vasculhamento de lixo em busca de informações) e ao *shoulder surfing* (olhar por cima do ombro para obter senhas e outras informações), que são situações que se desenrolam tipicamente no meio *off-line*. Além do mais, dados pessoais armazenados em arquivos físicos como processos judiciais e prontuários médicos merecem a tutela da LGPD assim como quaisquer registros digitais.

O questionamento que pode surgir diz respeito a qual legislação será aplicável no tratamento de dados pessoais via internet, haja vista que a LGPD é mais ampla do que o Marco Civil da Internet e seu regulamento quanto a esse tema específico. Por outro lado, por tratar de tema específico, como o tratamento de dados pessoais, pode-se entender que a LGPD é lei especial, sendo o Marco Civil da Internet uma lei geral (COTS; OLIVEIRA, 2018).

Não parece adequada a interpretação de que a LGPD revogou tacitamente o Marco Civil da Internet, pois ele trata de outros temas, com fundamentos, objetivos e

princípios da utilização da rede mundial de computadores no Brasil, e também estabelece diretrizes governamentais. Além do mais, a LGPD realizou alteração em dois artigos do Marco Civil da Internet, o que demonstra que o legislador não teve intenção de revogá-lo (COTS; OLIVEIRA, 2018). Com efeito, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-lei 4.657/42, prevê:

Art. 2º–Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º–A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º–A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. (BRASIL, 1942).

Dessa feita, é possível concluir que as duas leis seguirão vigentes, sendo complementares e de observância conjunta no que se refere ao tratamento de dados on-line.

Tabela 5 – Aplicação do critério de análise ao artigo 3º da LGPD.

Dispositivo legal: artigo 3º	
Norma: aplicação da LGPD ao tratamento de dados pessoais em qualquer meio e sua abrangência territorial	
Critério nº 1	Critério nº 2
Promoção de autodeterminação informativa (✓)	Possibilidade de compensação ()
Síntese da justificativa: ao não limitar a aplicação da LGPD ao tratamento de dados em meio digital, há promoção da autodeterminação informativa, haja vista que os titulares podem controlar também suas informações que estejam em meios físicos.	
Resultado: eficiente	

Quanto à abrangência territorial da LGPD, a primeira hipótese prevista no artigo 3º é a de realização de tratamento dentro do território nacional. Verifica-se que a lei não excluiu o tratamento de dados de pessoas naturais estrangeiras, o que significa que ainda que o tratamento ocorra com dados colhidos de pessoas localizadas fora do território nacional, aplica-se a LGPD.

A segunda hipótese aborda o tratamento para oferta ou fornecimento de bens ou serviços para pessoas localizadas dentro do território nacional, de forma que o critério da aplicação não é a nacionalidade, mas sim a localização geográfica. Assim, mesmo os estrangeiros que estejam de passagem pelo território brasileiro estarão abarcados pela proteção da LGPD.

Por fim, a terceira hipótese diz respeito à coleta de dados no território nacional. Todavia, nesse particular a lei se mostra ineficiente, pois tal dispositivo é redundante e já contido na hipótese primeira: isso porque a atividade de coleta está inclusa no conceito de tratamento, ou seja, a primeira e a terceira hipóteses de incidência da lei se equivalem. Trata-se de imprecisão de ordem técnica.

Ainda em relação à aplicabilidade da LGPD, tem-se que a legislação brasileira de proteção de dados se inspirou na legislação europeia (*General Data Protection Regulation* – GDPR). Ao prever a aplicação territorial da lei, o GDPR prevê aplicação territorial e extraterritorial em hipóteses semelhantes à LGPD. A circunstância de ambas as legislações ostentarem aplicação territorial e extraterritorial ocasiona a submissão de uma mesma situação a ambas as legislações (MALDONADO, 2019), a exemplo de uma empresa brasileira digital que opere globalmente, devendo atender à LGPD por força da aplicação territorial e também o GDPR, por força da aplicação extraterritorial, uma vez que operações em âmbito global geralmente abarcam quem esteja no território europeu.

Apesar de os critérios de aplicabilidade serem claros em ambas as legislações, pode-se vislumbrar uma miríade de situações em que a aplicabilidade de cada qual das leis pode ocasionar dúvidas (MALDONADO, 2019), de forma que somente a entrada em vigor da LGPD e a sua incidência em casos concretos poderá dirimir eventuais dúvidas que emergem da análise de seu texto.

A não compatibilização com a norma internacional prévia parece indicar que o legislador brasileiro, na sanha de copiar o GDPR europeu, acabou incorrendo em conflito entre normas. O descuido na compatibilização com legislações de dados já existentes se mostra ineficiente sob a ótica da promoção da autodeterminação informativa, haja vista a potencial insegurança jurídica causada pelo referido conflito.

Tabela 6 – Aplicação do critério de análise à disposição do artigo 3º da LGPD sobre dados coletados em território nacional.

Dispositivo legal: artigo 3º

Norma: aplicação da LGPD ao tratamento de dados coletados em território nacional

Critério nº 1	Critério nº 2
Promoção de autodeterminação informativa (x)	Possibilidade de compensação (x)

Síntese da justificativa: o conflito de normas da LGPD com as disposições do GDPR revela ineficiência no que se refere à autodeterminação informativa, dada a insegurança jurídica inaugurada. Ademais, não há possibilidade de compensação, haja vista o silêncio da LGPD nesse particular.

Resultado: ineficiente

Além das hipóteses de aplicabilidade da lei já vistos, o artigo 4º prevê os casos de tratamento de dados pessoais aos quais a LGPD não se aplica:

Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

I - realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos;

II - realizado para fins exclusivamente:

a) jornalístico e artísticos; ou

b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei;

III - realizado para fins exclusivos de:

a) segurança pública;

b) defesa nacional;

c) segurança do Estado; ou

d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou

IV - provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei.

§ 1º O tratamento de dados pessoais previsto no inciso III será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei.

§ 2º É vedado o tratamento dos dados a que se refere o inciso III do caput deste artigo por pessoa de direito privado, exceto em

procedimentos sob tutela de pessoa jurídica de direito público, que serão objeto de informe específico à autoridade nacional e que deverão observar a limitação imposta no § 4º deste artigo.

§ 3º A autoridade nacional emitirá opiniões técnicas ou recomendações referentes às exceções previstas no inciso III do caput deste artigo e deverá solicitar aos responsáveis relatórios de impacto à proteção de dados pessoais.

§ 4º Em nenhum caso a totalidade dos dados pessoais de banco de dados de que trata o inciso III do caput deste artigo poderá ser tratada por pessoa de direito privado, salvo por aquela que possua capital integralmente constituído pelo poder público. (BRASIL, 2018).

A regra é que o tratamento de dados pessoais atrai a incidência da LGPD, com aplicação dos direitos e obrigações nela dispostos. Todavia, ante a impossibilidade de se manter regras inflexíveis diante da dinâmica das relações sociais e interesses subjacentes, a própria lei traz exceções, ou hipóteses de não incidência.

A primeira exceção de aplicação da LGPD diz respeito ao tratamento de dados realizados por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos. Essa previsão se mostra razoável, haja vista a importância da troca de informações nas relações humanas:

A comunicação humana não se faz sem a troca de informações e, quando essa interação se dá entre sujeitos paritários, no âmbito das relações pessoais, sem finalidade econômica ou profissional, estima-se que não haverá grande assimetria de informações. Ainda que seja possível a violação à privacidade nesses casos, não haverá a necessidade de aplicação de uma lei cujo fim primordial é o de tutelar a privacidade da pessoa natural em relações profundamente díspares como aquelas que se estabelecem no âmbito da sociedade de redes, na qual o poder informacional é dominado pelos agentes econômicos e/ou pelo próprio Estado [...] (MENEZES; COLAÇO, 2019, p. 172-173).

De fato, a agenda telefônica do celular, o álbum de fotografias, as anotações e as cartas antigas são todos elementos que podem conter dados pessoais de terceiros aptos a permitirem sua identificação; todavia, não existem para fins econômicos ou obtenção de vantagem financeira (COTS; OLIVEIRA, 2018). Chama-se atenção, ainda, ao fenômeno de comunicação por aplicativos de troca de

mensagens como o WhatsApp, em que as pessoas podem manter gravadas conversas que compõe um rico acervo sobre a vida pessoal e profissional de seus interlocutores.

Ao se considerar que o conceito de tratamento de dados envolve a coleta, a produção, a recepção, a classificação, a utilização, o acesso, a reprodução, a transmissão, a distribuição, o processamento, o arquivamento, o armazenamento, a eliminação, a avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração (BRASIL, 2018), pode-se inferir que a pessoa natural realiza esse tipo de operação com os dados dos seus interlocutores em todas as situações acima mencionadas (MENEZES; COLAÇO, 2019).

Apesar do tratamento de dados realizado por pessoa natural sem fins comerciais não estar sujeito aos ditames da LGPD, isso não significa que poderá ser usada para gerar lesão à personalidade do titular, malferindo-lhe a privacidade, a imagem ou a honra, sem sujeitar o agente às consequências outras previstas no ordenamento jurídico, de forma que a malversação desse material poderá resultar em dano moral e até mesmo em ilícito penal⁸¹ (MENEZES; COLAÇO, 2019).

A exceção prevista se mostra eficiente no que tange à promoção da autodeterminação informativa, pois a tutela de dados pessoais tratados por pessoas naturais sem fins comerciais ampliaria sobremaneira o escopo da LGPD e tornaria penosa a experiência de comunicação entre pessoas em situações paritárias, o que poderia deixar o foco de proteção contra grandes agentes de tratamento sem o devido destaque.

81O episódio que envolveu a atriz Carolina Dieckmann, em que suas imagens íntimas foram vazadas de seu notebook, culminou em alteração do Código Penal para incluir o tipo penal específico. A Lei 12.737/2012 incluiu o artigo 154-A, que define como crime de invasão de dispositivo informático como a intrusão desautorizada em dispositivos móveis do titular.

Tabela 7 – Aplicação do critério de análise ao artigo 4º da LGPD.

Dispositivo legal: artigo 4º	
Norma: não aplicação da LGPD ao tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos	
Critério nº 1	Critério nº 2
Promoção de autodeterminação informativa (✓)	Possibilidade de compensação (x)
Síntese da justificativa: a ampliação do escopo da LGPD para tutelar dados pessoais tratados por pessoas naturais sem fins comerciais retiraria o foco de proteção dos agentes de tratamento que realmente colocam em risco a autodeterminação informativa dos titulares de dados.	
Resultado: eficiente	

Outra exceção de aplicabilidade da LGPD diz respeito ao tratamento de dados para fins jornalísticos e artísticos. Indaga-se, então: como reconhecer uma atividade jornalística? Qual a finalidade da exceção trazida pelo legislador?

A finalidade jornalística que se pretendeu tutelar com a LGPD está ligada umbilicalmente à liberdade de imprensa e de expressão, que consolidam os espaços de comunicação social e o amplo debate sobre as mais variadas matérias de interesse das pessoas:

O jornalismo assume um relevo central no âmbito da garantia constitucional das liberdades da comunicação. Ele desempenha uma função de dinamização da esfera pública de discussão dos diferentes subsistemas de ação social, a qual assume um relevo especial no âmbito específico do funcionamento do sistema político. Daí a dignidade materialmente constitucional do sistema político, que não apenas formalmente constitucional, dos princípios fundamentais que devem disciplinar o acesso à profissão de jornalista e o respectivo exercício profissional, do ponto de vista individual e coletivo. Isto, note-se, sem nunca transformar o exercício da atividade jornalística num serviço público no sentido jurídico-administrativo da expressão. Se existe algum serviço público no exercício da profissão de jornalista, ele resulta da liberdade e da independência perante os poderes públicos e perante as entidades privadas com que a mesma é levado a cabo, bem como numa deontologia profissional que privilegie os objetivos publicísticos da liberdade, do pluralismo, da discussão pública e do autogoverno democrático, relativamente aos objetivos puramente econômicos das empresas de comunicação. As considerações expostas, juntamente com o que anteriormente se disse a propósito do acesso às atividades ligadas à imprensa, apontam para a inadmissibilidade de um sistema estadual de licenciamento e controle do acesso e exercício da atividade jornalística ou de outras atividades

ligadas à imprensa e de fixação heterônoma da correspondente deontologia. (MACHADO, 2002, p. 542).

Uma interdição prévia do Estado na atuação jornalística importaria em sua aniquilação (MENEZES; COLAÇO, 2019), o que justifica a imunidade conferida pela LGPD em face desse tipo de atividade. Todavia, se a atividade jornalística for desenvolvida por órgão ou empresa integrante de conglomerado econômico que vier a formar um banco de dados que tenha destinação imprecisa quanto a seu uso, o tratamento das informações ali empreendido restará comprometido e atrairá a incidência da LGPD (COTS; OLIVEIRA, 2018).

Em relação ao tratamento de dados pessoais relativos às atividades voltadas para fins artísticos, que se caracterizam como aquelas que resultam do engenho e criatividade da pessoa (MENEZES; COLAÇO, 2019), também estão excluídos do âmbito da proteção da LGPD. Para fins dessa exceção, “entende-se por obra artística ou de fins artísticos aquela se que fez como fruto da capacidade criativa que também constitui uma expressão do direito de personalidade” (MENEZES; COLAÇO, 2019, p. 183). Ressalte-se, todavia, que a não sujeição dessa categoria de tratamento de dados à LGPD não implica seu uso indiscriminado e inconsequente, de forma que não poderão causar lesão ou ameaça aos direitos da personalidade de terceiros, sob pena de sujeição do autor à disciplina geral do ordenamento jurídico para a tutela desses bens.

Portanto, verifica-se que o legislador na LGPD se mostrou atento à liberdade de expressão e de informação, corolários da liberdade de imprensa, afastando uma regulamentação prévia que possa importar em censura (MENEZES; COLAÇO, 2019), de forma que nesses casos a tutela da privacidade seguirá a solução genérica do ordenamento jurídico nacional. A medida é eficiente sob a ótica do critério de análise, pois apesar de representar uma perda da autodeterminação informativa de um grupo indeterminado de pessoas (titulares de dados), o faz em prol da preservação de um ambiente em que predomina a liberdade de expressão e

de informação, podendo haver compensação aos prejudicados via ordenamento jurídico⁸² (direito de resposta,⁸³ indenizações por danos morais, etc).

Tabela 8 – Aplicação do critério de análise ao tratamento de dados realizado para fins exclusivamente jornalísticos previsto no artigo 4º da LGPD.

Dispositivo legal: artigo 4º	
Norma: não aplicação da LGPD ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivamente jornalístico e artísticos	
Critério nº 1	Critério nº 2
Promoção de autodeterminação informativa (x)	Possibilidade de compensação (✓)
Síntese da justificativa: a medida representa perda de autodeterminação informativa dos titulares da dados; porém tal perda se dá em prol da liberdade de expressão e de informação, corolários das atividades jornalística e artística. Apesar de não estar expressa na LGPD a possibilidade de compensação, o ordenamento jurídico prevê, por exemplo, o direito de resposta ou retificação do ofendido.	
Resultado: eficiente	

Outra hipótese de não aplicabilidade da LGPD é a de tratamento de dados pessoais para fins exclusivamente acadêmicos. O termo acadêmico diz respeito àquilo que é próprio ou é desenvolvido na academia, assim compreendida como aquela sociedade de fins artísticos, científicos ou literários (MENEZES; COLAÇO, 2019). O trabalho acadêmico está relacionado às atividades voltadas ao desenvolvimento do conhecimento e da pesquisa científica realizada no âmbito das universidades, que têm autonomia constitucionalmente assegurada.⁸⁴

A disposição de não incidência da LGPD ao tratamento de dados pessoais para fins acadêmicos é dúbia, pois no mesmo dispositivo que a prevê também é imposta a aplicação dos artigos 7º e 11 da mesma lei que, respectivamente, tratam das bases legais de tratamento de dados e dos dados pessoais sensíveis.

82O caso em tela representa exceção à regra apresentada no critério de análise no que se refere à possibilidade de compensação, que se limita às previsões da própria LGPD. Todavia, tal exceção se justifica pelo fato de o artigo 4º tratar apresentar normas que exceptuam a aplicação da lei, motivo pelo qual a possibilidade de compensação inevitavelmente terá de ser buscada fora dela.

83A Lei 13.188/2015 dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.

84Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão (BRASIL, 1988).

Há um problema, nesse particular, de incongruência da lei, por má redação do dispositivo; isso porque não se trata de hipótese de não aplicação, mas de aplicação mitigada (COTS; OLIVEIRA, 2018), tendo em vista que deverão ser observadas as hipóteses de tratamento de dados pessoais, sensíveis ou não:

Vamos pensar em um caso concreto: determinada universidade privada pretende tratar dados pessoais para realização de pesquisa acadêmica. A pesquisa envolverá dados pessoais comuns, como nome, telefone e documentos pessoais. Ao se voltar para a LGPD, no artigo sob comento, verifica que, na primeira fase da pesquisa, precisará observar o artigo 7º, que descreve as bases legais de tratamento. Na lista, a única base legal que a atende é a base legal do consentimento. Ocorre que o consentimento está previsto no artigo 8º, ou seja, já são dois artigos complexos que devem ser observados na pesquisa. Desistindo do consentimento, a universidade resolve tratar os dados baseando-se no legítimo interesse, mas também percebe que o legítimo interesse está regulado no artigo 10. Em suma, ainda que a LGPD prescreva que não se aplica à atividade acadêmica, a realidade é outra. (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 87).

O tratamento de dados pessoais para fins acadêmicos, portanto, deverá contar com base jurídica prevista na LGPD para ocorrer de forma regular. Apesar disso, a mitigação da aplicabilidade da LGPD a esses casos reconhece a necessidade de se reconhecer a liberdade para os fins de pesquisa e a autonomia do ambiente da academia, local propício ao florescimento das ideias e do desenvolvimento científico e tecnológico. O legislador prestigiou o controle e fiscalização na pesquisa pelos próprios comitês de ética das universidades e pelas vias comuns, sem a necessidade de submissão da matéria a um controle prévio de como os dados devem ser tratados (MENEZES; COLAÇO, 2019).

Sob a ótica do critério de análise proposto, a interpretação da norma de acordo com a eficiência revela que a mitigação da aplicação da LGPD nesses casos poderá lesar a autodeterminação informativa de titulares de dados pessoais, pois atua como incentivo tanto ao Estado quanto à iniciativa privada para que, sob o manto da produção acadêmica, realizem tratamento de dados pessoais com fins de vigilância ou comerciais. Todavia, vale ressaltar que a manutenção da necessidade de observância das bases legais para tratamento dos dados para fins exclusivamente acadêmicos, o que se chamou de “aplicação mitigada” da LGPD,

representa um contraponto ao incentivo criado, com ganhos do ponto de vista da eficiência na promoção da privacidade enquanto autodeterminação informativa dos titulares de dados.

Tabela 9 – Aplicação do critério de análise à norma de não aplicação da LGPD ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivamente acadêmicos.

Dispositivo legal: artigo 4º	
Norma: não aplicação da LGPD ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivamente acadêmicos	
Critério nº 1	Critério nº 2
Promoção de autodeterminação informativa (x)	Possibilidade de compensação (x)
Síntese da justificativa: a má redação do dispositivo culmina em incongruência da lei, pois não se trata de hipótese de não aplicação da LGPD, e sim de aplicação mitigada, pela necessidade expressa de observância dos artigos 7º e 11. A aplicação mitigada atua como incentivo para que Estado e iniciativa privada realizem tratamento de dados para fins diversos sob o manto da produção acadêmica, não havendo remédios jurídicos para compensação dos titulares lesados nesses casos.	
Resultado: ineficiente	

A inaplicabilidade da LGPD também foi prevista, no inciso III de seu artigo 4º, quanto ao tratamento de dados realizado para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou de atividades de investigação e repressão das infrações penais.⁸⁵ Trata-se de situações que visam a garantia de interesses públicos e o combate às infrações penais, ao crime organizado, à fraude digital e ao terrorismo (MENEZES; COLAÇO, 2019).

Não chega a ser absoluta a inaplicabilidade da LGPD às matérias arroladas no referido inciso, pois o §1º⁸⁶ do mesmo dispositivo prevê que os princípios gerais de proteção ao titular dos dados continuarão tendo observância obrigatória; são eles: finalidade, adequação, necessidade, transparência e não discriminação. O

⁸⁵Chama-se a atenção para a iminente possibilidade de criação do Banco Nacional de Perfil Genético e do Banco Multibiométrico e de Impressões Digitais propostos pelo Projeto da Lei Anticrime. Figura-se de suma importância a observância dos direitos dos titulares das informações coletadas, mesmo que tratadas para fins de segurança pública e investigação de infrações, pois o direito à privacidade e os princípios conexos à proteção de dados atuam como escudo protetor da pessoa em face de possível vigilantismo perpetrado pelo Estado.

⁸⁶Artigo 4º, §1º O tratamento de dados pessoais previsto no inciso III será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei (BRASIL, 2018).

titular de dados poderá invocar o direito de acesso, correção, anonimização e eliminação das informações inadequadas (MENEZES; COLAÇO, 2019).

Questão delicada no que se refere ao tratamento de dados visando ao interesse público diz respeito à personalidade jurídica do operador e do controlador desse tratamento. Isso porque os §§2º, 3º e 4º do art. 4º⁸⁷ permitem o tratamento por pessoa jurídica de direito privado, naqueles procedimentos em que esta estiver sob a tutela de pessoa jurídica de direito público. Dessa forma, se a pessoa jurídica de direito privado for controlada pelo Poder Público, “poderá tratar, na integralidade, as informações pessoais disponíveis nos bancos de dados cuja finalidade seja exclusiva para fins de vigilância e de segurança” (MENEZES; COLAÇO, 2019, p. 190), ou de interesse público. Quanto à conceituação desse termo, tem-se que é “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem” (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 51).

Todavia, a estrutura de incentivos criada pela LGPD nesse particular parece colocar o titular de dados pessoais em uma posição desfavorável no que concerne à sua autodeterminação informativa. Isso porque, a difícil apuração e mensuração do “interesse público” de forma precisa significa na concessão, pela LGPD, de carta branca ao Estado e às grandes corporações que atuem como suas parceiras no tratamento de dados pessoais para os fins que lhes sejam pertinentes. Põe em risco a autodeterminação informativa dos titulares de dados pessoais

Confiar o controle de complexos sistemas de vigilância correlacionados à segurança pública/estatal, de investigação e de repressão penal, às pessoas jurídicas de direito privado sujeitas às livres regras de mercado. A título de exemplo, cita-se a parceria celebrada, nesse ano de 2019, entre o Estado do Rio de Janeiro e a empresa telefônica Oi, para a instalação e monitoramento de algumas câmeras no bairro Copacabana, visando identificar pessoas

87Artigo 4º, § 2º É vedado o tratamento dos dados a que se refere o inciso III do caput deste artigo por pessoa de direito privado, exceto em procedimentos sob tutela de pessoa jurídica de direito público, que serão objeto de informe específico à autoridade nacional e que deverão observar a limitação imposta no § 4º deste artigo. §3º A autoridade nacional emitirá opiniões técnicas ou recomendações referentes às exceções previstas no inciso III do caput deste artigo e deverá solicitar aos responsáveis relatórios de impacto à proteção de dados pessoais. §4º Em nenhum caso a totalidade dos dados pessoais de banco de dados de que trata o inciso III do caput deste artigo poderá ser tratada por pessoa de direito privado, salvo por aquela que possua capital integralmente constituído pelo poder público (BRASIL, 2018).

procuradas pela justiça. No ano de 2014, o relatório “Quem Defende seus Dados” publicado anualmente pelo InternetLab, mostrou que essa mesma empresa foi autuada por violar a privacidade de seus consumidores ao monitorar hábitos de navegação. *Estáremos confiando a segurança dos ovos à raposa?* (MENEZES; COLAÇO, 2019, p. 190).

No que se refere ao controle e à fiscalização das empresas que operam e controlam dados, nesses casos, há celeuma: o manejo de dados para fins de segurança pública não está sujeito à LGPD, motivo pelo qual fogem do escopo da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), criada pela Lei nº 13.853/2019. Como garantir que Estado e empresas que realizam tratamento de dados para fins de interesse público não utilizem tais dados para outras finalidades?

Sistemas tecnológicos de vigilância devem, segundo entendimento de Frank La Rue (2011), ser supervisionados por uma autoridade independente, a fim de garantir plena transparência quanto às técnicas utilizadas e à extensão dos poderes (MENEZES; COLAÇO, 2019):

A vigilância nas comunicações deve ser considerada como um ato altamente intrusivo que, potencialmente, interfere com os direitos à liberdade de expressão e privacidade, e ameaçam as bases de uma sociedade democrática. A legislação deve estipular que a vigilância do Estado nas comunicações só deve ocorrer nas circunstâncias mais excepcionais e exclusivamente sob a supervisão de uma autoridade judicial independente. Salvaguardas devem ser articuladas em legislação, relativa à natureza, âmbito e duração das medidas possíveis, bem como os fundamentos necessários para requisitá-la, as autoridades competentes para as autorizar, realizar e supervisionar, e o tipo de recurso previsto pela legislação nacional. (LA RUE, 2011, p. 2).

Uma vez excluído da abrangência da LGPD, o tratamento de dados pessoais para fins de interesse público demonstra lacuna na lei, uma vez que não terá controle e fiscalização da ANPD. O tratamento de dados para fins de segurança pública, defesa nacional e segurança do Estado se sujeitará a uma legislação específica a que remete a própria LGPD, no §1º do artigo 4º, mas que até o momento não foi editada.

Por fim, os incentivos criados pela LGPD quanto ao tratamento de dados em caso de interesse público se mostra problemático quanto à autodeterminação informativa de titulares de dados; o termo “interesse público” é abstrato e pode ser moldado conforme os interesses de agentes responsáveis pelo tratamento. Tem-se, sob a ótica do critério de análise proposto nesse trabalho, que a inaplicabilidade da LGPD nos casos de tratamento de dados para fins de interesse público se mostra ineficiente.

Tabela 10 – Aplicação do critério de análise à norma de não incidência da LGPD ao tratamento de dados realizado para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais.

Dispositivo legal: artigo 4º	
Norma: não aplicação da LGPD ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais	
Critério nº 1	Critério nº 2
Promoção de autodeterminação informativa (x)	Possibilidade de compensação (x)
Síntese da justificativa: a abstração e imprecisão dos termos utilizados na norma coloca em risco a autodeterminação informativa dos titulares de dados e favorece o arbítrio do Estado e corporações na prática de vigilância; a não aplicação da LGPD gera incentivos que podem culminar em abusos no tratamento de dados para esses fins. Ademais, há lacuna na lei quanto à autoridade fiscalizadora, uma vez que o tratamento de dados nesses casos será regido por legislação específica, até o momento não editada, não havendo previsão de compensação dos titulares eventualmente lesados.	
Resultado: ineficiente	

A quarta hipótese de inaplicabilidade da LGPD diz respeito ao tratamento de dados provenientes de fora do território nacional, e que retornem para o país de origem, com o requisito de que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou seja objeto de transferência internacional de dados que não o de proveniência, e desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao

previsto na LGPD (BRASIL, 2018). A exceção do inciso IV, interpretada de acordo com a ideia de eficiência, deve ser restritiva, haja vista que a regra é que, se uma das fases de tratamento ocorrer em território nacional, aplicar-se-á a LGPD, mesmo que os dados sejam oriundos do exterior.

O “nível de proteção de dados pessoais adequado” será avaliado pela autoridade nacional,⁸⁸ que levará em consideração, dentre outros quesitos, as normas gerais e setoriais da legislação em vigor no país de destino, remetendo, provavelmente, aos países que possuem regulamentação específica sobre o tema. Nesse particular, destacam-se os países situados em território europeu, abarcados pela General Data Protection Regulation (GDPR), que inspirou a LGPD. Na América Latina os países que contam com regulamentação do tema são Argentina, Chile e México (IDEAÇÃO, 2019). Por outro lado, nos Estados Unidos da América,⁸⁹ por exemplo, considera-se não haver nível de proteção de dados pessoais adequado (COTS; OLIVEIRA, 2018), o que atrairia a aplicação da LGPD no caso previsto no inciso IV do artigo 4º da lei.

Sob o critério de análise, a norma se mostra eficiente pelo fato de prezar pelo grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto na LGPD, o que representa promoção da autodeterminação informativa dos titulares de dados.

88Art. 34. O nível de proteção de dados do país estrangeiro ou do organismo internacional mencionado no inciso I do caput do art. 33 desta Lei será avaliado pela autoridade nacional, que levará em consideração: I - as normas gerais e setoriais da legislação em vigor no país de destino ou no organismo internacional; II - a natureza dos dados; III - a observância dos princípios gerais de proteção de dados pessoais e direitos dos titulares previstos nesta Lei; IV - a adoção de medidas de segurança previstas em regulamento; V - a existência de garantias judiciais e institucionais para o respeito aos direitos de proteção de dados pessoais; e VI - outras circunstâncias específicas relativas à transferência. (BRASIL, 2018).

89“O *right to privacy* fundamentado na quarta emenda é certamente o que mais se identifica com a proteção de dados pessoais, conforme se observa na casuística. Nela, uma noção de segredo e isolamento que parecia proteger os domínios da pessoa representada pelas suas propriedades foi transmutada em uma proteção de natureza pessoal, o que favorece a superposição de uma estrutura que compreende os dados pessoais.” (DONEDA, 2006, p. 284).

Tabela 11 – Aplicação do critério de análise à não incidência da LGPD aos dados provenientes de fora do território nacional.

Dispositivo legal: artigo 4º

Norma: não aplicação da LGPD ao tratamento de dados pessoais provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei.

Critério nº 1	Critério nº 2
Promoção de autodeterminação informativa (✓)	Possibilidade de compensação ()

Síntese da justificativa: a norma representa promoção de autodeterminação informativa pelo fato de prever a inaplicabilidade da LGPD aos dados provenientes de fora do território nacional somente se o país de proveniência proporcionar grau de proteção de dados adequado, levados em consideração os critérios do artigo 34

Resultado: eficiente

4.1.4 Princípios norteadores das atividades de tratamento de dados pessoais

O artigo 6º da LGPD determina que as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e ser norteadas por uma lista de princípios:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os

respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas. (BRASIL, 2018).

De início, observa-se que a boa-fé foi inserida no caput do artigo supracitado, e não como princípio específico em matéria de proteção de dados; tal fato não diminui sua importância, pois várias das bases legais para tratamento de dados pessoais têm fundo contratual, com destaque ao consentimento, de forma que a boa-fé se trata de princípio contratual reconhecido pelo direito civil, podendo, por consequência, ser interpretada também como princípio implícito da LGPD (COTS; OLIVEIRA, 2018).

A boa-fé é entendida sob dois aspectos ou prismas, atualmente denominados boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. No primeiro caso, o esforço é de não somente não prejudicar outrem. No segundo, a boa-fé deixa de ser passiva ou negativa, mas representa expressão de conduta preventiva e proativa no sentido de não permitir que outrem seja prejudicado (COTS; OLIVEIRA, 2018).

A boa-fé objetiva é um *standard*, um parâmetro genérico de conduta. Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, pensando no outro, no parceiro atual, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, gerando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização de interesses das partes. (SOARES, 2001, p. 219-220).

Nelson Rosenvald faz um contraponto entre os dois aspectos da boa-fé:

Alguém pode perfeitamente ignorar o indevido de sua conduta, portanto obrando de boa-fé (subjéitiva) e, ainda assim, ostentar comportamento despido da boa-fé objetiva, que significa um padrão de conduta leal, pressuposto da tutela da legítima expectativa daquele que se contrata. Daí dizer-se que pode alguém estar agindo de boa-fé (subjéitiva), mas não a boa-fé (objetiva). (ROSENVALD, 2005, p.172).

A boa-fé objetiva passa a ser implementada no campo dos contratos como um ponto de tensão com o princípio do *pacta sunt servanda*, que impõe o cumprimento de cláusulas contratuais independentemente da intenção subjéitiva das partes, de forma que até mesmo contratos leoninos ou desarrazoados deveriam ser cumpridos, uma vez acordados entre as partes (COTS; OLIVEIRA, 2018). Dessa feita, a boa-fé foi positivada no Código Civil:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. (BRASIL, 2002).

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (BRASIL, 2002).

Verifica-se que a boa-fé deve atuar como premissa na interpretação dos negócios jurídicos, além de orientar as partes em todas as fases de uma contratação. A boa-fé atinge o conteúdo relacional em aspectos diversos, que se radicam na dinâmica da relação jurídica (NOGUEIRA, 2017). A relevância da boa-fé nas relações jurídicas se impõe de tal maneira que a sua inobservância poderá caracterizar ato ilícito passivo de indenização ao prejudicado:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002).

A postura pautada na boa-fé constitui obrigação ampla e não acessória, sendo suficiente, em determinados casos, para definir como ilícito o transgredir de um dos seus comandos (BOLWERK; NOGUEIRA, 2018), de forma que “a teia principiológica própria da boa-fé objetiva estabelece a confiança como

representativa de paradigma das relações sociais” (BOLWERK; NOGUEIRA, 2018, p. 62).

O papel central exercido pela boa-fé nas relações jurídicas parece ter justificado a inclusão da mesma no *caput* do artigo 6º da LGPD, de forma que o legislador ressaltou sua observância nas relações envolvendo o tratamento de dados pessoais. A interpretação da LGPD sob a ótica do critério de análise parece indicar que alçar a boa-fé como princípio do sistema de proteção de dados representa ganho de eficiência na promoção da autodeterminação informativa dos titulares de dados, haja vista a relevância de condutas pautadas na lealdade e a observância da legítima expectativa dos envolvidos, para essa finalidade.

O arcabouço principiológico da LGPD não representa uma novidade legislativa, mas sim uma reunião de princípios de um sistema de proteção da privacidade que já estava em formação, motivo pelo qual a nova lei deve ser recebida e aplicada como parte do sistema que é, e não a panaceia de todos os males virtuais (OLIVEIRA; LOPES, 2019).

Apesar da existência prévia de uma disciplina de proteção de dados,⁹⁰ sua setorização e pulverização em leis e decretos esparsos obstaculizava a visualização de um sistema. A edição da LGPD significa, nesse contexto, uma orientação para organização formal desse sistema, a partir da cristalização e reprodução de muitos desses dispositivos esparsos, inclusive com status principiológico (OLIVEIRA; LOPES, 2019).

A conceituação de princípio se refere a uma norma que ordena que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Quanto à distinção entre regras e princípios, dois modelos os caracterizam e diferenciam como classes logicamente diferentes de normas: o primeiro modelo é o da aplicabilidade de tipo tudo-ou-nada presente nas regras. O segundo modelo refere-se à dimensão de peso, que falta às regras, mas que possuem os princípios (DWORKIN, 2007).

90“No Brasil, além da Constituição Federal, já tínhamos diversas legislações especiais que tratavam do assunto em áreas específicas, setorizadas, como o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil, a Lei do Cadastro Positivo, o Marco Civil da Internet, entre outros. Apesar desse arcabouço, há vários anos se discutia no Brasil um marco legal na proteção de dados pessoais, capaz de englobar todas as atividades relacionadas, tendo em vista a importância e a relevância de seu objeto, que tem amplo reflexo inclusive nos direitos constitucionais do cidadão.” (VENTURA, 2018, p. 56).

Um princípio pode ser considerado um *standard* que deverá ser observado, não por ter finalidade política, econômica ou social que seja considerada desejável, mas pelo fato de ser uma exigência de justiça, ou equidade, ou alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 2007).

Quanto à aplicação dos princípios, tem-se que

Quando dois princípios entram em colisão, ganha aplicação aquele princípio que, pelas circunstâncias concretas do caso, mereça primazia sem que isso importe na invalidade do princípio oposto. Diversamente, se duas regras entram em conflito, afirma Dworkin, uma delas definitivamente não pode ser considerada válida. A colisão dos princípios portanto, segundo Dworkin, resolve-se na dimensão de peso; já o conflito entre regras resolve-se no plano da validade. (GUEDES, 2012).

Possuem os princípios duas finalidades principais: nortear a criação de normas e a interpretação das existentes (COTS; OLIVEIRA, 2018). A regulação do tratamento de dados pessoais em todos os âmbitos apresenta riscos e inconvenientes no que se refere à criação de um arcabouço normativo rígido para relações tão dinâmicas, dada a desatualização ou ancilose prematuro da nova normativa (COTS; OLIVEIRA, 2018). Nesse sentido, são três as principais espécies de lacunas legais: a normativa, quando há ausência de norma sobre determinado caso; a ontológica, na qual há norma, mas ela não corresponde aos fatos sociais, ocorrendo especialmente quando o desenvolvimento das relações sociais e o progresso acarretarem o ancilose da norma positiva; e a axiológica, quando existe a norma, mas ela se revela injusta, isto é, existe um preceito normativo, mas se for aplicado, a solução do caso será insatisfatória ou injusta (DINIZ, 2001).

Dessa forma, o caminho mais seguro foi o que efetivamente se tomou: por um lado a LGPD estabeleceu regras específicas para regulamentação imediata do tratamento de dados pessoais, mas por outro se prestou a um papel muitíssimo mais importante se considerarmos a problemática apontada anteriormente, qual seja, estabeleceu fundamentos, princípios e objetivos do tratamento de dados consubstanciados em regras com “prazos de validade” bem mais longos que as regras específicas. (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 100).

O primeiro dos princípios elencados no artigo 6º da LGPD é o princípio da finalidade, que exige seja respeitada a correlação entre o tratamento de dados e a finalidade informada. O tratamento de dados precisa ter uma finalidade, ou seja, um resultado único, específico e legítimo que deve ser alcançado com o tratamento. Tal princípio não se presta apenas para delimitar o objetivo final do tratamento, mas para tornar previsível o que dele se espera, de forma a inviabilizar o tratamento posterior desvinculado com a finalidade original (COTS; OLIVEIRA, 2018). Esse princípio apresenta estreita ligação com os princípios da adequação e da necessidade,⁹¹ e são exemplos de sua violação: (1) informar que a coleta de dados servirá para faturamento de produto ou serviço, mas utilizar os dados para campanhas de marketing; (2) informar que o compartilhamento de dados se dará com a empresa X, mas compartilhar os mesmos com a empresa Y; (3) informar que os dados não serão copiados, mas realizar cópia deles (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 101).

O princípio da adequação se refere à finalidade informada e o tratamento dispensado, com vista a evitar desvirtuação. Diferencia-se com o princípio da finalidade pois enquanto esse se preocupa com a regularidade da finalidade em si, o princípio da adequação aborda o procedimento realizado para se chegar à finalidade pretendida. Como exemplos de violação desse princípio têm-se: (1) informar comunicação com determinados operadores, mas realizar comercialização livre dos dados pessoais no mercado; (2) informar que os dados serão eliminados, mas deter consigo cópia desses; (3) informar que os dados serão anonimizados, mas realizar o procedimento de pseudoanonimização⁹² (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 101).

91“Um princípio fundamental que todas as atividades de processamento de dados devem seguir é o princípio da finalidade, que indica a correlação necessária que deve existir entre o uso dos dados pessoais e finalidade comunicada aos interessados quando da coleta dos dados. Esse princípio é essencial para se limitar o acesso de terceiros ao banco de dados. De forma semelhante, ele também serve como parâmetro para julgar se determinado uso dos dados pessoais é adequado e razoável, de acordo com a finalidade informada no primeiro momento ao interessado (DONEDA, 2006, P. 216). Por fim, esse princípio exige que o responsável pelo tratamento de dados estabeleça de forma expressa e limitada a finalidade do tratamento de dados, sob pena de se considerar ilegítimo o tratamento realizado com base em finalidades amplas ou genéricas (MENDES, 2011, p. 54).

92A definição de pseudoanonimização é trazida no artigo 13, §4º da LGPD: “§ 4º Para os efeitos deste artigo, a pseudonimização é o tratamento por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro.” (BRASIL, 2018).

O princípio da necessidade representa uma limitação do tratamento de dados ao mínimo necessário para alcance da finalidade pretendida, além da eliminação dos dados considerados excessivos ou desnecessários mediante requisição do titular ou quando cessado o tratamento, ou seja, quando eles deixam de ser necessários. São exemplos de violação do princípio da necessidade: (1) solicitar cor da pele para faturamento de produtos ou serviços; (2) solicitar orientação sexual para admissão de empregado; (3) solicitar todos os endereços em que a pessoa pode ser encontrada a fim de realizar a entrega de produto em apenas um deles (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 101).

O livre acesso está expresso no artigo 9^o da LGPD e refere-se ao acesso do titular às informações que lhe digam respeito, assim como as prerrogativas de solicitar a correção de equívocos ou a revisão de decisões subsidiadas em procedimentos exclusivamente automatizados sobre seus dados (OLIVEIRA; LOPES, 2019).

O princípio da qualidade dos dados traz a exigência de que os dados sejam objetivos, exatos e atualizados. Há íntima relação desse princípio com os da transparência e do livre acesso, na medida em que esses asseguram o conhecimento e os meios de correção de informações equivocadas (OLIVEIRA; LOPES, 2019). A essência desse princípio pode ser vista no inciso III do artigo 18 da LGPD.⁹⁴

O princípio da transparência, um dos mais presentes ao longo da LGPD, impõe que todas as fases do tratamento de dados pessoais sejam transparentes, com informações claras, precisas e acessíveis aos titulares. São exemplos de violação desse princípio: (1) não informar a qualificação completa do controlador; (2)

93Art. 9º O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso: I - finalidade específica do tratamento; II - forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial; III - identificação do controlador; IV - informações de contato do controlador; V - informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade; VI - responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e VII - direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei. (BRASIL, 2018).

94Art. 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: III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados (BRASIL, 2018).

deixar de descrever a abrangência do tratamento realizado; (3) não fornecer fácil acesso às informações de tratamento (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 102).

O princípio da segurança, como o nome sugere, prevê a observância de medidas técnicas e administrativas capazes de proteger os dados pessoais de situações como acessos não autorizados, perda, destruição e extravio. Está umbilicalmente ligado ao princípio da prevenção, pois enquanto o princípio da segurança visa a evitar situações ilícitas, o da prevenção pretende evitar o dano à pessoa por causa do tratamento dos dados pessoais (OLIVEIRA; LOPES, 2019).

A não discriminação é um princípio que propõe a identificação e o tratamento diferenciado da categoria de dados denominados sensíveis, que são aqueles caracterizados como dados que contêm informações que podem levar à discriminação da pessoa, como origem étnica, religião, orientação sexual e posição política (OLIVEIRA; LOPES, 2019), conforme explorado no item 3.4.1.

Por fim, o princípio da responsabilização e prestação de contas diz respeito aos encargos dos agentes de tratamento no sentido de que devem adotar medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento de todas as normas de proteção de dados previstas na LGPD.

Verifica-se que os princípios esculpidos na LGPD possuem papel relevante na consolidação de preceitos que já estavam em outras leis que tratavam da proteção de dados pessoais, ainda que não exclusivamente. A importância formal da LGPD é a estruturação de um sistema coeso para a proteção de dados pessoais, baseado em princípios que são passíveis de concretização ao longo dos dispositivos da própria lei.

A criação principiológica da LGPD, por ser mais perene que regras sobre situações específicas, interpretada sob a ótica do critério de análise proposto, representa maximização de eficiência na promoção da autodeterminação informativa dos titulares de dados.

Tabela 12 – Aplicação do critério de análise ao artigo 6º da LGPD.

Dispositivo legal: artigo 6º	
Norma: princípios que deverão ser observados nas atividades de tratamento de dados pessoais	
Critério nº 1	Critério nº 2
Promoção de autodeterminação informativa (✓)	Possibilidade de compensação ()
Síntese da justificativa: o arcabouço principiológico trazido pela LGPD se mostra eficiente pelo fato de promover a autodeterminação informativa do titular de dados, atuando como bússola na interpretação dos demais dispositivos da lei	
Resultado: eficiente	

4.2 Do tratamento de dados pessoais

4.2.1 Hipóteses de tratamento de dados pessoais

A LGPD dedicou capítulo exclusivo ao tratamento de dados pessoais. O primeiro assunto abordado nesse capítulo, objeto desse subtópico, diz respeito aos requisitos para o tratamento de dados pessoais, também conhecidos como bases legais para o tratamento de dados pessoais, previstas no artigo 7º da LGPD:

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

- I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;
- II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;
- IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;
- V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;
- VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;

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

X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

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

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

§ 5º O controlador que obteve o consentimento referido no inciso I do caput deste artigo que necessitar comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores deverá obter consentimento específico do titular para esse fim, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento previstas nesta Lei.

§ 6º A eventual dispensa da exigência do consentimento não desobriga os agentes de tratamento das demais obrigações previstas nesta Lei, especialmente da observância dos princípios gerais e da garantia dos direitos do titular.

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

Todo tratamento de dados pessoais, com exceção das hipóteses previstas no artigo 4º da LGPD (assunto abordado no subtópico 4.1.3), deve ser feito mediante o enquadramento de uma das bases legais do artigo 7º. Trata-se de rol exaustivo, apesar de conter bases legais com certo grau de subjetividade que podem abrir margem para dúvidas (COTS; OLIVEIRA, 2018).

A primeira hipótese autorizativa do tratamento de dados pessoais é o consentimento, que será objeto de abordagem em subtópico próprio (4.2.2), dada sua importância e sua abrangência.

O cumprimento de obrigação legal ou regulatória aparece como segunda hipótese autorizativa do tratamento de dados pessoais. Isso significa que todas as vezes que a relação jurídica assim o exigir, por força de obrigação legal ou regulatória, os dados pessoais poderão ser tratados, não podendo o titular se opor a tal tratamento. Como exemplos tem-se o tratamento de dados pessoais de empregados, com folhas de registros, entrega de obrigações acessórias como o e-Social, FGTS, INSS etc., e de consumidores, com emissão de nota fiscal para transporte de mercadoria e o compartilhamento com serviço logístico (COTS; OLIVEIRA, 2018). Tal hipótese atua como um autorizador para que a LGPD não entre em conflito com outras legislações vigentes no país, o que poderia acarretar insegurança jurídica aos agentes de tratamento de dados que, por exemplo, tivessem assumido obrigações legais e regulatórias prévias, com posterior desacordo do titular quanto ao tratamento de seus dados.

A terceira hipótese prevista no artigo 7º da LGPD refere-se à administração pública, com o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em lei e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres. Como visto no item 4.1.3, a administração pública não está obrigada a cumprir as exigências da LGPD nos casos de tratamento de dados feito exclusivamente para fins de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação ou de repressão de infrações penais. Contudo, nos demais casos, fica sujeita à LGPD, conforme expressa previsão legal.

Outra hipótese para o tratamento de dados pessoais diz respeito à pretensão de realização de estudos por órgão de pesquisa. O próprio inciso IV do artigo 7º, que prevê essa hipótese, aduz que será garantida nesses casos, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais, sendo essa entendida como a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo (BRASIL, 2018). A definição de órgão de pesquisa é especificada pelo inciso XVIII do artigo 5º⁹⁵ da LGPD, de forma que somente assim poderão ser

95Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: XVIII - órgão de pesquisa: órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão

consideradas as entidades da administração pública direta ou indireta e as de direito privado sem fins lucrativos, como associações e fundações, sediadas no Brasil, que incluam em sua missão institucional ou objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter histórico, científico, tecnológico ou estatístico (BRASIL, 2018). Vale ressaltar que as pessoas jurídicas de direito privado com fins lucrativos não podem se valer dessa base legal para o tratamento de dados pessoais, haja vista a expressa previsão legal em sentido contrário.

Também foi alçada à condição de hipótese autorizativa o tratamento de dados pessoais quando necessário para execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do próprio titular. Verifica-se que o legislador não permite o tratamento de dados pessoais na fase de formação dos contratos, mas apenas em sua execução, ou seja, até que o contrato seja formado, ou mesmo antes, na fase pré-contratual, o tratamento de dados só poderá ser realizado mediante “pedido do titular de dados”, o que equivale, na prática, ao consentimento (COTS; OLIVEIRA, 2018). Quanto à redação do dispositivo,

A parte final do inciso poderia ser mais feliz e certamente criará dificuldades. Isso porque só poderia ser aplicável se o contrato fosse formado com pessoal natural, não pessoa jurídica. Explicaremos: como as pessoas jurídicas são representadas, em última instância, por pessoas naturais, e considerando que a personalidade destas não se confunde, o simples ato de coletar dados do representante legal da empresa já é tratamento de dados pessoais (relativos às pessoas naturais do representante). Assim, ainda no caso de contratação com pessoa jurídica, a pessoa natural do representante não poderia fazer o “pedido” que consta do inciso V pois não é “parte” na contratação, que é a pessoa jurídica. Pode parecer preciosismo fazer tal consideração, mas o fato é que a LGPD não deveria ter sido concebida criando uma dificuldade que seria facilmente contornada com a melhoria da redação. (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 108).

O tratamento de dados pessoais também poderá ser realizado para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral. O termo “exercício regular de direitos” é utilizado no artigo 23, inciso III, do Código Penal, e funciona, nesse caso, como excludente de ilicitude:

institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter histórico, científico, tecnológico ou estatístico (BRASIL, 2018).

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

[...]

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

O clássico exemplo utilizado pela doutrina de Direito Penal é o caso do pugilista que não pode ser processado criminalmente por lesão corporal pelo exercício do esporte:

Ainda que a ação realize o tipo de lesões corporais ou de homicídio doloso, não será ilícita se o esportista observou o cuidado objetivamente devido e agiu com ânimo ou vontade de exceder o direito à prática do esporte (esportista amador) ou da profissão (esportista profissional). Poderá invocar, então, o exercício regular de um direito. (PRADO, 2006, p. 373).

O exercício regular de direitos corresponde, portanto, à conduta humana nos termos da lei, sem abusos (COTS; OLIVEIRA, 2018). A LGPD restringiu o tratamento de dados pessoais para o exercício regular de direitos apenas nas esferas judicial, administrativa ou arbitral; a intenção do legislador diz respeito à “falta de razoabilidade em se exigir, por exemplo, que o credor peça consentimento ao devedor para processar seus dados pessoais” (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 109); permitir que uma das partes apresente oposição a esse tipo de tratamento de dados significaria o cerceamento do direito de defesa da outra parte em um processo, com conseqüente atentado aos preceitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Poderá haver tratamento de dados pessoais, ainda, para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro. A vida humana é bem jurídico dos mais relevantes no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido alçada a direito e garantia fundamental, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal.⁹⁶ Por bem jurídico entende-se:

⁹⁶Art. 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 (BRASIL, 1988).

[...] é o bem relevante para o indivíduo ou para a comunidade (quando comunitário não se pode perder de vista, mesmo assim, sua individualidade, ou seja, o bem comunitário deve ser também importante para o desenvolvimento da individualidade da pessoa) que, quando apresenta grande significação social, pode e deve ser protegido juridicamente. A vida, a honra, o patrimônio, a liberdade sexual, o meio-ambiente etc. são bens existenciais de grande relevância para o indivíduo. (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009, p. 98).

A privacidade também é um bem jurídico. Porém, confrontado com o a vida, deve-se a ela render, preponderando a última (COTS; OLIVEIRA, 2018). Essa hipótese de tratamento de dados pessoais parece remeter a circunstâncias emergenciais, não se prestando a atividades de prevenção:

Um exemplo deste tipo de tratamento de dados é o seguinte: imagine uma pessoa inconsciente dando entrada em um hospital que nunca esteve na vida após sofrer um grave acidente. Nesse caso, o novo hospital precisará de todo o histórico médico do paciente constante de um outro hospital que ele costuma frequentar, estando, portanto, autorizado o médico que irá atendê-lo requisitar a documentação ao outro hospital, que poderá compartilhar toda a documentação que disponha daquele paciente. (GUALTIERI, 2019).

Outra hipótese autorizativa diz respeito ao tratamento de dados pessoais para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autonomia sanitária. Trata-se de base legal que se assemelha à anterior: a tutela da saúde, prevista constitucionalmente,⁹⁷ justifica o tratamento de dados pessoais na medida que preserva um aspecto importante da vida humana (COTS; OLIVEIRA, 2018). Todavia, a presente hipótese é mais restritiva, pois só podem se valer dela os profissionais e serviços de saúde ou autoridade sanitária.

O inciso IX do artigo 7º da LGPD prevê a hipótese para o tratamento de dados pessoais 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. Tal hipótese faz referência ao termo “legítimo interesse”, que será abordado de forma mais aprofundada no item

97Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

4.2.4. De forma sintética, tem-se que para utilização dessa base legal como autorizadora do tratamento de dados é necessário identificar um interesse legítimo e demonstrar que o tratamento de dados é necessário para se atingir tal interesse. A parte final do artigo transparece a atenção despendida pela LGPD para a garantia dos direitos e liberdades fundamentais do titular de dados, situações de caráter existencial da pessoa, que prevalecem frente aos interesses do controlador, de caráter mormente patrimonial.

A última hipótese para tratamento de dados pessoais prevista no artigo 7º é aquele realizado para a proteção do crédito. O crédito financeiro é importante ferramenta para a economia, haja vista que através dele é possível a viabilização de projetos pessoais e empresariais; não por acaso o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 43,⁹⁸ previu expressamente a possibilidade de formação de bancos de dados por parte dos serviços de proteção ao crédito.

Ocorre que o oferecimento de crédito é uma atividade de risco, compreendendo basicamente três tipos: o risco de inadimplência (falta de recurso para pagamento da dívida no prazo ou modo estipulado), risco de degradação de crédito (reclassificação para pior do nível de risco) e risco de degradação de garantias (o bem que garante o crédito deixa de existir ou perder valor). Quanto maior o risco, maior o custo do crédito. Assim, ante a relevância da atividade de oferecimento de crédito e do risco que tal atividade envolve, foram criados mecanismos por meio dos quais o mercado tenta se precaver de riscos desconhecidos, ou, ainda, mapear a abrangência de riscos conhecidos, entre os quais estão as entidades de proteção ao crédito (Ex: Serasa e SPC). (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 112-113).

98Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. §1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. §2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. §3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. §4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. §5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores. §6º Todas as informações de que trata o **caput** deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor. (BRASIL, 1990).

O oferecimento de crédito beneficia elevado número de pessoas, com movimentações financeiras no mercado a fim de atender o interesse daqueles que desejam tomar crédito, o que auxilia na criação de uma economia mais pujante. Dessa feita, a fim de possibilitar a redução de riscos sistêmicos no oferecimento de crédito, a LGPD estabeleceu como hipótese de tratamento de dados a proteção de crédito.

A interpretação do artigo 7º da LGPD de acordo com o critério de análise proposto revela que a enumeração das hipóteses em que poderá haver tratamento de dados pessoais mostra-se eficiente. Isso porque permite que os titulares de dados pessoais mantenham maior controle de seus dados, com verificação se eventual tratamento realizado se enquadra ou não nas hipóteses legais.

Tabela 13 – Aplicação do critério de análise ao artigo 7º da LGPD.

Dispositivo legal: artigo 7º	
Norma: hipóteses em que poderá ser realizado o tratamento de dados pessoais	
Critério nº 1	Critério nº 2
Promoção de autodeterminação informativa (✓)	Possibilidade de compensação ()
Síntese da justificativa: a delimitação das hipóteses de tratamento permite que os titulares tenham maior controle sobre seus dados, com verificação da legalidade de eventual tratamento	
Resultado: eficiente	

4.2.2 A função e os limites do consentimento

O consentimento remete à segunda geração⁹⁹ de leis de proteção de dados pessoais, em que se transfere para o próprio titular dos dados a responsabilidade de protegê-los. Enquanto antes o fluxo das informações pessoais deveria ser autorizado pelo Estado, agora “cabe ao próprio cidadão tal ingerência que, por meio do consentimento, estabelece as suas escolhas no tocante à coleta, uso e compartilhamento dos seus dados pessoais” (BIONI, 2018, p. 115).

⁹⁹Enquanto a primeira geração tem seu foco na esfera governamental, bem como na premissa de se estabelecer normas rígidas para domar o uso da tecnologia, e a terceira geração procuraram assegurar a participação do indivíduo sobre todos os movimentos dos seus dados pessoais: da coleta ao compartilhamento (BIONI, 2018).

O fato de o titular dos dados pessoais, pessoa natural, ser considerado o foco de proteção da LGPD¹⁰⁰ garante ao consentimento papel central nesse sistema. Dessa feita, prevê o artigo 8º da lei que:

Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.

§ 1º Caso o consentimento seja fornecido por escrito, esse deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais.

§ 2º Cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei.

§ 3º É vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento.

§ 4º O consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas.

§ 5º O consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei.

§ 6º Em caso de alteração de informação referida nos incisos I, II, III ou V do art. 9º desta Lei, o controlador deverá informar ao titular, com destaque de forma específica do teor das alterações, podendo o titular, nos casos em que o seu consentimento é exigido, revogá-lo caso discorde da alteração. (BRASIL, 2018).

O consentimento é uma base legal para tratamento de dados pessoais que possui natureza contratual, pois de um lado há a manifestação da vontade de uma parte em tratar os dados pessoais para determinada finalidade e, de outro, há um titular que anui com esse tratamento (COTS; OLIVEIRA, 2018). Trata-se de negócio jurídico que possui forma prescrita por lei,¹⁰¹ qual seja: por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular, conforme previsão do *caput* do

100Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (BRASIL, 2018).

101Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei (BRASIL, 2002).

artigo 8º da LGPD. Isso significa que o consentimento tácito não é admitido para o tratamento de dados pessoais.

O *caput* do artigo em comento refere-se, ainda, à possibilidade de o consentimento ser fornecido por “outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular”:

Esses “outros meios” poderiam ser, por exemplo, utilização de token, SMS, autenticação por e-mail, por login, registro de áudio, vídeo ou ambos, entre outras. O importante é que a manifestação da vontade seja: (i) preservada e inequívoca; (ii) seja inteligível, ou seja, deve ser compreensível caso precise ser comprovada, especialmente perante as esferas judiciais; e (iii) esteja adequadamente atrelada aos termos do tratamento de dados, isto é, é necessário comprovar que determinado consentimento se deu sobre determinado tratamento. (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 115)

Outro requisito trazido pelo artigo 8º da LGPD é que o consentimento por escrito deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais. A palavra “destacada” pode ser interpretada de duas formas: oferecimento de destaque ou de forma avulsa ou independente (COTS; OLIVEIRA, 2018). Verifica-se, portanto, que a LGPD não exige o consentimento escrito, mas, caso assim ele seja colhido, deverá constar em cláusula destacada das demais cláusulas contratuais. A interpretação da norma sob a ótica da eficiência juseconômica parece indicar que o significado desejável é o de fornecer destaque, o que pode ser feito com aplicação de fonte maior, negrito ou caixa alta à cláusula que diz respeito ao consentimento.

Embora não precise necessariamente estar consubstanciado em declaração escrita, o consentimento não poderá ser extraído da omissão do titular, mas tão somente de atos positivos que revelem sua real vontade (FRAZÃO, 2018)

O §2º do Artigo 8º da LGPD aloca o ônus da prova do consentimento ao controlador, o que indica a necessidade de se preservar a coleta do consentimento de forma duradoura, a fim de evitar a nulidade do negócio jurídico¹⁰² realizado.

102Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: IV - não revestir a forma prescrita em lei (BRASIL, 2002).

A LGPD foi redundante ao vedar o tratamento de dados pessoais mediante vício do consentimento, pois tal disposição já se encontra descrita no Código Civil¹⁰³ e diz respeito aos negócios jurídicos de forma geral. A título ilustrativo, são exemplos de vício de consentimento ou vontade na seara da proteção de dados pessoais:

(i) Erro ou ignorância – o titular agiu mediante uma noção falsa da realidade induzida pelo controlador, ou, ainda, agiu mediante erro substancial do negócio, não compreendendo completamente os contornos do que estava consentindo (exemplo: titular que entende que o tratamento é para oferecimento de outros serviços do controlador quando na realidade se dedica ao compartilhamento com empresas terceiras); (ii) Dolo – controlador que, conscientemente, tem a intenção de enganar o titular; (iii) Coação – consentimento concedido mediante ameaça; (iv) Estado de perigo – titular que dá seu consentimento para salvar a própria vida ou de outrem; (v) lesão – titular que, por necessidade ou inexperiência, consente com tratamento de dados abusivos ou desproporcional; (vi) Fraude contra credores; e (vii) Simulação – consentimento realizado visando obtenção de resultado diverso da finalidade aparente, como para iludir terceiros. (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 119).

O §4º do artigo 8º da LGPD expressa que o consentimento só é válido enquanto manifestação de vontade se for direcionado a um fim específico ou determinado. Termos genéricos como “melhorar a experiência do usuário” ou “para formação de cadastro” não serão mais admitidos, sendo consideradas nulas as autorizações dadas (COTS; OLIVEIRA, 2018). Dessa forma, na hipótese em que o consentimento é requerido, ele será considerado nulo caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso, abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca (TEPEDINO; TEFFÉ, 2019).

A manifestação de vontade representada pelo consentimento poderá, ainda, ser revogada a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular de dados. Chama-se a atenção, todavia, que o consentimento é apenas uma das bases legais que permitem o tratamento de dados, ou seja, o controlador poderá enquadrar o tratamento de dados em outra base legal, como execução do contrato ou cumprimento de obrigação legal ou regulatória. Não havendo, todavia, outra base

¹⁰³Erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão, fraude contra credores e simulação estão previstos nos artigos 138/139, 145, 151, 156, 157, 158 e 167 do Código Civil, respectivamente.

legal para enquadramento do tratamento de dados, ele deverá ser interrompido imediatamente (COTS; OLIVEIRA, 2018). A possibilidade de revogação do consentimento revela que o mesmo é temporário, e sua revogação é incondicional e indisponível. Todavia, não parece conveniente aos propósitos da LGPD que quem recebeu a autorização para o tratamento dos dados tenha que sofrer risco ilimitado, de forma que em caso de abuso do titular dos dados, caberá a devida reparação, que deverá ser analisada no caso concreto e guiada por mecanismos como o *venire contra factum proprium* (TEPEDINO; TEFFÉ, 2019).

Ressalte-se que é dispensada a exigência do consentimento para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, devendo, contudo, serem resguardados os seus direitos e os princípios previstos na LGPD.¹⁰⁴ A dispensa do consentimento não abrange toda a sorte de dados pessoais de acesso público; estão abrangidos apenas os dados “manifestamente tornados públicos pelo titular”, sendo que os dados revelados por terceiros não se encaixem na dispensa, como os encontrados em diário oficial, órgãos públicos ou sites de busca. Ademais, os dados pessoais tornados públicos pelo titular não podem ser tratados livremente, pois ainda deverão ser consideradas os princípios previstos na LGPD:

Por exemplo, uma pessoa torna público seu interesse em adquirir um imóvel em determinada região, divulgando dados pessoais de contato. Nesse caso seria possível o tratamento de dados pessoais sem o consentimento expresso para oferecimento de imóveis na região, mas não para oferecer serviços de telefonia ou recolocação profissional, pois não foi com essa finalidade que o dado foi tornado público. (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 122)

Uma das críticas que se faz ao consentimento diz respeito à sua utilização para o esvaziamento de qualquer esfera de controle dos dados pessoais. Isso porque geralmente o consentimento é colhido através de um contrato de adesão, que assinala, sobretudo, a assimetria de forças das relações de consumo, na medida em que seu elo mais forte fixa unilateralmente o programa contratual (MARQUES, 2011), com determinação do fornecedor do produto ou serviço dos

104Art. 7º, § 4º É dispensada a exigência do consentimento previsto no caput deste artigo para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos nesta Lei (BRASIL, 2018).

rumos do fluxo informacional dos seus usuários, eliminando, praticamente, qualquer faixa de controle a ser por eles operada (BIONI, 2018).

A lógica do “tudo” ou “nada”¹⁰⁵ das políticas de privacidade acaba por mistificar a autodeterminação informativa, pois os usuários não têm poder de barganha para colocar em curso as suas preferências de privacidade (BIONI, 2018).

Ilustrativo é o estudo empírico realizado pela Global Privacy Enforcement Network/GPEN que constatou que, das políticas de privacidade de aplicativos móveis analisadas, 1) 85% falham em prestar informação adequada sobre a coleta, o uso e o compartilhamento dos dados pessoais; 2) 59% são de difícil compreensão para extração de informações básicas a respeito da privacidade; 3) 1/3 realiza coleta de dados pessoais de forma considerada excessiva; 4) 43% têm uma interface inadequada, seja porque a tela ou as letras são muito pequenas, seja porque se trata de longos textos que demandam a leitura de inúmeras páginas (WIREDGOV, 2014).

O estudo supramencionado demonstra que o consentimento enquanto ferramenta contratual tem sido utilizado para o esvaziamento da esfera de controle sob os dados pessoais por parte dos titulares. “Tais termos contratuais impõem, às vezes, um ‘cheque em branco’, cujo preenchimento – a utilização de dados pessoais – fica a bel-prazer daquele que estipulou unilateralmente as suas cláusulas contratuais”. (BIONI, 2018, p. 173).

Por tal motivo, o consentimento desvinculado de outras ferramentas parece não ocasionar empoderamento do titular de dados pessoais:

É famoso, por exemplo, um estudo das pesquisadoras da Carnegie Mellon University que avaliaram que os usuários despenderiam, ao menos, 201 horas por ano – o equivalente a U\$3.354 – para que procedessem à leitura de todos os termos de uso dos websites que são em média acessados por um usuário americano. Esse custo torna-se exponencial se for levado em consideração que a metodologia dessa pesquisa não inclui as políticas de privacidade dos aplicativos móveis, nem mesmo dos famigerados “parceiros comerciais” da rede (network) da publicidade comportamental. Isto porque, em tese, demandar-se-ia do usuário a leitura de todos esses termos de uso para tomar conhecimento de todas as práticas

105“Realmente, no contrato de adesão, não há liberdade contratual de definir conjuntamente os termos do contrato, podendo o consumidor somente aceitá-lo ou recusá-lo. É o que os doutrinadores anglo-americanos denominam em uma *take-it-or-leave-it*” (MARQUES, 2011, p. 79).

comerciais com relação aos seus dados pessoais para, então, decidir aceitá-los ou não. Tem-se, assim, tal como sugere a própria pesquisa, uma externalidade social negativa em que a relação custo-tempo da leitura das políticas de privacidade acaba por tornar tal prática inviável. (MCDONALD; CRANOR, 2008, p. 565 apud BIONI, 2018, p. 174).

Dessa feita, verifica-se que o consentimento pode revelar uma artificialidade decorrente da massificação de instrumentos contratuais, encarregando de forma unilateral a externalidade negativa do seu custo de leitura somente aos consumidores. Para que haja autodeterminação informativa, deverá o consentimento ser acompanhado de instrumentos que o qualifiquem. Nesse contexto, chama-se a atenção para as Tecnologias de Facilitação da Privacidade (Privacy Enhancing Technologies/PETs)¹⁰⁶ e para a privacidade por concepção (Privacy by Design/PbD). As PETs são tecnologias que têm como dinâmica prioritária a proteção da privacidade, e fazem parte da metodologia do Privacy by Design, em que a ideia de proteção de dados pessoais deve orientar a concepção de um produto ou serviço, devendo eles serem embasados com tecnologias que facilitem o controle e a proteção das informações pessoais (BIONI, 2018).

Dessa feita, verifica-se ser o consentimento ferramenta própria para o exercício da autonomia no que se refere aos dados pessoais. Todavia, quando utilizado de forma simplista pode levar a situações de artificialidade e submissão do titular de dados a políticas de privacidade genéricas e prejudiciais à autodeterminação informativa. A subsunção do dispositivo que trata do consentimento na LGPD ao critério de análise proposto no trabalho revela ser o mesmo eficiente, pois há sua qualificação com caracteres que promovem a autodeterminação informativa, como destacamento de cláusulas, ônus da prova do controlador de que o consentimento foi obtido em conformidade com a lei e, principalmente, a obrigatoriedade de que o consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, além da expressa previsão de possibilidade de revogação, a qualquer momento, do consentimento.

¹⁰⁶Aponta-se, nesse sentido, a diferenciação estabelecida entre Privacy Invasive Technologies (PITs) e Privacy Enhancing Technologies (PETs) (PARAMAGURU et al., 2008).

Tabela 14 – Aplicação do critério de análise ao artigo 8º da LGPD.

Dispositivo legal: artigo 8º	
Norma: consentimento para o tratamento de dados	
Critério nº 1	Critério nº 2
Promoção de autodeterminação informativa (✓)	Possibilidade de compensação ()
Síntese da justificativa: o consentimento foi qualificado pela LGPD com caracteres que promovem a autodeterminação informativa, como o destaque de cláusulas, a obrigatoriedade de referência a finalidades determinadas e a possibilidade de revogação do consentimento a qualquer tempo, o que aumenta a esfera de controle do titular sobre seus dados	
Resultado: eficiente	

4.2.3 O acesso do titular às informações sobre o tratamento de seus dados

O acesso do titular às informações sobre o tratamento de seus dados é abordado no artigo 9º da LGPD:

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

- I - finalidade específica do tratamento;
- II - forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial;
- III - identificação do controlador;
- IV - informações de contato do controlador;
- V - informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade;
- VI - responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e
- VII - direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei.

§ 1º Na hipótese em que o consentimento é requerido, esse será considerado nulo caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca.

§ 2º Na hipótese em que o consentimento é requerido, se houver mudanças da finalidade para o tratamento de dados pessoais não compatíveis com o consentimento original, o controlador deverá

informar previamente o titular sobre as mudanças de finalidade, podendo o titular revogar o consentimento, caso discorde das alterações.

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

Constitui-se um direito do titular ter acesso às informações sobre o tratamento de seus dados. O acesso facilitado a que se refere o caput do artigo não tem definição clara. Todavia, a interpretação pautada na implementação da autodeterminação informativa conduz à ideia de que tal acesso deverá ocorrer, no mínimo, da mesma forma ou pelo mesmo meio no qual o tratamento de dados iniciou-se. Se o tratamento se iniciou pela internet, é na internet que devem ser apresentadas as informações de tratamento. Se foi em um local físico, é nele que as informações deverão ser acessadas (COTS; OLIVEIRA, 2018).

A ampla disponibilidade de informações mostra-se favorável no que concerne à autodeterminação informativa. Todavia, uma análise juseconômica consequencialista da norma pode revelar que a obrigatoriedade de os controladores assumirem tal ônus aumentaria consideravelmente os custos operacionais de um empreendimento, especialmente para os pequenos e os médios.

Outra questão que vem a lume com a leitura do dispositivo diz respeito à preservação dos segredos comerciais e industriais: a forma de tratamento de dados, a depender de suas características, poderá constituir segredo comercial ou industrial, motivo pelo qual não deverá acompanhar as informações disponibilizadas aos titulares. Não seria razoável exigir que o controlador fornecesse informações sensíveis ao seu negócio, sob pena de possíveis prejuízos. Por tal motivo, é possível que o controlador se recuse a descrever com detalhes a forma de tratamento se disso decorrer divulgação de segredo comercial ou industrial (COTS; OLIVEIRA, 2018).

Quanto à identificação do controlador, o dispositivo concretiza o princípio da transparência, que impõe que suas informações sejam completas, incluindo razão social, endereço, número do CNPJ, telefone e endereço eletrônico.

O compartilhamento de dados pessoais deverá ser informado ao titular:

O controlador deverá fornecer tais informações, como poderia ser o caso, por exemplo, de um site de vendas pela Internet, que compartilhará os dados com os serviços de logística, contabilidade, entes públicos, empresas de marketing, entre outras. A intenção é que o titular tenha controle sobre quem possui acesso aos seus dados, ainda que não possa se opor ao tratamento destes, dependendo da base legal utilizado pelo controlador. (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 126).

As disposições elencadas no artigo 9º da LGPD mostram-se relevantes do ponto de vista da autodeterminação informativa, pois buscam dar transparência ao tratamento de dados e cancelar ao titular o acesso às suas informações: de fato, não há como ter controle sobre os próprios dados se as situações de tratamento são nebulosas aos olhos do titular. Dessa feita, a presente norma mostra-se eficiente sob a ótica do critério de análise proposto, haja vista a promoção da autodeterminação informativa.

Tabela 15 – Aplicação do critério de análise ao artigo 9º da LGPD.

Dispositivo legal: artigo 9º	
Norma: direito do titular de acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados	
Critério nº 1	Critério nº 2
Promoção de autodeterminação informativa (✓)	Possibilidade de compensação ()
Síntese da justificativa: a norma concretiza o princípio da transparência e garante ao titular acesso às suas informações, o que resulta em promoção de autodeterminação informativa.	
Resultado: eficiente	

4.2.4 O legítimo interesse do controlador

O artigo 10 da LGPD trata do legítimo interesse do controlador nos seguintes termos:

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, 2018).

De início, cabe lembrar que o legítimo interesse é uma das bases legais para tratamento de dados,¹⁰⁷ conforme visto no item 4.2.1. O termo apresenta certa subjetividade, de forma a ser previsível que tal base legal fomentará discussões jurisprudenciais e doutrinárias:

Não há definição no artigo 5º sobre o que seria o legítimo interesse, motivo pelo qual deve-se tomar as palavras por seu sentido literal. Podemos tomar “interesse” como aquilo que é importante para alguém e “legítimo” como justificado ou amparado pelo bom senso. Assim, o início da reflexão parte da pergunta se o tratamento dos dados pessoais pretendidos é importante e se justifica, em relação ao controlador, a ponto de ele não ser obrigado a coletar o consentimento dos titulares. (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 129).

O artigo 2º da LGPD prevê como fundamentos da disciplina de proteção de dados pessoais, dentre outros, o desenvolvimento econômico e tecnológico, a inovação, a livre-iniciativa e a livre concorrência,¹⁰⁸ de forma que a iniciativa privada promove a realização do desenvolvimento econômico pela busca do lucro, que impulsiona atividades que coloquem a empresa em local de destaque diante dos

107Art. 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, 2018).

108Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: [...] V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor (BRASIL, 2018).

concorrentes. Assim, a concorrência revela-se sadia para o mercado; não por acaso foi prevista como princípio da ordem econômica brasileira.¹⁰⁹

O lucro, portanto, parece ser um legítimo interesse das empresas, sendo inclusive parte de sua definição:

Conceitua-se empresa como sendo atividade cuja marca essencial é a obtenção de lucros, com o oferecimento ao mercado de bens e serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia). (COELHO, 2002, p. 313).

Ademais, a definição de empresário trazida pelo Código Civil também releva contornos econômicos:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. (BRASIL, 2002).

Dessa feita, a busca pelo lucro permite o tratamento de dados pessoais sem o consentimento do titular e sem que tal tratamento esteja encaixado em nenhuma outra base legal (COTS; OLIVEIRA, 2018). Todavia, a possibilidade do tratamento de dados por legítimo interesse, sem regras suplementares, provavelmente esvaziaria da LGPD sua eficácia protetiva, colocando em risco a autodeterminação informativa:

Dessa forma, a LGPD estabeleceu três pilares para que o tratamento se dê por legítimo interesse do controlador: (i) o legítimo interesse não poderá ser exercido no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos seus dados; (ii) que as finalidades sejam legítimas; e (iii) seja baseado em situações concretas. Sobre o primeiro pilar, trata-se da preferência legal pelo bem da vida mais importante no caso de conflito, pois, ainda que se reconheça o interesse público sobre a livre-iniciativa, prevalece os direitos fundamentais como a vida, liberdade, saúde, etc. Por outro lado, só podemos falar em conflito e na preferência destes últimos se a solução da questão depender de proteção de dados pessoais. O segundo pilar remete à própria definição do legítimo interesse, pois volta-se a refletir sobre a legitimidade dos fins que se deseja alcançar. Contudo, é importante que se frise que tratamento com finalidades ilícitas, imorais, vexatórias etc. não poderá ser inserido no conceito de finalidade legítima. Por fim, o terceiro pilar se refere a situações

¹⁰⁹Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência (BRASIL, 1988).

concretas, ou seja, afasta-se situações hipotéticas ou indeterminadas. Diante de tal regra é possível armazenar dados pessoais, sob o argumento do legítimo interesse, sem que tenha sido determinada a finalidade do tratamento? Não, não é possível, pois o legítimo interesse exige uma situação concreta. (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 131).

O inciso II do artigo 10 da LGPD prevê situação de tratamento de dados pessoais fundamentada no legítimo interesse do controlador em situações que beneficiem o titular de dados. O legislador utilizou-se do verbo “beneficiar”, o que, pela imprecisão do termo, pode gerar riscos à autodeterminação informativa, especialmente quando há interesses divergentes como no caso de controlador e titular.

Apesar da má escolha do termo, os §§1º e 2º do mesmo artigo reafirmam as diretrizes da LGPD ao impor a finalidade e a transparência do tratamento nos casos de legítimo interesse do controlador; por sua vez, o §3º do artigo 10 prevê a possibilidade de solicitação de relatório de impacto por parte da autoridade nacional. Tais previsões permitem caracterizar o dispositivo, sob a ótica do critério de análise, como eficiente, com ganhos em termos de autodeterminação informativa do titular de dados.

Tabela 16 – Aplicação do critério de análise ao artigo 4º da LGPD.

Dispositivo legal: artigo 10	
Norma: o tratamento de dados pessoais fundamentado no legítimo interesse do controlador	
Critério nº 1	Critério nº 2
Promoção de autodeterminação informativa (✓)	Possibilidade de compensação ()
Síntese da justificativa: apesar da utilização de termo ambíguo (beneficiar), o dispositivo reafirma as diretrizes da LGPD com a imposição da finalidade e da transparência ao tratamento de dados baseado no legítimo interesse do controlador, o que culmina em promoção de autodeterminação informativa.	
Resultado: eficiente	

4.2.5 O tratamento de dados pessoais sensíveis

As espécies de dados pessoais foram tratadas no item 3.4.1, sendo entre elas identificados os dados pessoais sensíveis. A LGPD trata em seu artigo 11 do tratamento de dados dessa espécie:

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;

c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;

d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;

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

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo a qualquer tratamento de dados pessoais que revele dados pessoais sensíveis e que possa causar dano ao titular, ressalvado o disposto em legislação específica.

§ 2º Nos casos de aplicação do disposto nas alíneas “a” e “b” do inciso II do caput deste artigo pelos órgãos e pelas entidades públicas, será dada publicidade à referida dispensa de consentimento, nos termos do inciso I do caput do art. 23 desta Lei.

§ 3º A comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores com objetivo de obter vantagem econômica poderá ser objeto de vedação ou de regulamentação por parte da autoridade nacional, ouvidos os órgãos setoriais do Poder Público, no âmbito de suas competências.

§ 4º É vedada a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica, exceto nas hipóteses relativas a prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, desde que observado o § 5º deste artigo, incluídos os serviços auxiliares de diagnose e terapia, em benefício dos interesses dos titulares de dados, e para permitir:

I - a portabilidade de dados quando solicitada pelo titular; ou

II - as transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação dos serviços de que trata este parágrafo.

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

A privacidade como autodeterminação informativa revela uma construção dinâmica da autonomia, que se conjuga com novas formas de proteção jurídica da pessoa contra ameaças de estigmatização e discriminação oriundas do desenvolvimento tecnológico. Com efeito, a principal preocupação com relação ao tratamento de informações relativas à pessoa diz respeito à sua utilização para submetê-la a estigmas, viabilizando sua discriminação perante as demais (KONDER, 2019). Dentre as espécies de dados, como aprofundado outrora (Item 3.4.1), alguns são especialmente aptos a facilitar processos sociais de exclusão e segregação,¹¹⁰ razão pela qual exigem controle mais rigoroso.

É inviável a concepção de rol taxativo de dados sensíveis, uma vez que eles são definidos pelos efeitos potencialmente lesivos do seu tratamento. Nesse sentido, o §1º do artigo 11 reconhece que se aplicam as regras relativas ao tratamento de

110Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural (BRASIL, 2018).

dados sensíveis aos dados pessoais que, posto não serem sensíveis, podem vir a revelar dados sensíveis (KONDER, 2019).

Verifica-se, ao se passar à análise do dispositivo em comento, que sua redação é problemática. A sistematização de regras de outros artigos incidentes sobre o tratamento de dados sensíveis no dispositivo em comento o tornou redundante e, em alguns casos, contraditório (COTS; OLIVEIRA, 2018). O artigo 11 estabelece rol taxativo de bases legais para o tratamento dos dados sensíveis, haja vista a inserção da palavra “somente” em seu *caput*, o que destaca o exaurimento das possibilidades.

A primeira base legal para o tratamento de dados pessoais sensíveis é o consentimento, que deverá ser realizado de forma “específica e destacada”, adjetivos que não estão presente nos requisitos para tratamento de dados não sensíveis:

Entendemos específica como descrita, detalhada. Em outras palavras, é necessário informar que os dados sensíveis também serão tratados, seguindo, a partir daí, as demais obrigações que constam da lei (finalidade, prazo, duração etc.). Já é possível ver a redundância citada anteriormente, que pode trazer confusão em vez de esclarecer: o legislador menciona que é necessário indicar a finalidade do tratamento, mas tal obrigação consta do artigo 9, inciso I. Isso quer dizer que as demais informações do artigo 9º não deverão ser fornecidas? Obviamente que não, então, o mais correto, já que o legislador pretende ser preciso, era ter feita a indicação do artigo 9º, apenas para evitar má interpretação. (COTS; OLIVEIRA, 2018).

Quanto ao destaque referente ao consentimento para tratamento de dados, o artigo 8º da LGPD já o prevê. Todavia, o legislador parece pretender que haja destaque do tratamento de dados pessoais sensíveis dentro do texto já destacado sobre tratamento de dados pessoais não sensíveis, ou ordinários (COTS; OLIVEIRA, 2018).

A LGPD também prevê o tratamento de dados pessoais sensíveis sem o consentimento do titular, com repetição de algumas das hipóteses do artigo 7º, quais sejam: cumprimento de obrigação legal ou regulatória, tratamento pela administração pública para realização de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos, realização de estudos por órgãos de pesquisa, exercício regular de

direitos, proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro, tutela da saúde e garantia de prevenção à fraude e à segurança do titular (BRASIL, 2018).

Dentre as distinções entre as bases legais para o tratamento de dados não sensíveis e dados sensíveis, destaca-se a possibilidade de tratamento de dados sensíveis para exercício regular de direitos em contratos, que confronta a previsão do artigo 7º, que previa tal possibilidade apenas na execução dos contratos. A disposição do artigo 11 parece ser mais ampla do que a do artigo 7º, pois a não definição da fase contratual enseja a abertura para inclusão em todas as fases (COTS; OLIVEIRA, 2018), inclusive a de formação (proposta, pré-contrato etc.).

Por outro lado, não há previsão do tratamento de dados pessoais sensíveis com base no legítimo interesse ou a proteção do crédito. Sobre tal questão, verifica-se a aplicação do princípio da adequação, pois os dados pessoais sensíveis não são úteis para verificação do índice de adimplência ou inadimplência de uma pessoa e, se utilizados, podem ter claro condão discriminatório (COTS; OLIVEIRA, 2018).

A alínea “g” artigo 11 prevê a possibilidade do tratamento de dados pessoais sensíveis sem o consentimento do titular em duas hipóteses: 1) garantia da prevenção à fraude e 2) garantia de prevenção à segurança do titular. As duas hipóteses são limitadas aos processos de identificação e autenticação de cadastros em sistemas eletrônicos:

Entre a primeira e a segunda hipótese há uma diferença marcante: na primeira a prevenção alcança especialmente o direito de terceiros, enquanto na segunda, o do titular. Nesse sentido, as instituições bancárias ou empregadores em geral, por exemplo, poderiam tratar dados biométricos¹¹¹ ou genéticos para prevenção de fraude contra si, sem o consentimento prévio, ainda que não traga prejuízos ou danos diretos ao titular. Na segunda hipótese a lógica se inverte, pois é a segurança do titular que deve ser tutelada. Sobre a limitação aos processos de identificação e autenticação em sistemas eletrônicos, entendemos que estes últimos são meios para um fim, independentemente se o ambiente de autenticação ser virtual ou não. Em outras palavras, por exemplo, um condomínio poderia tratar os dados biométricos ou genéticos para acesso em suas dependências, sem o consentimento do titular, se o processo envolver sistemas eletrônicos aplicados nas catracas ou cancelas. (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 139).

¹¹¹Dados biométricos são aqueles retirados de características físicas ou biológicas do seu humano, como íris, pulsação, impressão digital e voz.

Por fim, os §§3º 4º vedam o compartilhamento de dados pessoais sensíveis relativos à saúde do titular para fins econômicos, ressalvados os casos de portabilidade, consentidos pelo titular, ou quando necessária para a adequada prestação de serviços de saúde suplementar.

O julgamento do dispositivo que trata dos dados pessoais sensíveis na LGPD pelo critério de análise revela ser o mesmo eficiente. Isso porque há atenção ao fato de que a averiguação do tipo de dado se dá em concreto, com análise da potencialidade de que o tratamento de um dado possa servir como instrumento de estigmatização ou discriminação da pessoa. Realizada a qualificação do dado pessoal como sensível, o dispositivo criou restrições adicionais, além das já existentes ao tratamento de qualquer dado pessoal, como exigência de que o consentimento se dê em destaque e com finalidades específicas. Afasta-se, ainda, a possibilidade de tratamento não consentido de dados para interesse, ainda que legítimo, do controlador ou de terceiro ou ainda para a proteção do crédito. Verifica-se, por fim, que os dados relativos à saúde tiveram disciplina mais rigorosa que os demais dados, o que reforça a ideia de que a categoria dos dados sensíveis destina-se prioritariamente à tutela de aspectos existenciais da pessoa. Dessa feita, apesar das disposições contraditórias apontadas, o dispositivo revela-se eficiente no que concerne à promoção da autodeterminação informativa.

Tabela 17 – Aplicação do critério de análise ao artigo 11 da LGPD.

Dispositivo legal: artigo 11	
Norma: tratamento de dados pessoais sensíveis	
Critério nº 1	Critério nº 2
Promoção de autodeterminação informativa (✓)	Possibilidade de compensação ()
Síntese da justificativa: o dispositivo é eficiente pois confere uma camada de proteção adicional aos dados pessoais considerados sensíveis, com limitações nas hipóteses de tratamento, o que promove a autodeterminação informativa dos titulares desses tipos de dados	
Resultado: eficiente	

4.2.6 O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes

O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes está previsto no artigo 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.

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

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

§ 3º Poderão ser coletados dados pessoais de crianças sem o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo quando a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção, e em nenhum caso poderão ser repassados a terceiro sem o consentimento de que trata o § 1º deste artigo.

§ 4º Os controladores não deverão condicionar a participação dos titulares de que trata o § 1º deste artigo em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade.

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

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

O primeiro passo para interpretar o artigo sob a ótica da autodeterminação informativa é desvendar o conteúdo do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no contexto da sociedade da informação. Tal princípio ganhou lugar de destaque no âmbito de um direito de família personalista, ao atribuir prioridade à criança e ao adolescente para maior amplitude possível do exercício de direitos

fundamentais.¹¹² Por esse motivo, o referido princípio passou, nessa seara, a ser o vértice interpretativo do ordenamento jurídico.

A aplicação do princípio do *best interest* permanece como um padrão considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise co caso concreto. Não existe uma uniformidade ou uma definição rígida do que seja tal princípio, cujo exame deve ser feito em cada caso. Maria Clara Sottomayor afirma que, embora o interesse da criança ou do adolescente seja um conceito indeterminável pelo seu caráter vago e elástico, facilitando interpretações subjetivas, tem um núcleo conceitual que deve ser preenchido por valorações objetivas. Essas se atrelam à estabilidade de condições de vida da criança, das suas relações afetivas e do seu ambiente físico e social. (TEIXEIRA; RETTORE, 2019, p. 511-512).

A mudança de hábitos provocadas pela utilização em larga escala da internet gera a necessidade da criação de novas perspectivas de proteção da criança e do adolescente no ambiente virtual. Destaca-se, principalmente, o direito à privacidade enquanto autodeterminação informativa que, como visto, refere-se à possibilidade de ter o controle das próprias informações (RODOTÀ, 2008). A privacidade integra o direito ao respeito, previsto expressamente no artigo 227 da Constituição Federal e no artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que afirma que esse direito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais (BRASIL, 1990).

Dessa feita, a proteção dos dados dos menores implica evitar que eles sejam mapeados e tenham suas preferências e escolhas pregressas utilizadas e manipuladas (TEIXEIRA; RETTORE, 2019), a fim de preservar, dessa forma, sua autonomia.

O §1º do artigo 14 da LGPD prevê que apenas no caso do tratamento de dados pessoais de crianças¹¹³ se demandará o consentimento específico e em

112Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

113Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade (BRASIL, 1990).

destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal (BRASIL, 2018). Nessa perspectiva, portanto, os adolescentes são considerados da mesma forma que os adultos, com o consentimento exigido para tratar seus dados pessoais sendo tão somente o deles (TEIXEIRA; RETTORE, 2019), ou seja, uma “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (BRASIL, 2018).

Os controladores deverão empreender “todos os esforços razoáveis” (BRASIL, 2018) para atestar o consentimento, o que exigirá criatividade, pois, “se por um lado o controlador não pode tratar dados antes do consentimento, por outro precisa de tais dados para contatar o responsável legal” (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 147). O termo “esforços razoáveis” utilizado pelo legislador será considerado a partir das tecnologias disponíveis no contexto do tratamento de dados.

No que se refere ao tratamento de dados sem o consentimento, vale salientar que o consentimento é apenas uma das bases legais prevista na LGPD. No caso específico de menores, ao contrário do que ocorre com dados sensíveis, não houve reestruturação das bases legais, motivo pelo qual as demais hipóteses de tratamento além do consentimento se mantêm vigentes (COTS; OLIVEIRA, 2018). Essa interpretação se coaduna com o melhor interesse da criança e do adolescente, haja vista que um entendimento diverso geraria situações inaceitáveis, como a impossibilidade de tratamento de dados para a proteção da vida ou da tutela da saúde dos menores sem o consentimento dos responsáveis.

Todavia, algumas bases legais para o tratamento de dados pessoais não se coadunam com a disciplina do tratamento de dados pessoais de menores, como no caso do legítimo interesse e da proteção ao crédito, de forma que pode-se cogitar a não aplicação dessas hipóteses ao tratamento de dados pessoais de menores:

Dessa forma, a melhor interpretação do §3º é a de que, além das bases legais estabelecidas no artigo 7º da LGPD, quando aplicáveis, é também possível tratar os dados pessoais de menores nas seguintes hipóteses: (i) coleta de dados para contatar os responsáveis legais, para utilização única e subsequente eliminação; ou (ii) proteção do menor (vida, incolumidade física ou psicológica etc.). Em ambos os casos não será permitido o compartilhamento ou comunicação sem o consentimento do responsável legal. (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 149).

Com priorização da praticidade do trâmite da vida digital, a LGPD optou pela exigência de consentimento dos pais somente no caso das crianças; por outro lado, tratou os adolescentes em condição de igualdade com os adultos. A teia criada pelo dispositivo em questão revela ser o mesmo eficiente no que se refere à promoção da autodeterminação informativa, com criação de medidas aptas a proteger os dados pessoais de crianças e de adolescentes, em especial com a previsão da obrigatoriedade de os controladores não condicionarem a participação desses sujeitos em jogos, aplicações de internet e outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade, o que configura implementação do princípio da finalidade.

Tabela 18 – Aplicação do critério de análise ao artigo 14 da LGPD.

Dispositivo legal: artigo 14	
Norma: tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes	
Critério nº 1	Critério nº 2
Promoção de autodeterminação informativa (✓)	Possibilidade de compensação ()
Síntese da justificativa: o dispositivo cria teia de cuidados adicionais no que se refere aos dados pessoais de crianças e adolescentes, com implementação do princípio da finalidade e consentimento diferenciado no caso de crianças, o que promove a autodeterminação informativa desses titulares	
Resultado: eficiente	

4.2.7 Do término do tratamento de dados

O término do tratamento de dados está disposto nos artigos 15 e 16 da LGPD:

Art. 15. O término do tratamento de dados pessoais ocorrerá nas seguintes hipóteses:

I - verificação de que a finalidade foi alcançada ou de que os dados deixaram de ser necessários ou pertinentes ao alcance da finalidade específica almejada;

II - fim do período de tratamento;

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

IV - determinação da autoridade nacional, quando houver violação ao disposto nesta Lei. (BRASIL, 2018).

Art. 16. Os dados pessoais serão eliminados após o término de seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades:

I - cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

II - estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

III - transferência a terceiro, desde que respeitados os requisitos de tratamento de dados dispostos nesta Lei; ou

IV - uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados. (BRASIL, 2018).

As hipóteses de término do tratamento de dados previstas no artigo 15 podem ser organizadas da seguinte forma: i) pelo esgotamento funcional da utilização dos dados; ii) pelo término do prazo; iii) pela autodeterminação do titular; e iv) por ilegalidade (GUEDES; MEIRELES, 2019). Uma vez que o tratamento de dados deve ocorrer para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, não há que se falar em tratamento posterior de forma incompatível com tais caracteres; dessa feita, as duas primeiras hipóteses previstas no artigo 15 refletem o princípio da finalidade encampado na LGPD.

A terceira hipótese, por sua vez, diz respeito ao término do tratamento de dados por comunicação do titular, que poderá ser feito em exercício do seu direito de revogação do consentimento. Tal previsão faz com que o dispositivo promova a autodeterminação informativa, haja vista que cabe ao titular decidir se deseja ou não que determinado tratamento de seus dados se perpetue. Todavia, o mesmo inciso III do artigo 15 apresenta óbice à autodeterminação concedida, pois estabelece que o interesse público deverá ser “resguardado”, o que parece indicar que o consentimento não poderá ser revogado nesse caso. Tal impedimento só poderá ocorrer caso o tratamento seja abrigado por outra base legal, como por exemplo a tutela da saúde ou a implementação de políticas públicas; caso não o seja, é imperioso para a autodeterminação informativa do titular que a revogação do

consentimento interrompa o tratamento de seus dados, ainda que haja interesse público envolvido.

O inciso IV do artigo 15 contempla o término do tratamento de dados por determinação da autoridade nacional, nas hipóteses de sanção por violação da LGPD, conforme será aprofundado mais adiante.

O artigo 16 prevê que a regra é a eliminação dos dados pessoais quando seu tratamento se encerra. Tal modelo visa a diminuir os riscos do uso não autorizado ou indevido dos dados pessoais (GUEDES; MEIRELES, 2019). Todavia, o próprio artigo prevê em seus incisos as exceções a essa regra. A primeira hipótese é a manutenção dos dados para cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador, o que apenas repete a disposição do artigo 7º, II,¹¹⁴ motivo pelo qual parece ser redundante e desnecessária (COTS; OLIVEIRA, 2018). Quanto à segunda hipótese, parece haver contradição:

Isto porque estudo por órgãos de pesquisa é base legal de tratamento de dados, porém, em benefício da pesquisa, não de terceiros. Em outras palavras, se o controlador não é órgão de pesquisa, não poderia se utilizar dos dados pessoais mediante enquadramento nesta hipótese legal. Ora, se o órgão de pesquisa pudesse atuar em benefício de um controlador empresarial, por exemplo, estaria atuando como operador, cabendo ao controlador, ainda, justificar o tratamento. Dessa forma, entendemos que a hipótese do inciso II é exclusiva para utilização de órgãos de pesquisa. (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 152).

O inciso III do artigo 16 apresenta hipótese também pouco clara, pois permite a “conservação” dos dados para transferência a terceiros. Há de se questionar quais terceiros e sob qual base legal, pois além do conceito de tratamento incluir a transferência,¹¹⁵ por outro lado essa transferência deve possuir base legal para acontecer (COTS; OLIVEIRA, 2018). Por fim, o inciso IV possibilita a manutenção dos dados pelo controlador mediante a anonimização. Tal hipótese se mostra

114Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: [...] II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador (BRASIL, 2018).

115Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração (BRASIL, 2008).

tecnicamente imprecisa, uma vez que a LGPD não tutela dados anônimos,¹¹⁶ não fazendo sentido, portanto, a proibição do acesso por terceiros (COTS; OLIVEIRA, 2018).

Alguns autores vinculam o direito de o usuário da internet ter os seus dados pessoais excluídos, a partir do término do tratamento dos dados, com o denominado direito ao esquecimento (LIMA, 2015). Todavia, a situação comumente chamada de “direito ao esquecimento” não parece equiparar-se àquela da exclusão dos dados pessoais como efeito do término do tratamento estabelecido na LGPD (GUEDES; MEIRELES, 2019), isso porque:

O direito ao esquecimento, tal qual vem sendo entendido pela jurisprudência, concentra-se no tratamento de fatos pretéritos que envolvem o indivíduo e na possibilidade desses fatos não serem objeto de uma eterna divulgação pública quando não haja qualquer interesse legítimo para tal permanência. Assim, os artigos 7º do Marco Civil da Internet e 16 da LGPD, ao tratarem do descarte e efetivo apagamento dos dados dos usuários, não parecem propriamente fazer referência ao direito ao esquecimento nos moldes de como esse direito é atualmente entendido e exercido na prática. (GUEDES; MEIRELES, 2019, p. 228).

Apesar das imprecisões técnicas trazidas pela LGPD no que concerne ao término do tratamento de dados pessoais, percebe-se que houve avanço no sentido de construção de um modelo que visa diminuir os riscos do uso não autorizado ou indevido dos dados pessoais, o que faz com que os dispositivos sobre o término do tratamento de dados pessoais sejam considerados eficientes sob a ótica do critério de análise, por promoverem a autodeterminação informativa.

Tabela 19 – Aplicação do critério de análise aos artigos 15 e 16 da LGPD.

Dispositivos legais: artigos 15 e 16	
Norma: término do tratamento de dados pessoais	
Critério nº 1	Critério nº 2
Promoção de autodeterminação informativa	Possibilidade de compensação

116Art. 12. Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido (BRASIL, 2018).

(✓)	()
Síntese da justificativa: os dispositivos sobre o término de tratamentos de dados pessoais apresentam algumas imprecisões técnicas; todavia, representam avanço quanto à autodeterminação informativa no que tange à destinação dos dados pessoais após o tratamento e à possibilidade de revogação do consentimento, com redução dos riscos de uso não autorizado desses dados	
Resultado: eficientes	

4.3 Dos direitos do titular

4.3.1 A titularidade de dados pessoais

Os direitos do titular são previstos nos artigos 17 a 22 da LGPD. O uso do termo “titular”, embora criticado por parte da doutrina por identificar na referência à titularidade uma remissão à ótica proprietária, que seria inadequada em matérias que dizem respeito diretamente à pessoa humana (RODOTÀ, 2008), parece oportuno, haja vista a necessidade de identificar com clareza os sujeitos a que se refere a lei. A rigor, a titularidade consiste em vínculo que une a pessoa a toda situação jurídica, de qualquer natureza (patrimonial ou existencial) (SOUZA; SILVA, 2019). Dessa feita, o uso do termo em matéria extrapatrimonial mostra-se tão adequado quanto a referência a situações jurídicas patrimoniais.

Diante da comoditização dos dados pessoais, surge a possibilidade de usos secundários, com a criação de verdadeira mercadoria que consiste na produção de perfis individuais, familiares ou de grupo, cedíveis a terceiros (RODOTÀ, 2008), conforme detidamente explorado no item 3.4. Nesse aspecto, chama-se a atenção para o instituto da propriedade, que se presta à alocação de bens considerados valiosos de modo estável ante a sua finitude; a propriedade representa as relações jurídicas travadas entre as pessoas no que concerne ao controle desses bens (MAIA, 2019).

A propriedade é, no âmbito estrutural, a possibilidade de usar, gozar e dispor das coisas, assim como de reavê-las de quem as usurpe. Na esfera funcional, a propriedade e os direitos reais revelam que seu papel é a resolução de um problema de atribuição de bens (MAIA, 2019):

Na velocidade da Era Digital, é inimaginável que o legislador consiga acompanhar o surgimento de novos bens jurídicos. E é justamente o que ocorre, hoje, com a informação: segundo Stefano Rodotà, a era do direct marketing, na qual é possível, por meio de verdadeiro “comércio” de dados pessoais, atingir de maneira eficiente público que poderia se interessar por um determinado produto ou serviço, tais dados ingressam de modo inequívoco no mundo das mercadorias [...]. E para quem ainda não se convenceu de que os bens mudaram – impondo alterações nos sistemas que cuidam de sua atribuição e modos de disposição – os Termos de Serviço de uma conhecida rede social assim definem o usuário: “você é proprietário do conteúdo que cria e compartilha no Facebook, e nada nestes Termos afasta os direitos que você tem sobre o próprio conteúdo”. Portanto, a ascensão do marketing como estratégia comercial moderna transformou os dados pessoais em novo bem jurídico, dotado de valor patrimonial. (MAIA, 2019, p. 143).

A função do direito de propriedade é a alocação de bens escassos ou dotados de valor, de forma que é possível observar que ela representa as relações jurídicas travadas entre as pessoas no que concerne ao controle de tais bens (DEMZETZ, 1967). A propriedade representa espécie do gênero titularidade, e destina-se a regulamentar interesses que recaem sobre os bens de modo indistinto, definindo a medida da interferência de terceiros na situação subjetiva em questão (PERLINGIERI, 1970). Sob a ótica da Análise Econômica do Direito, e diante da falta de outro instrumento que desempenhe com mais eficiência a função de alocação de recursos, é forçoso reconhecer que a noção de titularidade não está restrita ao direito de propriedade, abrangendo-o: a propriedade seria apenas uma das formas do amplo conceito de titularidade (PERLINGIERI, 1970).

A titularidade prevista no artigo 17¹¹⁷ da LGPD descreve relação de pertencimento que recai sobre os dados pessoais e atribuem ao seu titular o direito de deles dispor e o poder de controlá-los, à semelhança do que ocorre nas relações proprietárias (MAIA, 2019). Observa-se, ainda, que o legislador separou textualmente a titularidade dos dados pessoais dos direitos fundamentais a eles atrelados (liberdade, intimidade e privacidade). Por sua vez, tais direitos refletem rol pouco inovador (FRAZÃO, 2018), que já foram inseridos no elenco de direitos

117Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei (BRASIL, 2018).

fundamentais da Constituição Federal¹¹⁸ e já decorreriam da própria cláusula geral de tutela da pessoa humana:¹¹⁹

Com efeito, há muito já se destaca na doutrina civil-constitucional a desnecessidade da enunciação legislativa dos chamados direitos da personalidade, isto é, de direitos existenciais típicos, na medida em que todo e qualquer interesse decorrente da dignidade humana há de ser tutelado (sem dúvida, em ponderação com eventuais outros interesses contrapostos), independentemente de sua enunciação na forma de situações jurídicas específicas. (SOUZA; SILVA, 2019, p. 259-260).

Dessa feita, conclui-se que a opção legislativa manifestada pelo artigo 17 da LGPD, no sentido de tratar a pessoa física a quem os dados se vinculam como seu titular, denota a intenção de refletir que o exercício do direito ali descrito se dará de modo direto e imediato, empregando-se termo que corresponde ao gênero do qual a propriedade é espécie (MAIA, 2019), o que representa promoção da autodeterminação informativa e, conseqüentemente, a caracterização de “eficiente” ao dispositivo.

Tabela 20 – Aplicação do critério de análise ao artigo 17 da LGPD.

Dispositivo legal: artigo 17	
Norma: garantia de titularidade dos seus dados pessoais a toda pessoa natural	
Critério nº 1	Critério nº 2
Promoção de autodeterminação informativa (✓)	Possibilidade de compensação ()
Síntese da justificativa: tratar a pessoa física à qual os dados pessoais se vinculam como sua titular denota que o exercício do direito se dará de modo direto e imediato, o que promove a autodeterminação informativa	
Resultado: eficiente	

118Art. 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, 1988).

119Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

4.3.2 Abordagem dos direitos do titular de dados pessoais

Vencida a previsão geral dos direitos dos titulares prevista no artigo 17, seria de se esperar que os dispositivos normativos seguintes tratassem da atribuição de novos direitos aos titulares de dados pessoais, dessa vez voltados de modo mais específico aos problemas postos pelo contexto de sociedade da informação. Todavia, as disposições dos artigos 18 e seguintes tratam predominantemente de questões procedimentais ou instrumentais (SOUZA; SILVA, 2019). O artigo 18, por exemplo, cuida do “direito” do titular de obter do controlador a confirmação da existência de tratamento dos seus dados, o acesso a esses dados, a possibilidade de correção ou atualização dos mesmos, bem como de anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários ou tratados de forma incorreta, dentre outros requerimentos possíveis:

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 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, 2018).

Tais prerrogativas representam especificações do conteúdo que tradicionalmente se atribui à noção de privacidade enquanto autodeterminação informativa que, por sua própria designação, diz respeito ao controle de cada pessoa sobre a circulação dos seus próprios dados, por meio de uma série de medidas e procedimentos. Trata-se do balizamento, pelo titular, do tratamento de seus dados por terceiros, e não propriamente da mera preservação desses dados contra o conhecimento público, como no conceito tradicional de privacidade (SOUZA; SILVA, 2019). Dessa feita, a autodeterminação informativa implementa-se por meio de garantias de correção na coleta e no tratamento das informações, de segurança física e lógica da coletânea dos dados, da publicidade dos bancos de dados pessoais, do acesso aos dados pessoais, da exatidão dos dados coletados e

obrigatoriedade de sua atualização e, por fim, do respeito à finalidade para a qual os dados foram coletados e tratados (RODOTÀ, 2008):

A leitura dos incisos do art. 18, nesse sentido, permite inferir que a LGPD não inova na atribuição de direitos ao titular de dados pessoais, na medida em que apenas reproduz conteúdos que já eram atribuídos de longa data ao direito à privacidade. Em vez disso, consagra medidas e procedimentos que podem ser adotados pelo titular de dados ou que devem ser implementados pelo agente de tratamento, com vistas a efetivar a tutela da privacidade e, mais do que isso, mensurar a extensão da tutela desse direito. Trata-se, na perspectiva antes exposta, da previsão de remédios para a tutela da privacidade – os quais, como visto, voltam-se não apenas a sanar violações como, igualmente, a prevenir lesões e viabilizar o próprio exercício do direito. (SOUZA; SILVA, 2019, p. 264).

Tem-se, portanto, que a LGPD prevê remédios para a proteção da privacidade enquanto autodeterminação informativa,¹²⁰ ou seja, instrumentaliza medidas que visam a resguardar o titular. Todavia, o próprio legislador chama de “direitos” os instrumentos por ele concebidos (SOUZA; SILVA, 2019).

A confusão entre remédios e direitos feita pela LGPD gera inconveniente que consiste no risco de difusão de uma concepção segundo a qual mecanismos eminentemente instrumentais, voltados a viabilizar a tutela de direitos e a mensurar a extensão dessa tutela, seriam situações jurídicas subjetivas próprias, autônomas e merecedoras de tutela por si (SOUZA; SILVA, 2019). “Nesse sentido, poder-se-ia supor, equivocadamente, que “direitos” como o de livre acesso aos dados pessoais pelo titular corresponderiam a um fim em si mesmo” (SOUZA; SILVA, 2019, p. 265). Exemplificativamente, o exercício concreto do “direito” de acesso (inclusive da prerrogativa de obter a correção, integração ou eliminação dos dados coletados)

pressupõe a violação de um outro princípio, por exemplo, o da correção, da exatidão ou da finalidade: o princípio do acesso desloca-se, portanto, em um plano diferente e surge como um instrumento

120“Desta forma verifica-se a passagem de uma enunciação negativa e passiva da proteção dos dados para uma positiva e dinâmica. A técnica jurídica utilizada não é mais a da atribuição ao sujeito privado de um direito acionável diante de um órgão ad hoc somente depois da sua violação. Agora é concedido ao privado um poder de controle direto e contínuo sobre os coletores de informações, independentemente da existência real de uma violação. Muda assim a técnica de proteção da privacidade e a atenção se desloca para o bom funcionamento das regras sobre a circulação das informações.” (RODOTÀ, 2008, p. 60).

para a atuação direta de um interesse individual e para garantir a efetividade de um (outro) princípio geral. (RODOTÀ, 2008, p. 60).

O estudo dos remédios previstos na LGPD revela a relação indissociável entre normas instrumentais ou procedimentais e normas materiais (aquelas que atribuem efetivas situações jurídicas às partes).

Feita a distinção acima, passar-se-á à análise dos remédios previstos pela LGPD. Depreende-se da leitura dos §§3º e 5º¹²¹ do artigo 18 que a sua aplicação demandará regulamentação específica. O condicionamento do exercício dos remédios que visam efetivar a autodeterminação informativa a regulamento revela lacuna por parte da LGPD. O legislador “poderia ter determinado as regras básicas e permitido alteração posterior por meio da autoridade nacional, o que seria mais lógico e produtivo” (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 158).

O referido artigo prevê a confirmação de tratamento, o acesso, a anonimização e o bloqueio ou eliminação como direitos do titular. Ademais, está prevista a possibilidade do exercício de portabilidade de dados. Uma vez que a pessoa natural é titular de seus dados pessoais, poderá realizar a portabilidade de um fornecedor de produtos ou serviços para outro (COTS; OLIVEIRA, 2018). Estão previstas também a possibilidade de requisição de informações referentes ao compartilhamento de dados e sobre as consequências da não concessão do consentimento. Verifica-se, conforme acima explorado, tratarem-se todos de caracteres da autodeterminação informativa.

O artigo 19 refere-se à confirmação de existência ou o acesso a dados pessoais mediante requisição do titular:

Art. 19. A confirmação de existência ou o acesso a dados pessoais serão providenciados, mediante requisição do titular:

I - em formato simplificado, imediatamente; ou

II - por meio de declaração clara e completa, que indique a origem dos dados, a inexistência de registro, os critérios utilizados e a finalidade do tratamento, observados os segredos comercial e industrial,

121Art. 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: [...] § 3º Os direitos previstos neste artigo serão exercidos mediante requerimento expresso do titular ou de representante legalmente constituído, a agente de tratamento. § 5º O requerimento referido no § 3º deste artigo será atendido sem custos para o titular, nos prazos e nos termos previstos em regulamento.

fornecida no prazo de até 15 (quinze) dias, contado da data do requerimento do titular.

§ 1º Os dados pessoais serão armazenados em formato que favoreça o exercício do direito de acesso.

§ 2º As informações e os dados poderão ser fornecidos, a critério do titular:

I - por meio eletrônico, seguro e idôneo para esse fim; ou

II - sob forma impressa.

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

§ 4º A autoridade nacional poderá dispor de forma diferenciada acerca dos prazos previstos nos incisos I e II do caput deste artigo para os setores específicos. (BRASIL, 2018).

A confirmação poderá ser feita imediatamente em formato simplificado ou por meio de declaração clara e completa, fornecida no prazo de 15 dias. As informações deverão ser entregues por meio eletrônico ou de forma impressa, com opção feita pelo titular. Apesar de a LGPD estabelecer que o pedido de informações é gratuito, a Análise Econômica do Direito, através de uma visão consequencialista, permite a inferência de que o ônus do encaminhamento ao titular da via impressa das informações pode ocasionar aumento dos preços e atuar como mais uma barreira de entrada a novos concorrentes no mercado. Mais adequado é que o controlador disponibilize as informações de forma facilitada e pelo mesmo meio que foi utilizado para iniciar o tratamento (internet, filial, sede, loja etc.) (COTS; OLIVEIRA, 2018).

O artigo 20 trata do direito de revisão, por pessoa natural, de decisões tomadas com base em tratamento automatizado:

Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.

§ 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos

procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial.

§ 2º Em caso de não oferecimento de informações de que trata o § 1º deste artigo baseado na observância de segredo comercial e industrial, a autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais. (BRASIL, 2018).

O titular poderá solicitar explicações sobre decisões automatizadas a seu respeito. Tal prerrogativa parece condizente com a difusão de fenômenos de tratamento de dados automatizados como o *big data*, conforme analisado no item 3.4.2:

Empresas vêm utilizando o recurso para, por exemplo, realizar classificações, rankings, perfis, entre outras ações, segmentando o público-alvo, mercado etc. Ocorre que, para uma pessoa que é classificada ou tem seu perfil traçado, nem sempre fica claro como isso se deu, ou, ainda, pode-se não concordar com a conclusão. A LGPD estabeleceu a possibilidade de o titular solicitar explicações sobre essas decisões automatizadas ou até a revisão delas. (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 166).

Dessa forma, as decisões automatizadas deverão se dar sem aspectos discriminatórios ou estereotipados, sem que tragam prejuízos aos titulares de dados. A concretização dessa medida exigirá implementação de soluções tecnológicas baseadas em modelos de *privacy by design*¹²² e *privacy by default*,¹²³ ante os riscos já expostos pela utilização do *big data*.

Por fim, prevê o artigo 21:

Art. 21. Os dados pessoais referentes ao exercício regular de direitos pelo titular não podem ser utilizados em seu prejuízo. (BRASIL, 2018).

122“A ideia de Privacy by Design é incorporar salvaguardas de privacidade e dados pessoais, em todos os projetos desenvolvidos. Não seria permitido desenvolver nenhum projeto, produto ou serviço, sem que a proteção da privacidade esteja no centro desse desenvolvimento.” (OLIVEIRA, 2019).

123“Podemos dizer que o Privacy by Default é uma decorrência do Privacy by Design. Em outras palavras, trata-se da ideia de que o produto ou serviço seja lançado e recebido pelo usuário com todas as salvaguardas que foram concebidas durante o seu desenvolvimento. Ou seja, todas as medidas para proteger a privacidade que foram idealizadas desde o início do desenvolvimento do projeto, atendendo o princípio do Privacy by Design.” (OLIVEIRA, 2019).

O exercício regular de direitos é uma base legal através da qual o controlador poderá tratar os dados pessoais de um titular. Todavia, o artigo 21 não trata do mesmo tema, pois o exercício regular de direitos, nesse caso, é do titular, e não do controlador como previsto na referida base legal.

Uma interpretação do dispositivo sob a ótica da autodeterminação informativa revela que sempre que o titular exercer regularmente seus direitos e disso decorrer a divulgação de seus dados pessoais, eles não poderão ser tratados de forma a lhe trazer algum prejuízo. “Poderia ser o caso, por exemplo, de cadastros de pessoas que entraram com reclamação trabalhista contra ex-empregadores, a fim de evitar contratação” (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 167).

Dessa feita, conclui-se que o rol de “direitos” previstos na LGPD são, na realidade, remédios jurídicos que visam a instrumentalizar a autodeterminação informativa, o que confere ao conjunto de dispositivos (artigos 17 a 22) a qualidade de eficientes sob a ótica do critério de análise proposto.

Tabela 21 – Aplicação do critério de análise aos artigos 18, 19, 20, 21 e 22 da LGPD.

Dispositivos legais: artigos 18, 19, 20, 21 e 22	
Normas: direitos do titular	
Critério nº 1	Critério nº 2
Promoção de autodeterminação informativa (✓)	Possibilidade de compensação ()
Síntese da justificativa: os direitos previstos nos dispositivos são remédios jurídicos que visam a instrumentalização da autodeterminação informativa.	
Resultado: eficientes	

4.4 Do tratamento de dados pessoais pelo poder público

O tratamento de dados pessoais pelo poder público está previsto nos artigos 23 a 32 da LGPD. Inicialmente, cumpre ressaltar que o poder público, em decorrência do princípio da legalidade,¹²⁴ deve atuar nos termos e nos limites da lei,

¹²⁴“O princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e

o que inclui a possibilidade do tratamento de dados de pessoas naturais, como previsto na LGPD.

Dentre as especificidades quanto ao tratamento de dados pessoais pelo poder público, tem-se a observância obrigatória de alguns pressupostos: (i) atendimento de uma finalidade pública; (ii) persecução do interesse público; (iii) execução, pelo ente público, de suas competências legais ou cumprimento de suas atribuições (COTS; OLIVEIRA, 2018).

O primeiro e segundo pressupostos estão intimamente conectados, pois uma finalidade pública somente o é se o interesse for público. Quanto a definição desse termo, tem-se que o “interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade” (BANDEIRA DE MELLO, 2005). Todavia, o interesse público “é um conceito quase mítico, cujo valor se assenta justamente na indefinição de seu sentido e que, por ser facilmente manipulável por demagogos, populistas e tiranos da vida pública, acaba sendo analiticamente pobre” (FARIA, 1992, p. 167). Remete-se, quanto as críticas realizadas sobre o termo “interesse público” e sua excessiva abertura, ao item 4.1.3. Quanto ao terceiro pressuposto, tem-se que cada ente público possui a sua “investidura legal” para prática de atos e exercício de funções, pois recebe uma parcela de soberania do Estado para funções jurídicas, de ordem pública e administrativa, que lhes são cometidas por lei (SILVA, 2014). Portanto, será considerado ilegal o tratamento de dados realizado fora da competência legal do órgão público, ou que não atenda ao interesse público.

Ademais, o ente público deverá publicar de forma clara e precisa, de preferência em seu site, informações relativas ao tratamento, como a finalidade, a previsão legal, os procedimentos e práticas utilizados no tratamento, além de indicar um encarregado.¹²⁵

responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se a anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular (GASPARINI, 2001, p. 112).

125Art. 23. O tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que: I - sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas

O artigo 24¹²⁶ da LGPD prevê especificidades relativas às empresas públicas e às sociedades de economia mista. Trata-se de pessoas jurídicas de direito privado controladas pelo Estado. Contudo, enquanto nas primeiras a totalidade do capital social é público, nas segundas o Estado detém a maioria do capital social, havendo sócios particulares (COTS; OLIVEIRA, 2018).

A divisão perpetrada pelo artigo diz respeito à esfera de atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista: se atuarem em regime de concorrência com entidades privadas, deverão obedecer às obrigações incidentes sobre elas; caso estiverem operacionalizando políticas públicas ou sejam parte do âmbito de execução destas, deverão obedecer à disciplina estabelecida para órgãos públicos (COTS; OLIVEIRA, 2018).

No que se refere ao uso compartilhado de dados pessoais pelo poder público, a LGPD¹²⁷ estabeleceu regras específicas, com vedação do compartilhamento de dados pelas entidades públicas aos particulares, prevendo ainda duas exceções: (i) execução descentralizada de atividade pública que exija a transferência; e (ii) dados acessíveis publicamente. Dessa feita, diante do termo “exija”, a interpretação pautada na autodeterminação informativa indica que, na primeira exceção, não será permitido o compartilhamento de dados desnecessários para as finalidades

competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos; III - seja indicado um encarregado quando realizarem operações de tratamento de dados pessoais, nos termos do art. 39 desta Lei (BRASIL, 2018).

126Art. 24. As empresas públicas e as sociedades de economia mista que atuam em regime de concorrência, sujeitas ao disposto no art. 173 da Constituição Federal, terão o mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídicas de direito privado particulares, nos termos desta Lei. Parágrafo único. As empresas públicas e as sociedades de economia mista, quando estiverem operacionalizando políticas públicas e no âmbito da execução delas, terão o mesmo tratamento dispensado aos órgãos e às entidades do Poder Público, nos termos deste Capítulo (BRASIL, 2018).

127Art. 26. O uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no art. 6º desta Lei. § 1º É vedado ao Poder Público transferir a entidades privadas dados pessoais constantes de bases de dados a que tenha acesso, exceto: I - em casos de execução descentralizada de atividade pública que exija a transferência, exclusivamente para esse fim específico e determinado, observado o disposto na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação); III - nos casos em que os dados forem acessíveis publicamente, observadas as disposições desta Lei. IV - quando houver previsão legal ou a transferência for respaldada em contratos, convênios ou instrumentos congêneres; ou V - na hipótese de a transferência dos dados objetivar exclusivamente a prevenção de fraudes e irregularidades, ou proteger e resguardar a segurança e a integridade do titular dos dados, desde que vedado o tratamento para outras finalidades. § 2º Os contratos e convênios de que trata o § 1º deste artigo deverão ser comunicados à autoridade nacional (BRASIL, 2018).

pretendidas. A segunda exceção, que aborda os dados acessíveis publicamente e permite o compartilhamento pelo poder público, parece incompleta:

Isso porque não deixa claro se a hipótese inclui o banco de dados do próprio órgão ou não (o §1º do artigo 26 se refere aos dados “a que tenham acesso”, não dados sob o seu controle). Utilizemos como exemplo uma Junta Comercial como a de São Paulo (JUCESP), que dá ampla publicidade aos dados que registra, mas cujo acesso depende de procedimentos específicos e de certa forma trabalhosos para ser feito em larga escala, pois se utiliza de *login*, senha e *captcha*.¹²⁸ Assim, o banco de dados da JUCESP possui informações valiosas para o mercado, e poder receber os dados sem as barreiras de autenticação, como poderia ocorrer no caso de compartilhamento ou comunicação do banco, seria certamente um ativo importante para inúmeras empresas. Assim, poderia a JUCESP escolher com quem compartilhar seu banco, determinando quem teria essa vantagem competitiva sobre as demais? O mesmo raciocínio poderia ser aplicável ao banco de dados do Poder Judiciário, órgãos administrativos de determinados programas sociais que exigem certo nível de transparência, entre outros casos. (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 190).

O dispositivo em questão, por sua imprecisão, deixa margem para o favorecimento injustificado de terceiros, com prejuízo à livre concorrência e à autodeterminação informativa de titulares. Como contraponto, o artigo 27¹²⁹ estabeleceu que a comunicação ou o compartilhamento de dados entre pessoas de direito público e de direito privado precisam ser informadas à autoridade nacional.

A realização de tratamento de dados pessoais sob a égide da persecução do “interesse público” representa risco à autodeterminação informativa de titulares, haja vista a abstração e maleabilidade do termo para atendimento de interesses dos mais diversos (*public choice*).¹³⁰ Ademais, a expressa possibilidade de compartilhamento

128“Completely automated public turing test to tell computers and humans apart”, método comumente utilizado para diferenciar seres humanos e dispositivos computadorizados.

129Art. 27. A comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais de pessoa jurídica de direito público a pessoa de direito privado será informado à autoridade nacional e dependerá de consentimento do titular, exceto: I - nas hipóteses de dispensa de consentimento previstas nesta Lei; II - nos casos de uso compartilhado de dados, em que será dada publicidade nos termos do inciso I do caput do art. 23 desta Lei; ou III - nas exceções constantes do § 1º do art. 26 desta Lei (BRASIL, 2018).

130*Public choice* ou teoria da escolha pública é um ramo da teoria econômica em que conceitos da economia são aplicados à política. Assim, na ciência política, a escolha pública critica a visão romântica de que o político é um servidor altruísta do interesse público em geral, substituindo-a por uma abordagem mais condizente com o comportamento humano. Em vez de conceder aos políticos um tratamento especial, a escolha pública os trata como meros agentes humanos que priorizam a satisfação do seu autointeresse (BUTLER, 2015).

de dados acessíveis publicamente a entidades públicas e privadas também vai na contramão da autodeterminação informativa dos titulares que terão seus dados compartilhados. A compensação dos titulares eventualmente lesados não se verifica na LGPD, haja vista que os artigos que tratam da responsabilidade¹³¹ não a preveem. Diante do exposto, os dispositivos que abordam o tratamento de dados pelo poder público se mostram, sob a ótica do critério de análise, ineficientes.

Tabela 22 – Aplicação do critério de análise aos artigos 23 a 32 da LGPD.

Dispositivos legais: artigos 23 a 32	
Normas: tratamento de dados pessoais pelo poder público	
Critério nº 1	Critério nº 2
Promoção de autodeterminação informativa (x)	Possibilidade de compensação (x)
Síntese da justificativa: o tratamento de dados justificados sob o termo “interesse público” representa risco à autodeterminação informativa, ante a indeterminação da expressão e sua possível modulação para atendimento de interesses diversos (<i>public choice</i>), além da expressa previsão de compartilhamento de dados acessíveis publicamente a entidades públicas e privadas, o que vai de encontro ao controle de dados pelos titulares; não há previsão de compensação pela diminuição da medida eleita (autodeterminação informativa), motivo pelo qual os dispositivos são ineficientes.	
Resultado: ineficientes	

4.5 Da transferência internacional de dados

A transferência internacional de dados é tratada nos artigos 33 a 36 da LGPD, de forma que algumas questões atinentes à autodeterminação informativa emergem de sua leitura. Tal transferência é o ato praticado por agente de tratamento submetido à LGPD, no Brasil ou no exterior, de dar ciência dos dados pessoais de outrem a pessoa física ou jurídica não submetida à LGPD em decorrência de estar localizada em outro território que não o brasileiro (COTS; OLIVEIRA, 2018).

O rol de hipóteses criado pelo artigo 33 da LGPD é exaustivo, dada a utilização da palavra “somente”, para a transferência internacional de dados:

¹³¹Art. 31. Quando houver infração a esta Lei em decorrência do tratamento de dados pessoais por órgãos públicos, a autoridade nacional poderá enviar informe com medidas cabíveis para fazer cessar a violação. (BRASIL, 2018).

Art. 32. A autoridade nacional poderá solicitar a agentes do Poder Público a publicação de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais e sugerir a adoção de padrões e de boas práticas para os tratamentos de dados pessoais pelo Poder Público. (BRASIL, 2018)

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

I - para países ou organismos internacionais que proporcionem grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei;

II - quando o controlador oferecer e comprovar garantias de cumprimento dos princípios, dos direitos do titular e do regime de proteção de dados previstos nesta Lei, na forma de:

a) cláusulas contratuais específicas para determinada transferência;

b) cláusulas-padrão contratuais;

c) normas corporativas globais;

d) selos, certificados e códigos de conduta regularmente emitidos;

III - quando a transferência for necessária para a cooperação jurídica internacional entre órgãos públicos de inteligência, de investigação e de persecução, de acordo com os instrumentos de direito internacional;

IV - quando a transferência for necessária para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

V - quando a autoridade nacional autorizar a transferência;

VI - quando a transferência resultar em compromisso assumido em acordo de cooperação internacional;

VII - quando a transferência for necessária para a execução de política pública ou atribuição legal do serviço público, sendo dada publicidade nos termos do inciso I do caput do art. 23 desta Lei;

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

IX - quando necessário para atender as hipóteses previstas nos incisos II, V e VI do art. 7º desta Lei.

Parágrafo único. Para os fins do inciso I deste artigo, as pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), no âmbito de suas competências legais, e responsáveis, no âmbito de suas atividades, poderão requerer à autoridade nacional a avaliação do nível de proteção a dados pessoais conferido por país ou organismo internacional. (BRASIL, 2018).

O inciso I refere-se a países estrangeiros que proporcionem grau de proteção de dados adequado ao previsto pela LGPD. A incumbência de saber se um país ou organismo internacional oferece grau de proteção considerado adequado pela LGPD

será da autoridade nacional,¹³² que deverá levar em consideração as normas gerais e setoriais da legislação em vigor no país de destino, a natureza dos dados, a observância dos princípios gerais de proteção de dados pessoais, a adoção de medidas de segurança, a existência de garantias judiciais e institucionais para o respeito aos direitos de proteção de dados, além de outras possíveis circunstâncias relativas à transferência (BRASIL, 2018). O inciso II prevê a hipótese de transferência de dados internacionalmente mediante o oferecimento e comprovação de garantias por parte do controlador de que cumprirá o previsto na LGPD, o que poderá beneficiar controladores que se encontram em países que não possuem uma legislação própria sobre proteção de dados, como o caso dos Estados Unidos da América (COTS; OLIVEIRA, 2018).

Uma das hipóteses apresentadas no artigo 33 chama a atenção por oferecer riscos à autodeterminação informativa de titulares: trata-se do inciso V, que prevê a transferência internacional de dados que não se encaixe em nenhuma das demais hipóteses do artigo, mas seja autorizado pela autoridade nacional; tal conduta, sem sequer a necessidade de oferecimento de garantias ou grau adequado de proteção de dados dos titulares (COTS; OLIVEIRA, 2018), representa uma “carta branca” à autoridade nacional que vai diretamente contra a dinâmica da autodeterminação informativa.

Por fim, o inciso VIII trata da possibilidade de transferência internacional quando houver sido dado o consentimento, e a interpretação do dispositivo conforme a autodeterminação informativa indica que o consentimento é válido ainda que haja riscos, ou que se trate de um país sem grau considerado adequado de segurança.

O artigo 36 da LGPD prevê que eventuais alterações nas garantias apresentadas como suficientes de observância dos princípios gerais de proteção e dos direitos do titular referidas no inciso II do artigo 33 deverão ser comunicadas à autoridade nacional. De fato, o dinamismo das relações comerciais e sociais pode trazer a necessidade de alteração nas garantias oferecidas para a transferência internacional de dados (COTS; OLIVEIRA, 2018). Todavia, o termo “comunicadas” utilizado pelo legislador é inespecífico e pode gerar dúvidas, uma vez que pela

132Art. 34. O nível de proteção de dados do país estrangeiro ou do organismo internacional mencionado no inciso I do caput do art. 33 desta Lei será avaliado pela autoridade nacional [...] (BRASIL, 2018).

simples leitura do dispositivo trata-se apenas do ato de comunicar. A interpretação consonante com a autodeterminação informativa revela, contudo, que deve haver a revalidação das novas condições de garantia, pois entendimento diverso pode culminar que agentes de má-fé submetam à aprovação determinadas garantias e, após, promovam a modificação em detrimento dos titulares.

Dessa feita, os dispositivos que tratam da transferência internacional de dados, sob a ótica do critério de análise, revelam-se ineficientes, por não promoverem a autodeterminação informativa e, ainda, não possibilitarem a compensação dos titulares.

Tabela 23 – Aplicação do critério de análise aos artigos 33 a 36 da LGPD.

Dispositivos legais: artigos 33 a 36	
Normas: transferência internacional de dados	
Critério nº 1	Critério nº 2
Promoção de autodeterminação informativa (x)	Possibilidade de compensação (x)
Síntese da justificativa: os dispositivos que tratam da transferência internacional de dados são ineficientes pois facultam à autoridade nacional a transferência a países sem nível adequado de proteção sem oferecimento de garantias, o que representa uma “carta branca” dada à autoridade nacional em detrimento dos titulares de dados. Ademais, a utilização do termo “comunicadas” utilizado no artigo 36 abre brecha para que agentes de tratamento afrontem a autodeterminação informativa dos titulares; não há referência na LGPD à possibilidade de compensação nos casos de transferência internacional de dados	
Resultado: ineficientes	

4.6 Dos agentes de tratamento de dados pessoais

Os artigos 37 a 45 da LGPD referem-se aos agentes de tratamento de dados pessoais. Abordar-se-á, nesse tópico, questões atinentes à autodeterminação informativa dentro dessa temática.

Primeiramente, cumpre especificar os agentes de tratamento de dados a partir das definições fornecidas pela própria LGPD: o controlador é pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais; o operador é pessoa natural ou jurídica, de direito

público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador (BRASIL, 2018).

Vamos utilizar um exemplo prático: um site de comércio eletrônico. A empresa X, fabricante de artigos esportivos, deseja ter um site para venda de seus produtos diretamente aos consumidores, mas, como o comércio virtual não é sua atividade principal, deseja delegar algumas atividades do negócio a prestadores de serviço. Assim, contrata uma plataforma virtual completa com a empresa A, a gestão e meio de pagamento com a empresa B, a gestão da logística com a empresa C e a gestão do *marketing* e propaganda com a empresa D. Ao receber um pedido, os dados pessoais do usuário primeiro são captados pela plataforma (empresa A), depois segue para o meio de pagamento (empresa B) ao mesmo tempo em que é incorporada ao banco de dados da empresa Y. Após, os dados pessoais seguem para a empresa D, com determinação de que realize a entrega do produto, ao mesmo tempo em que são encaminhados à empresa E, para inclusão no *mailing* e demais atividades de divulgação. Todas as empresas do arranjo mencionadas terão acesso aos dados pessoais do usuário do site, mas apenas a empresa X se encaixa na figura de controlador. As demais seguem as orientações da empresa X para concretizar os pedidos e entregar o produto, não decidindo, por si, o que será feito dos dados recebidos, nem o que será feito posteriormente com eles. Assim, as empresas A, B, C e D são operadoras. (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 213).

O controlador, portanto, toma as decisões do tratamento, enquanto os operadores seguem suas orientações, com cumprimento de uma função específica no processo de tratamento.

O artigo 38 prevê a possibilidade de a autoridade nacional determinar ao controlador a elaboração de relatório de impacto à proteção de dados pessoais.¹³³ Em seu parágrafo único determina a composição mínima do relatório, que deverá ser integrado pela descrição de dados coletados, a metodologia utilizada para a coleta e para a garantia da segurança das informações e a análise do controlador com relação a medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco adotadas (BRASIL, 2018). O último item faculta o tratamento de dados que gere risco, mas tal risco precisa ser conhecido, ponderado e contido; a demanda de tais informações do controlador parece fomentar a autodeterminação informativa dos titulares, além de

¹³³Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] XVII - relatório de impacto à proteção de dados pessoais: documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco (BRASIL, 2018).

ser condizente com os princípios da transparência e da prevenção, pois enriquecem a esfera decisória dos titulares sobre o tratamento de seus dados.

O artigo 42 trata da responsabilidade e do ressarcimento de danos causados pelos agentes no âmbito de atividades de tratamento de dados pessoais. A premissa do artigo 42 é de que o controlador ou o operador respondem pelos danos que causarem, sejam eles materiais ou morais, individuais ou coletivos, por violação da LGPD. Além do mais, há previsão expressa da inversão do ônus da prova:

A LGPD não podia desconsiderar o que se dá na realidade: o titular, frequentemente, encontra-se em posição de desvantagem ou fragilidade diante do controlador e dos operadores, motivo pelo qual previu a inversão do ônus da prova também nas relações de tratamento de dados pessoais, desde que: (i) a alegação do titular seja verossímil, ou seja, possua indícios de que é verdadeira; e, (ii) houver hipossuficiência para fins de produção da prova ou quando a produção da prova for muito onerosa. (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 228).

Tal medida se mostra favorável ao titular de dados na defesa de seus direitos na esfera judicial, o que reflete positivamente, ainda, em sua autodeterminação informativa.

Além da previsão de responsabilização, a LGPD também estabelece três situações em que os agentes de tratamento não serão responsabilizados quando provarem: (i) que não realizaram o tratamento de dados pessoais a eles atribuídos; (ii) que trataram os dados, mas não violaram a lei; e (iii) houve culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiros. Do ponto de vista da autodeterminação informativa, chama a atenção a terceira situação, uma vez que é possível compreender a exclusão de responsabilidade quando o titular dá causa ao dano, como por exemplo quando fornece dados a sites fraudulentos ou quando não guarda em segurança seus documentos pessoais (COTS; OLIVEIRA, 2018). Todavia, no que se refere à culpa exclusiva de terceiros, a LGPD foi imprecisa. Isso porque os sistemas de segurança não são invulneráveis, devendo haver diuturna atualização e aprimoramento para manutenção dos níveis de segurança. Dito isso, caso haja o vazamento de dados por ataque de terceiros, por exemplo, estaria o agente de tratamento isento da responsabilidade perante o titular? Na prática haverá dificuldade para aferição da culpa por parte do controlador (COTS; OLIVEIRA,

2018), o que pode refletir em situações prejudiciais à autodeterminação informativa dos titulares de dados.

As previsões dos dispositivos em comento revelam, sob o critério de análise, haver eficiência. Isso porque as medidas trazidas promovem a autodeterminação informativa, como por exemplo a necessidade de manutenção do registro das operações de tratamento pelo controlador (artigo 37), de elaboração de relatório de impacto à proteção de dados pessoais (artigo 38), inclusive com o dever de informar caso o tratamento envolva riscos.

Tabela 24 – Aplicação do critério de análise aos artigos 37 a 41 da LGPD.

Dispositivos legais: artigos 37 a 41	
Normas: dos deveres dos agentes de tratamento de dados pessoais	
Critério nº 1	Critério nº 2
Promoção de autodeterminação informativa (✓)	Possibilidade de compensação ()
Síntese da justificativa: os dispositivos são eficientes pois promovem a autodeterminação informativa quando, por exemplo, criam a necessidade de manutenção do registro das operações de tratamento pelo controlador, de elaboração de relatório de impacto à proteção de dados e o dever de informar caso o tratamento envolva riscos	
Resultado: eficientes	

4.7 Da segurança e das boas práticas

A segurança e as boas práticas relacionadas ao tratamento de dados são tratados nos artigos 46 a 51 da LGPD. Destacar-se-á, a seguir, os dispositivos que podem influenciar na autodeterminação informativa de titulares.

Prevê o artigo 46 que:

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

§ 1º A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões técnicos mínimos para tornar aplicável o disposto no caput deste artigo, considerados a natureza das informações tratadas, as características específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia,

especialmente no caso de dados pessoais sensíveis, assim como os princípios previstos no caput do art. 6º desta Lei.

§ 2º As medidas de que trata o caput deste artigo deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução. (BRASIL, 2018).

Controladores e operadores, enquanto agentes de tratamento,¹³⁴ devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas suficientes para proteger os dados pessoais de acessos não autorizados ou situações acidentais ou ilícitas que possam gerar a destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. O verbo “devem” representa uma imposição, ou seja, não se trata de faculdade, mas sim de obrigação legal que, se descumprida, poderá ensejar a aplicação de sanções administrativas e responsabilização civil (COTS; OLIVEIRA, 2018).

No que se refere à segurança da informação, a norma ISO/IEC 17799:200 a define como “a proteção da informação de vários tipos de ameaças para garantir a continuidade do negócio, minimizando riscos, maximizando o retorno sobre os investimentos e as oportunidades de negócio” (ABNT, 2005, p. 9). São características da segurança da informação a confidencialidade (informações acessíveis apenas a quem seja autorizado), disponibilidade (informações sempre acessíveis a quem puder acessá-las) e integridade (informações fidedignas e autênticas) (ABNT, 2005).

As medidas previstas no artigo 46 promovem a autodeterminação informativa, pois impõem aos agentes de tratamento a obrigatoriedade de observância de medidas para proteção dos dados dos titulares, a fim de evitar que sejam alvo de acesso não autorizado, vazamento, adulteração etc.

O §2º do artigo 46 determina que as medidas de segurança da informação previstas no caput deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou serviço até sua execução. Trata-se de implementação na LGPD do conceito do “*privacy by design*”. A ideia por trás do termo é a de que a privacidade deve atuar como premissa na criação e no desenvolvimento de estruturas tecnológicas, modelos de negócio ou infraestruturas físicas, com sua incorporação ao produto ou

134Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] IX - agentes de tratamento: o controlador e o operador (BRASIL, 2018).

serviço já no momento de criação, e não mediante adaptações posteriores (COTS; OLIVEIRA, 2018).

São princípios do *privacy by design*, ou privacidade desde a concepção: (1) ser proativo, não reativo; (2) privacidade como configuração padrão, não o contrário; (3) privacidade incorporada ao design; (4) consideração de todos os interesses, inclusive do titular, e não apenas dos agentes de tratamento; (5) segurança de ponta a ponta, abarcando todo o ciclo de vida do produto ou serviço; (6) preservação da visibilidade e transparência; (7) respeito à privacidade do usuário (CAVOUKIAN, 2011). A incorporação do conceito de *privacy by design* na LGPD, pelos motivos acima elencados, promove a autodeterminação informativa dos titulares de dados.

Tabela 25 – Aplicação do critério de análise aos artigos 46 e 47 da LGPD.

Dispositivos legais: artigos 46 e 47	
Normas: adoção de medidas de segurança pelos agentes de tratamento	
Critério nº 1	Critério nº 2
Promoção de autodeterminação informativa (✓)	Possibilidade de compensação ()
Síntese da justificativa: a imposição de medidas de segurança aos agentes de tratamento, além da incorporação do <i>privacy by design</i> pela LGPD promovem a autodeterminação informativa dos titulares de dados	
Resultado: eficientes	

O artigo 48 da LGPD prevê a obrigação do controlador comunicar à autoridade nacional e ao titular a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares (BRASIL, 2018). A LGPD parece ter compreendido que não existe sistema de segurança infalível, de forma que acessos não autorizados, perda, ou vazamentos de dados são relativamente comuns; a mitigação ou a eliminação dos danos, nesses casos, pode ser alcançada com a comunicação, em prazo razoável, à autoridade nacional e ao titular, da ocorrência de qualquer incidente envolvendo dados pessoais.

Todavia, no caput do artigo 48¹³⁵ foi utilizada a expressão “risco ou dano relevante”, expressão imprecisa que poderá gerar dúvidas. Não há determinação do

135Art. 48. O controlador deverá comunicar à autoridade nacional e ao titular a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares (BRASIL, 2018).

sentido em que o termo relevante deverá ser interpretado (econômico, pessoal etc.), de forma que a utilização de critério subjetivo representa risco à autodeterminação informativa, “especialmente porque quem fará o julgamento é justamente o responsável por reparar eventuais danos causados, ou seja, o controlador” (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 248).

A comunicação a que se refere o artigo 48 deverá ser feita pelo controlador, e não por operador. Caso haja incidente com dados no âmbito do operador, ele deverá comunicar ao controlador a fim de que haja cumprimento da obrigação legal. Contudo, a leitura do dispositivo sob a ótica da Análise Econômica do Direito revela que a estrutura de incentivos criadas foi problemática, uma vez que o operador poderá ser responsabilizado civilmente¹³⁶ perante o controlador, o que significa que provavelmente não haverá empenho e interesse para informar o incidente ao controlador. Os incentivos criados, portanto, vão de encontro à autodeterminação informativa dos titulares de dados eventualmente lesados em caso de incidentes no âmbito do operador.

Tabela 26 – Aplicação do critério de análise ao artigo 48 da LGPD.

Dispositivo legal: artigo 48	
Norma: comunicação do controlador em caso de ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares	
Critério nº 1	Critério nº 2
Promoção de autodeterminação informativa (x)	Possibilidade de compensação (x)
Síntese da justificativa: a utilização da expressão “risco ou dano relevante” pode causar dúvidas e, conseqüentemente, afrontar a autodeterminação informativa, especialmente porque serão os controladores que avaliarão tais riscos. A estrutura de incentivos criada em caso de incidente no âmbito do controlador mitiga a possibilidade de compensação dos titulares de dados, motivo pelo qual o dispositivo é ineficiente	
Resultado: ineficiente	

4.8 Das sanções administrativas e da responsabilização

¹³⁶Art. 42. 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, 2018).

Os artigos 52 a 54 tratam das sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional em razão do cometimento de infrações às normas previstas na LGPD. O presente tópico tem por finalidade investigar a repercussão de tais sanções na autodeterminação informativa dos titulares de dados.

Inicialmente, cumpre ressaltar que as sanções administrativas podem ter dois objetivos distintos: o ressarcimento dos danos ou a retribuição. A sanção administrativa ressarcitória tem seu fundamento no direito civil, mais especificamente na regra de não causar danos a outrem, prevista nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil (BRASIL, 2002). Por outro lado,

A sanção administrativa retributiva se destina a imputar um mal ao infrator de acordo com o ato ilícito praticado. Esse tipo de sanção não está voltado ao ressarcimento dos danos causados pela conduta delituosa. A sua finalidade é evitar a repetição de novos atos ilícitos. Tem, assim, caráter repressivo. (MELLO, 2007, p. 276).

No mesmo sentido:

Sanção (administrativa retributiva) é um mal, um castigo, e, portanto, implica um juízo de privação de direitos, imposição de deveres, restrição de liberdades, condicionamentos ligados, em seu nascedouro e existência, ao cometimento de um ilícito administrativo. [...] consequência de conduta ilegal, tipificado em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. (OSÓRIO, 2010, p. 212).

Dessa feita, as sanções administrativas previstas no artigo 52 da LGPD não se dedicam ao ressarcimento dos danos, pois não estão destinadas aos titulares ou terceiros prejudicados (COTS; OLIVEIRA, 2018) diretamente, e sim ao Fundo de Direitos Difusos previsto no §5º, motivo pelo qual podem ser enquadradas como sanções administrativas retributivas.

Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional:

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último

exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;

III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II;

IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;

V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;

VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração;

§ 1º As sanções serão aplicadas após procedimento administrativo que possibilite a oportunidade da ampla defesa, de forma gradativa, isolada ou cumulativa, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e considerados os seguintes parâmetros e critérios:

I - a gravidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados;

II - a boa-fé do infrator;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a condição econômica do infrator;

V - a reincidência;

VI - o grau do dano;

VII - a cooperação do infrator;

VIII - a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano, voltados ao tratamento seguro e adequado de dados, em consonância com o disposto no inciso II do § 2º do art. 48 desta Lei;

IX - a adoção de política de boas práticas e governança;

X - a pronta adoção de medidas corretivas; e

XI - a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

§ 2º O disposto neste artigo não substitui a aplicação de sanções administrativas, civis ou penais definidas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e em legislação específica.

§ 3º O disposto nos incisos I, IV, V, VI, VII, VIII e IX do caput deste artigo poderá ser aplicado às entidades e aos órgãos públicos, sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (Estatuto do Servidor Público Federal), na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação).

§ 4º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso II do caput deste artigo, a autoridade nacional poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pela autoridade nacional, ou quando o valor for apresentado de forma incompleta ou não for demonstrado de forma inequívoca e idônea.

§ 5º O produto da arrecadação das multas aplicadas pela ANPD, inscritas ou não em dívida ativa, será destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos de que tratam o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e a Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995.

§ 7º Os vazamentos individuais ou os acessos não autorizados de que trata o caput do art. 46 desta Lei poderão ser objeto de conciliação direta entre controlador e titular e, caso não haja acordo, o controlador estará sujeito à aplicação das penalidades de que trata este artigo. (BRASIL, 2018).

É interessante notar, ainda, que o §7º prevê a possibilidade de uma espécie de autocomposição entre os titulares de dados afetados por vazamentos ou acessos não autorizados e o controlador. Tal medida representa promoção da autodeterminação informativa pois dá poder aos titulares afetados diretamente pelo mau uso de seus dados. A autocomposição poderá, por exemplo, consistir no pagamento de indenizações ao titular prejudicado e, em caso de acordo, ficará afastada a aplicação das penalidades tratadas no artigo 52. Cria-se, com essa norma, estrutura de incentivos para que os titulares sejam ressarcidos, ao mesmo tempo em que evita-se a aplicação das penalidades previstas no artigo.

Quanto aos destinatários das referidas sanções, elas serão aplicadas contra os agentes de tratamento de dados, ou seja, controlador e operador, nos termos da definição legal.¹³⁷ No que tange à responsabilidade dos controladores, a LGPD não definiu explicitamente a sua modalidade: se subjetiva ou objetiva. A literatura se divide, de forma que os que entendem ser a responsabilidade objetiva a esculpida na LGPD o fazem pois o escopo da lei é limitar o tratamento dos dados para diminuir os riscos no tratamento:

Essas limitações ao tratamento de dados, conjuntamente com a verificação de que a LGPD assume como regra a eliminação dos dados quando seu tratamento esteja encerrado (art. 16) e igualmente o aceno que faz e diversas oportunidades à necessidade de se levar em conta o risco presente no tratamento de dados, indicam que a Lei procura minimizar as hipóteses de tratamento àqueles que sejam, em um sentido geral, úteis e necessárias, e que mesmo essas possam ser limitadas quando da verificação de risco aos direitos e liberdades do titular de dados. Trata-se, dessa forma, de uma regulação que tem como um de seus fundamentos principais a diminuição do risco, levando-se em conta que o tratamento de dados apresenta risco intrínseco aos seus titulares. (MENDES; DONEDA, 2018, p. 473).

Por outro lado, os defensores da responsabilidade subjetiva e da culpa como fundamento do regime estabelecido na LGPD argumentam que a sua estrutura é toda pautada na criação de deveres (GUEDES; MEIRELES, 2019). O legislador

137IX - agentes de tratamento: o controlador e o operador (BRASIL, 2018).

criou uma série de deveres de cuidado que devem ser seguidos pelo controlador e pelo operador, sob pena de responsabilização:

Assim, não faz muito sentido – nem do ponto de vista lógico, nem do jurídico – o legislador criar uma série de deveres de cuidado se não for para implantar um regime de responsabilidade subjetiva. Se o que se pretende é responsabilizar os agentes, independentemente de culpa de fato, não faz sentido criar deveres a serem seguidos, tampouco responsabilizá-los quando tiverem cumprido perfeitamente todos esses deveres. A lógica da responsabilidade objetiva é outra completamente diferente: não cabe discutir cumprimento de deveres, porque, quando se discute cumprimento de deveres, o que no fundo está sendo analisado é se o agente atuou ou não com culpa. (GUEDES; MEIRELES, 2019, p. 231).

Dessa feita, apesar de não ser explícita quanto à natureza da responsabilidade dos agentes de tratamento de dados, a LGPD criou verdadeiro *standard* de conduta, aproximando-se mais do regime de responsabilidade fundado na culpa (GUEDES; MEIRELES, 2019).

O rol de sanções previsto no artigo 52 é exaustivo, de forma que concentra todas as hipóteses possíveis na esfera administrativa; nada impede, todavia, que no âmbito judicial o juiz determina o que entender necessário para a efetividade da tutela jurisdicional.¹³⁸ Ademais, não estão excluídas demais sanções civis e criminais.

Quanto aos parâmetros para fixação das sanções administrativas, a LGPD estabeleceu critérios para sua dosimetria, que deverão levar em consideração as peculiaridades do caso concreto (BRASIL, 2018). Se a sanção administrativa retributiva tem por finalidade o desestímulo de condutas ilegais, por outro lado a LGPD estabeleceu como fundamento a livre iniciativa e o desenvolvimento econômico, o que deve ser considerado para que a sanção cumpra o efeito almejado. Seria indesejável do ponto de vista consequencialista, por exemplo, penalizar uma empresa de forma mais gravosa do que a necessária para regularizar o tratamento de dados pessoais por ela realizado: o objetivo é fazer com que a LGPD seja cumprida, e não o fechamento de empresas e a inviabilização de negócios (COTS; OLIVEIRA, 2018).

¹³⁸Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória (BRASIL, 2015).

As sanções administrativas devem observar, ainda, o princípio da razoabilidade:

A razoabilidade é um conceito jurídico indeterminado, elástico e variável no tempo e no espaço. Consiste em agir com bom senso, prudência, moderação, tomar atitudes adequadas e coerentes, levando-se em conta a relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade a ser alcançada, bem como as circunstâncias que envolvem a prática do ato. (RESENDE, 2009, p. 55).

As pessoas jurídicas de direito público também estão sujeitas às disposições da LGPD,¹³⁹ de forma que sobre elas também recairão as sanções administrativas previstas.

Contudo, por princípio lógico, algumas sanções administrativas não poderão ser aplicadas à administração pública, quais sejam, multa simples, multa diária e publicização. Isso porque, nos dois primeiros casos, a atividade dos referidos órgãos não se dedicam ao lucro, sendo que, a imposição de penalidade pecuniária somente oneraria o orçamento público, precarizando ainda mais os serviços prestados. O mesmo poderia se dizer da publicização, pois a sanção seria totalmente ineficaz para adequação do tratamento de dados, que é, afinal de contas, o objetivo final das punições. (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 267).

Apesar das referidas restrições, as sanções de advertência, bloqueio e eliminação de dados poderão ser normalmente aplicadas, nos termos do §3º do artigo 52.

Conclui-se que as referidas sanções configuram incentivos diretos para adoção das políticas previstas na LGPD, conforme explorado anteriormente (item 2.5). A estrutura de incentivos criada, com previsão de sanções para descumprimento, além da possibilidade de conciliação entre infrator da norma e o titular de dados, promovem a autodeterminação informativa dos titulares de dados.

139Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (BRASIL, 2018).

Tabela 27 – Aplicação do critério de análise aos artigos 52 a 54 da LGPD.

Dispositivos legais: artigos 52 a 54	
Norma: sanções administrativas	
Critério nº 1	Critério nº 2
Promoção de autodeterminação informativa (✓)	Possibilidade de compensação ()
Síntese da justificativa: as sanções previstas nos dispositivos em comento atuam como incentivos para a adoção das políticas previstas na LGPD; ademais, a possibilidade de conciliação entre titulares e agentes de tratamento promovem a autodeterminação informativa	
Resultado: eficientes	

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente trabalho esteve ancorado no objetivo geral de apreciação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais sob a ótica da Análise Econômica do Direito para, a partir de seu ferramental teórico, realizar-se a avaliação da normativa quanto à promoção da autodeterminação informativa dos titulares de dados.

Para tanto, realizou-se aprofundamento na Análise Econômica do Direito, com incursão em suas origens, fundamentos e pressupostos teóricos. A disciplina, no Brasil, ainda é pouco difundida, sendo seu arcabouço teórico utilizado ocasionalmente em decisões de tribunais pátrios de questões que envolvam escassez; por ser disciplina essencialmente instrumental, presta-se a iluminar questões jurídicas e apontar as consequências das escolhas normativas, além da utilidade de fornecer ao meio jurídico uma teoria sobre o comportamento humano. Com as ideias de escassez, de individualismo metodológico, de maximização racional e de eficiência, pressupostos teóricos da Análise Econômica do Direito, tem-se ferramenta útil à interpretação de normas jurídicas e decisões judiciais para ressaltar suas consequências e estratégias de eficiência para alcance de um fim predeterminado.

A mensuração de eficiência foi investigada através dos critérios de Pareto e de Kaldor-Hicks, tendo sido observado que a Análise Econômica do Direito é incapaz de dizer o que é justo, certo ou errado; tais categorias encontram-se no

mundo dos valores e são, portanto, percepções subjetivas. Porém, ao auxiliar na escolha de alternativas para maximização de valor eleito, como a autodeterminação informativa, a abordagem normativa se mostrou pertinente ao presente trabalho. Concluiu-se que o critério de eficiência Pareto apresenta limitações quando aplicado a situações de complexidade social, motivo pelo qual foi implementado pela noção de uma melhoria potencial de Pareto, também chamada de eficiência de Kaldor-Hicks: trata-se de tentativa de superar as restrições do critério de Pareto, em que mudanças somente são possíveis em casos de melhora para uma pessoa sem que nenhuma outra seja prejudicada, com criação de mecanismos de compensação social que permitem a percepção de ganhos sociais maiores do que perdas individuais globais.

A eficiência de Kaldor-Hicks foi utilizada para compor o critério de análise de eficiência dos dispositivos da LGPD, em especial no segundo item avaliado, qual seja o da possibilidade de compensação em caso de diminuição da autodeterminação informativa dos titulares de dados pessoais.

Foram utilizadas, ainda, três decisões judiciais para ilustrar o raciocínio juseconômico, ou a falta dele, nos tribunais brasileiros, com tratativa dos seguintes temas: função social dos contratos, teoria do adimplemento substancial do contrato e penhora do bem de família do fiador. Observou-se que a utilização do conhecimento econômico proposto pela Análise Econômica do Direito tem o potencial de contribuir para elucidar a racionalidade econômica dos argumentos jurídicos exercidos pelos tribunais, com a ressalva de que a conjectura das consequências de uma decisão judicial ou opção legislativa deve ser acompanhada de método de previsão solidamente embasado e explicitado para que a aplicação da Análise Econômica do Direito não se resuma a um mero exercício de futurologia.

O ferramental teórico da Análise Econômica do Direito, utilizado para construção de reflexões de cunho consequencialista da LGPD, permitiu a abordagem de possíveis efeitos não previstos pela norma, em especial o impacto dos custos de implementação para empresários de pequeno porte e oportunidades de destacamento frente aos concorrentes com oferecimento de serviços que observem a autodeterminação informativa dos titulares de dados. Ademais, verificou-se que a LGPD não é eficiente se observada pelo critério de Pareto, isso porque ela

impõe novos ônus a alguns agentes econômicos, que deverão dispor de recursos para a atualização de seus processos que envolvam dados pessoais, com implementação dos requisitos considerados adequados para a segurança, o que significa que não haverá somente ganhadores, descaracterizando de pronto a eficiência de Pareto para essa situação. Por outro lado, com base no critério de Kaldor-Hicks, verificou-se ser possível inferir que a LGPD é uma lei eficiente, pois realiza ganhos sociais com a criação de um ambiente de tratamento de dados mais seguro para a privacidade das pessoas. O ganho social (ambiente de tratamento de dados pessoais, em tese, mais seguro) parece culminar em ganhadores (titulares de dados no geral) que poderiam indenizar os perdedores (aqueles que arcam com o ônus para a implementação dos requisitos da norma) a fim de possibilitar tal ganho.

A construção da evolução do direito à privacidade desde suas origens até os dias atuais, com contextualização da sociedade da informação e a importância da autodeterminação informativa para a construção da esfera privada nesse cenário, permitiu que incursões em questões terminológicas envolvendo os termos privacidade e intimidade fossem feitas, com traçado de diferenças e semelhanças entre eles. Nesse particular, revelou-se pertinente para o entendimento da diferenciação a teoria das esferas, do direito alemão. Todavia, verificou-se que a distinção entre os dois termos mostra-se incomum na literatura jurídica atual, em que a privacidade é comumente referida como abrangente das noções de intimidade e de vida privada.

O direito à privacidade, previsto na Constituição Federal como direito fundamental, presta-se de forma primeira como prerrogativa do indivíduo em face do Estado. Por sua vez, o direito à privacidade no Código Civil foi alçado à categoria de direito da personalidade, baseado na ideia de um direito não economicamente apreciável e inerente à pessoa humana. Observou-se que, em contraposição à vertente da privacidade enquanto direito fundamental da Constituição Federal, em que há uma prerrogativa do indivíduo em face do Estado, a privacidade enquanto direito da personalidade, como trazido na lei civil, conduz a uma ideia de horizontalidade da privacidade entre os pares, que deve ser respeitada nas relações que particulares travam entre si.

Foram traçados os contornos da denominada sociedade da informação, caracterizada pelo avanço da tecnologia da informação, pela supervalorização de dados e, conseqüentemente, pela vigilância. A informação passa a assumir um papel nuclear no desenvolvimento da economia. Nesse cenário, a autodeterminação informativa pode ser compreendida como o direito da pessoa de controlar os seus dados pessoais, um esforço de proteção da privacidade da pessoa voltada especificamente para os dados e informações pessoais.

Observou-se que a tecnologia contribui para a modelagem de uma esfera privada mais rica, com acesso a uma “aldeia global” e aumento da sensação de autossuficiência. Deterioram-se tradicionais formas de controle social, cujo lugar é assumido por controles mais globais e penetrantes, tornados possíveis pelo tratamento eletrônico das informações. A esfera privada, apesar de mais rica nesse contexto, se torna também mais frágil, cada vez mais exposta a ameaças, o que põe em foco a importância da autodeterminação informativa nesse contexto.

A distinção entre as espécies de dados pessoais permitiu verificar a existência de três categorias: não sensíveis (ou ordinários), sensíveis e de tratamento proibido; todavia, o legislador da LGPD apresentou classificação dúplice, apenas diferenciando os dados pessoais não sensíveis dos dados pessoais sensíveis.

A incursão no *big data* permitiu a constatação de que trata-se de tecnologia que permite a estruturação e a análise de um volume massivo de dados para uma gama indeterminada de finalidades. O uso dessa tecnologia implica em diversos aspectos positivos, muitos deles relacionados à otimização e à eficiência de processos produtivos. Todavia, verificou-se que o *big data* possibilita uma ampla vigilância das vidas de pessoas enquanto torna os meios legais de proteção da privacidade obsoletos.

Por fim, a investigação sobre a proteção de dados pessoais no Brasil antes da LGPD leva à conclusão de que tal disciplina no ordenamento jurídico brasileiro vem se formando há algumas décadas, contando inclusive com normas específicas sobre o tema; suas raízes estão ligadas à Lei do Habeas Data, ao Código de Defesa do Consumidor, à Lei de Acesso à Informação, à Lei do Cadastro Positivo e ao Marco Civil da Internet, motivo pelo qual considerar que os dados pessoais estiveram em situação de absoluta desproteção antes da edição da LGPD parece equivocado.

Todavia, verificou-se que a promulgação de uma lei específica sobre a temática da proteção de dados pessoais, com reunião dos princípios outrora pulverizados em leis setoriais, representa a cristalização de avanços que foram alcançados pelas leis anteriores e fortalece a coerência e unidade do sistema protetivo ao qual ela se integra formal e materialmente. Do ponto de vista da autodeterminação informativa, concluiu-se que a promulgação da LGPD representa ganho de eficiência nos mecanismos para seu alcance se comparado ao momento anterior, pois oferece, além da camada principiológica, medidas concretas para sua implementação.

A criação do critério de análise sob o qual foram julgados os dispositivos da LGPD relacionados à autodeterminação informativa como eficientes ou ineficientes, levando-se em consideração a promoção dessa medida e a possibilidade de compensação dos titulares, permitiu a apuração dos resultados referentes à medida eleita. O critério atuou da seguinte forma: foram considerados eficientes os dispositivos que promoveram a autodeterminação informativa ou criaram incentivos nesse sentido (critério nº 1). Os que assim não fizeram, puderam ainda ser considerados eficientes se houvesse possibilidade, de acordo com as regras da LGPD, de compensação dos titulares de dados (critério nº 2), como previsto no critério de Kaldor-Hicks. Foram considerados ineficientes aqueles dispositivos que não promoveram a autodeterminação informativa e não possibilitaram a compensação dos titulares de dados pela sua perda. O critério nº 2 somente foi avaliado nos casos em que o critério nº 1 teve resultado negativo.

A tabela a seguir reúne de forma sintética os resultados obtidos com a aplicação do critério de análise aos dispositivos da LGPD:

Tabela 28 – Resultado da aplicação do critério de análise aos dispositivos da LGPD. (Continua)

Dispositivo	Norma	Resultado
Artigo 1º	Objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural	Eficiente
Artigo 2º	Fundamentos da disciplina da proteção de dados	Eficiente
Artigo 3º	Aplicação da LGPD ao tratamento de dados pessoais em qualquer meio e sua abrangência territorial	Eficiente
Artigo 3º	Aplicação da LGPD ao tratamento de dados	Ineficiente

	coletados em território nacional	
Artigo 4º	Não aplicação da LGPD ao tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos	Eficiente
Artigo 4º	Não aplicação da LGPD ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivamente jornalístico e artísticos	Eficiente
Artigo 4º	Não aplicação da LGPD ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivamente acadêmicos	Ineficiente
Artigo 4º	Não aplicação da LGPD ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais	Ineficiente
Artigo 4º	Não aplicação da LGPD ao tratamento de dados pessoais provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei.	Eficiente
Artigo 6º	Princípios que deverão ser observados nas atividades de tratamento de dados pessoais	Eficiente
Artigo 7º	Hipóteses em que poderá ser realizado o tratamento de dados pessoais	Eficiente
Artigo 8º	Consentimento para o tratamento de dados	Eficiente
Artigo 9º	Direito do titular de acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados	Eficiente
Artigo 10	O tratamento de dados pessoais fundamentado no legítimo interesse do controlador	Eficiente
Artigo 11	Tratamento de dados pessoais sensíveis	Eficiente
Artigo 14	Tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes	Eficiente
Artigos 15 e 16	Término do tratamento de dados pessoais	Eficiente
Artigo 17	Garantia de titularidade dos seus dados pessoais a toda pessoa natural	Eficiente
Artigos 18, 19, 20, 21 e 22	Direitos do titular	Eficiente
Artigos 23 a 32	Tratamento de dados pessoais pelo poder público	Ineficientes
Artigos 33 a 36	Transferência internacional de dados	Ineficientes
Artigos 37 a 41	Deveres dos agentes de tratamento de dados pessoais	Eficiente
Artigos 46 e 47	Adoção de medidas de segurança pelos agentes de tratamento	Eficiente

Artigo 48	Comunicação do controlador em caso de ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares	Ineficiente
Artigos 52 a 54	Sanções administrativas	Eficiente

Verificou-se quais dispositivos da LGPD relacionados à autodeterminação informativa foram eficientes sob a ótica do critério de análise. Vinte e seis itens foram escrutinados, sendo que em alguns casos houve reunião de mais de um dispositivo dentro do mesmo item, por aglutinação temática. Dentro desse universo, vinte itens foram considerados eficientes, contra seis itens considerados ineficientes. Apesar da existência de dispositivos ineficientes sob a ótica do critério de análise na LGPD (23%), a maioria dos itens analisados (77%) foram eficientes.

Conclui-se que o mapeamento realizado possibilita a verificação de quais dispositivos da LGPD implicam em estímulo de reforço à promoção de autodeterminação informativa dos titulares de dados ou, em caso de não promoção, permitam a compensação por eventual perda dessa medida.

REFERÊNCIAS

- ABNT. **Tecnologia da informação — Técnicas de segurança — Código de prática para a gestão da segurança da informação**. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.ciencianasnuvens.com.br/site/wp-content/uploads/2014/09/215545813-ABNT-NBR-177991.pdf>> Acesso em: 09 dez. 2019.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2019.
- ASSMANN, Jhonata. **O direito à autodeterminação informativa no direito germânico e brasileiro**. Monografia (graduação em Direito), UFSC. Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/117169/Jhonata%20Assmann%20TCC%20pdfa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 04 set. 2019.
- BACKHAUS, Jürgen G., **The Elgar Companion to Law and Economics**. Aldershot: Edward Elgar, 1999.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BASTIAT, Claude Frédéric. **A lei**. Rio de Janeiro: LVM Editora, 2016.
- BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal – Introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2009.
- BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais – a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.
- BOLWERK, Aloísio; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Considerações jurídicas sobre a participação das celebridades na publicidade ilícita. *In: Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo*. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 54-70, jul. 2018.

BOTELHO, Martinho Martins. A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: a questão da compensação social. *In: Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*, v.2, n.1, p. 27-45. Brasília, 2016.

BOUDON, Raymond. **Effects pervers et ordre social**. Paris: Presses Universitaires de France, 1977.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 mai. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 27 dez. 2019.

BRASIL. **Exposição de motivos Interministerial nº 171/2010 – MF/MJ**. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-171-MF-MJ-MPV-518-10.htm>. Acesso em: 17 dez. 2019.

BRASIL. **Lei 21.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previstas no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 18 dez. 2019.

BRASIL. **Lei 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. **Lei 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:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9507.htm>. Acesso em: 18 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004**. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 10 de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências.

Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm>. Acesso em: 22 mai. 2019.

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 a formação de histórico de crédito. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em: 18 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 18 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 23 mai. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991**. Dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8159.htm>. Acesso em: 18 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (quarta turma). Recurso Especial nº 1163283.

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 7 abr. 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília: DF, 04 mai. 2015. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/185363819/recurso-especial-resp-1163283-rs-2009-0206657-6/relatorio-e-voto-185363841?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 22 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (terceira turma). Recurso Especial nº 1200105/AM. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. 27 set. 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília: DF, 05 out. 2017. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/507000589/recurso-especial-resp-1689253-pr-2017-0188330-2/decisao-monocratica-507000637?ref=juris-tabs>>.

Acesso em: 22 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (plenário). Recurso Extraordinário nº 407688-8. Relator: Ministro Cezar Peluso, 8 fev. 2006. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília: DF, 06 out. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em: 22 mai. 2019.

BUTLER, Eamonn. **Escolha pública: um guia**. São Paulo: Bunker Editorial, 2015.
CALABRESI, Guido. Thoughts on the Future of Economics. *In: Journal of Legal Education*, v. 33, p. 363, 1963.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. O direito à privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. *In: Sequência – Publicação do Programa de Pós Graduação em Direito da UFSC*. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2017v38n76p213/34870>>. Acesso em 11 jan. 2020.

CARBONBLACK. Security Risks Posed by 100K Android Apps, According to Bit9 Research. *In: Website Carbonblack*. Disponível em: <<https://www.carbonblack.com/company/news/press-releases/security-risks-posed-by-100k-android-apps-according-to-bit9-research/>>. Acesso em: 05 jan. 2020.

CARDOSO, Danielle de Azevedo; FILHO, Umberto Lucas de Oliveira. A proteção de dados pessoais no Brasil: aspectos introdutórios. *In: Website Migalhas*, 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI299107,91041-A+protecao+de+dados+pessoais+no+Brasil+aspectos+introdutorios>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

CARDOSO, Germano Bezerra. Análise econômica do direito, políticas públicas e consequências. *In: Revista jurídica da presidência*, v. 17, n. 112, p. 293-313, 2015.

CARVALHO, Diógenes Faria de Carvalho; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Defesa do consumidor ganha com a nova lei de proteção de dados pessoais. *In: Revista Consultor Jurídico*, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/garantias-consumo-defesa-consumidor-ganha-lei-protecao-dados>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

CASTRO, Catarina Sarmiento e. **Direito da Informática, privacidade e dados pessoais**. Coimbra: Almedina, 2005.

CASTRO, Marcos Faro. **Formas jurídicas e mudança social: interação entre o direito, a filosofia, a política e a economia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVOUKIAN, Ann. **Privacy by Design: The 7 Foundational Principles**. Information and Privacy Commissioner of Ontario. Ontario, 2011. Disponível em: <<https://www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/resources/7foundationalprinciples.pdf>>. Acesso em: 09 dez. 2019.

COASE, Ronald Harry. The problem of social cost. *In: Journal of Law and Economics*, v. 3, n. 1, p. 1-44. Chicago, 1960.

CODATO, Adriano. Marx and the invention of post-capitalist politics. *In: Brazilian political science review*, v. 6, p. 134-143, 2012.

COELHO, Fávio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. Berkeley: Berkeley Law Books, 6. ed., livro 2, 2016.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **O princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português**. *In: Estudos de Direito Civil e Português*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

COVIELLO, Nicola. **Doctrina general del derecho civil**. Roma: Ediciones Jurídicas Olejnik, 1949.

DE SOTO, Hernando. **The other path – The invisible revolution in the third world**. New York: Harper & Row, 1989.

DEMZETZ, Harold. **Toward a theory of property rights**. *The American Economic Review*, v. 57, n. 2, 1967.

DEPOORTER, Ben; DEMOT, Jef. The Cross-Atlantic Law and Economics divide: A Dissent. *In: University of Illinois Law Review*. Illinois, p. 1593-1606, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. São Paulo: Renovar, 2006.

DRUKER, Peter. **A sociedade pós-capitalista**. São Paulo: Pioneira, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELSTER, Jon. **The cement of society – A study of social order**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

ESTÊVES, Guilherme Mesquita. **Edição genética através da técnica CRISPR: uma análise das possibilidades e controvérsias à luz do aparato principiológico do Biodireito.** *In:* Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação – CONPEDI. Goiânia, 2018. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/no85g2cd/pjygo2f8/AfvnKUJOmbm7fvom.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2020.

EUROPEAN COMMISSION. **Article 29 working party archives 1997 – 2016.** Disponível em: <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/index_en.htm>. Acesso em: 20 ago. 2019

FARIA, José Eduardo. **Antinomias jurídicas e gestão econômica.** Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 25, 1992.
FERRAZ JR. **Interpretação e Estudos da Constituição de 1988.** São Paulo: Editora Atlas, 2001.

FOOD AND DRUG ADMINISTRATION. **The future of food and agriculture – trends and challenges.** Roma, 2017. Disponível em: <<http://www.fao.org/3/a-i6583e.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2019.

FRAZÃO, Ana. Nova LGPD: a importância do consentimento para o tratamento dos dados pessoais. *In:* **Revista Jota**, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-a-importancia-do-consentimento-para-o-tratamento-dos-dados-pessoais-12092018>. Acesso em: 05 dez. 2019.

FRAZÃO, Ana. Nova LGPD: os direitos dos titulares de dados pessoais. *In:* **Revista Jota**, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-direitos-dos-titulares-de-dados-pessoais-24102018#:~:targetText=Trata%2Dse%20daquilo%20que%20o,inexatos%20que%20lhe%20digam%20respeito_> Acesso em: 10 dez. 2019.

FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. *In:* TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (org.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FRIEDMAN, David D., **Law's Order – What Economics Has to Do with Law and Why It Matters.** Princeton: Princeton University Press, 2000.

FRIEDMAN, David. **Price Theory: An intermediate Text.** s.l.: South-Western Publishing Co., 1990.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GELTER, Martin; GRECHENIG, Kristoffel. **History of Law and Economics**. Bonn: Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, 2014.

GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014.

GICO JR., Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *In*: **Economic Analysis of Law Review**, v.1, n. 1, p. 7-33, 2010.

GILMORE, Grant. **The Ages of American Law**. New Haven: Yale University Press, 1977.

GOLDBERG, Daniel. O controle das políticas públicas pelo judiciário: welfarismo em um mundo imperfeito. *In*: SALGADO, Lucia Helena; DA MOTTA, Ronaldo Seroa (org.). **Regulação e concorrência no Brasil: Governança, Incentivos e Eficiência**. Rio de Janeiro: Ipea, 2007.

GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003.

GOOGLE. **Pesquisar usando o preenchimento automático**. Disponível em: <<https://support.google.com/websearch/answer/106230?co=GENIE.Platform%3DAndroid&hl=pt-BR>>. Acesso em: 23 ago. 2019.

GUALTIERI, Guilherme. **As 10 Bases Legais para Tratamento de Dados Permitidas pela LGPD**. Disponível em: <<https://triplait.com/bases-legais-para-tratamento-de-dados-da-lgpd/>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Término do Tratamento de Dados. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (org.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

GUEDES, Néviton. A importância de Dworkin para a teoria dos princípios. *In*: **Revista Consultor Jurídico**, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios#_ftn20>. Acesso em: 30 jan. 2020.

GUERRA, Sidney. **O direito à privacidade na internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey; WISTRICH, Andrew. Inside the judicial mind. *In*: **Cornell Law Review**. Ithaca, 86(4) p.777-830, 2000.

HAYEK, Friedrich A.Von. **Law, Legislation and Liberty**. Chicago: The University of Chicago Press, 1973.

HICKS, John. The foundations of Welfare Economics. *In: The Economic Journal*, v. 49, n. 196, p. 696-712, 1939.

HIJMANS, Hielke. **The European Union as Guardian of Internet Privacy: True Story of Art 16 TFEU**. Bruxelas: Springer International Publishing, 2016.

HIRATA, Alessandro. Direito à privacidade. *In: Enciclopédia Jurídica – Tomo Direito Administrativo e Constitucional*, Edição 1, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/71/edicao-1/direito-a-privacidade>>. Acesso em: 02 set. 2019.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. São Paulo: Editora Objetiva, 2001.

IDEAÇÃO. Como o Brasil e outros países estão protegendo os dados dos cidadãos? *In: Blog Ideação – inovação em gestão pública*, 2019. Disponível em: <<https://blogs.iadb.org/brasil/pt-br/como-o-brasil-e-outros-paises-estao-protegendo-os-dados-dos-cidadaos/>>. Acesso em: 30 nov. 2019.

INSTITUTO DE TECNOLOGIA & SOCIEDADE DO RIO. Big data no projeto Sul Global: relatório sobre estudos de caso. *In: Website Its Rio*, 2016. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2016/03/ITS_Relatorio_Big-Data_PT-BR_v2.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

INTERNET LIVESTATS. **Google Search Statistics**. Disponível em: <<https://www.internetlivestats.com/google-search-statistics/>>. Acesso em: 23 ago. 2019.

KALDOR, Nicholas. Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility. *In: The Economic Journal*. Vol. 49, n. 195, 1939. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2224835?origin=crossref&seq=1>>. Acesso em: 26 dez. 2019.

KASPERSKY. Ready... Or not? Balancing future opportunities with future risks. A global survey into attitudes and opinions on IT security. *In: Kaspersky Blog*, s.l: 2018. Disponível em: <https://media.kaspersky.com/documents/business/brfwn/en/The-Kaspersky-Lab-Global-IT-Risk-Report_Kaspersky-Endpoint-Security-report.pdf>. Acesso em 05 nov. 2019.

KASPERSKY. What is the cost of data breach? *In: Kaspersky blog*. s.l: 2018. Disponível em: <<https://www.kaspersky.com/blog/economics-report-2018/22486/>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

KLEINER et al. **Internet Trends 2016: Code Conference**. Mary Meeker, jun. 2016. Disponível em: <<https://www.kleinerperkins.com/perspectives/2016-internet-trends-report/>>. Acesso em: 16 ago. 2019.

KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (org.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

KOSINSKI, Michal; STILLWELL, David; GRAEPEL, Thore. Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior. *In*: **Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America**, 2013. Disponível em: <<https://www.pnas.org/content/110/15/5802>>. Acesso em: 04 set. 2019.

LA RUE, Frank. Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression. *In*: **United Nations Digital Library**, 2011. Disponível em: <<https://digitallibrary.un.org/record/706200>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

LANEY, Doug. 3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety. *In*: **Blog Gartner**, 2001. Disponível em: <<https://blogs.gartner.com/doug-laney/files/2012/01/ad949-3D-Data-Management-Controlling-Data-Volume-Velocity-and-Variety.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

LEMOS, Ronaldo et al. **Estudo sobre a regulamentação jurídica do spam no Brasil**. Trabalho comissionado pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil ao Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS), da Escola de Direito do Rio de Janeiro/Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <<https://www.cgi.br/media/comissoes/ct-spam-EstudoSpamCGIFGVversaofinal.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal do direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. *In*: BARROSO, Luís Roberto; CLÈVE, Clèmerson Merin (org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v.1, São Paulo: Ed. RT, 2015.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de.; BIONI, Bruno Ricardo. A proteção dos dados pessoais na fase de coleta: apontamentos sobre a adjetivação do consentimento implementada pelo art. 7, incisos VIII e IX do Marco Civil da Internet a partir do human computer interaction e da privacy by default. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). **Direito & Internet III: marco civil da internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

LYON, David. **The Eletronic Eye: The rise of surveillance society**, Minneapolis: University of Minnesota Press, 1994.

MACEIRA, Irma Pereira. **A proteção do direito à privacidade na internet**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MACKAAY, Ejan. History of Law & Economics. *In*: MARCIANO, Alain; RAMELLO, Giovanni Battista (org.). **Encyclopedia of Law and Economics**. Cheltenham, vol. I, p. 65-117, 2000.

MAIA, Roberta Mauro Medina. A titularidade de dados pessoais prevista no art. 17 da LGPD: direito real ou pessoal? *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (org.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. **LGPD – Lei Geral De Proteção De Dados Pessoais – Manual De Implementação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. **Direito da informática**. Coimbra: Almedina, 2000.

MARTINS, Pedro Bastos Lobo. Dados pessoais sensíveis e inferências. *In*: **Blog do Centro em Direito, Tecnologia e Inovação – DTIBR**, 2019. Disponível em: <<https://www.dtibr.com/post/dados-pessoais-sens%C3%A0veis-e-infer%C3%Aancias>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

MAYER-SCHONBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big data: a Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think**. New York: Houghton Mifflin Harcourt, 2013. E-book.

MCDONALD, Aleecia M.; CRANOR, Lorrie Faith. The Cost of Reading Privacy Policies. **Journal of Law and Policy for Information Society**, v. 4, 2008.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *In*: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Ed. RT, v. 120, nov./dez., 2018.

MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 20, n. 79, p. 45/81, jul./set., 2011.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; COLAÇO, Hian Silva. Quando a Lei Geral de Proteção de Dados não se aplica? *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (org.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/fundamento/>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, Tomo IV.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *In*: RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Prefácio. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. O direito fundamental à autodeterminação informativa. *In*: **XXI Congresso Nacional do CONPEDI**. Direitos Fundamentais e Democracia II. Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>>. Acesso em 20 ago. 2019.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

NOGUEIRA, Roberto Henrique Porto. **Prescrição off label de medicamentos, ilicitude e responsabilidade civil do médico**. Belo Horizonte: editora PUC Minas, 2017.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Belizze; LOPES, Isabela Maria Pereira. Os princípios norteadores da proteção de dados pessoais no Brasil e sua otimização pela Lei 13.709/2018. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (org.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

OLIVEIRA, Samanta. LGPD: as diferenças entre o privacy by design e o privacy by default. *In*: **Blog Consumidor Moderno**, 2019. Disponível em: <<https://www.consumidormoderno.com.br/2019/05/27/lgpd-diferencas-privacy-design-privacy-default/>>. Acesso em: 08 dez. 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Ed. RT, 2010.

PARAMAGURU, Abi; VAILE, David; WATERS, Nigel; GREENLEAF, Graham. Distinguishing PETs from PITs: developing technology with privacy in mind. *In*: **UNSW Law Research Paper**, n. 35, p. 1-26, 2008. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1397402>. Acesso em: 05 dez. 2019.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Law and Economics in the Civil Law World: The Case of Brazilian Courts. *In: São Paulo Law School of Fundação Getúlio Vargas – FGV*, paper nº 117, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **Introduzione alla problematica della proprietà**. Napoli: ESI, 1970.

PISA, Pedro. O que é IP? *In: Website Techtudo*. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2012/05/o-que-e-ip.html>>. Acesso em: 06 dez. 2019.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 7 ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

POSNER, Richard. **As fronteiras do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte geral. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

RAGHUPATHI, Wullianallur; RAGHUPATI, Viju. **Big data analytics in healthcare: promis and potential**. *In: US National Library of Medicine*, v. 2, 2014. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4341817/>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

RESENDE, Antônio José Calhau de. O princípio da razoabilidade dos atos do poder público. *In: Revista do legislativo*, abr. 2009. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/periodicas/revistas/arquivos/pdfs/26/calhau26.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019.

RIEFFEL, Luiz Reimer Rodrigues. **Um mundo feito: o consequencialismo da análise econômica do direito de Richard Posner**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

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

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROYTE, Elizabeth. **How ‘Ugly’ Fruits and Vegetables Can Help Solve World Hunger**. *In: National Geographic Magazine*, mar. 2016. Disponível em: <<https://www.nationalgeographic.com/magazine/2016/03/global-food-waste-statistics/>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** *In:* Cadernos Direito GV, v.5, n. 2, 2008.

SALDANHA, João. Fundamentos da LGPD – A Autodeterminação Informativa. *In:* **Blog Tripla**, 2019. Disponível em: <<https://triplait.com/a-autodeterminacao-informativa/#:~:targetText=Apesar%20de%20n%C3%A3o%20ser%20conceito,das%20metodologias%20utilizadas%20para%20tanto>>. Acesso em: 10 dez. 2019.

SAMPAIO, Luciana. NoSQL, SQL e Big data. 2013. *In:* **Blog Luciana Sampaio**. Disponível em: <<https://lucianasampaio.wordpress.com/2013/10/03/nosql-sql-e-big-data/>> Acesso em: 20 ago. 2019.

SARMENTO, Vitor Seidel. A (im)penhorabilidade do bem único do fiador e o direito fundamental à moradia sob a perspectiva da análise econômica do direito. *In:* **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 9, p. 165-196, 2011.

SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. **The economics analysis of Civil Law**. Hamburg: Edward Elgar Pub, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. Nova York: Harper Torchbooks, 1950.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS – SEBRAE. **Participação da micro e pequenas empresas na economia brasileira**, Brasília: SEBRAE, 2014. Disponível em: <<http://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Leila Bitencourt Reis da. **Vulnerabilidade contratual de empresários de pequeno porte: investigação teórica e de campo em Ouro Preto-MG**. 2019. Dissertação (Mestrado em Novos Direitos, Novos Sujeitos) – Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019.

SIMON, Herbert A. Rationality in Psychology and Economics. *In:* HOGARTH, Robin; REDER, Melvin (org.). **Rational Choice: The Contrast Between Economics and Psychology**. Chicago: University of Chicago Press, 1986.

SIMON, Herbert A. The logic of heuristic decision making. *In:* SIMON, Herbert A (org.). **Models of Discovery**. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1977.

SOARES, Paulo Brasil Sill. **Princípios básicos de defesa do consumidor: institutos de proteção aos hipossuficientes**. Leme: LED, 2001.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Direitos do titular de dados pessoais na Lei 13.709/2018: uma abordagem sistemática. *In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (org.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.*

STIGLER, George J. Law or economics? *In: **The Journal of Law & Economics**, Vol. 35, No. 2, pp. 455-468. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.*

STRINGHAM, Edward. Kaldor-Hicks efficiency and the problem of central planning. *In: **The Quarterly Journal of Austrian Economics**, v. 4, n. 2, p. 41-50, 2001.*

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A autoridade parental e o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. *In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (org.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.*

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. *In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (org.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.*

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. *In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014.*

TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia, e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito. *In: **Revista de direito bancário e do mercado de capitais**, v. 9, n. 33, p. 15-31, 2006.*

VAINZOF, Rony. Disposições preliminares. *In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; OPICE BLUM, Renato (coord.). **LGPD comentada**. São Paulo: Ed. RT, 2019.*

VARONIS. Analyzing Company Reputation After a Data Breach. *In: **Website Varonis**. Disponível em: <<https://www.varonis.com/blog/company-reputation-after-a-data-breach/>>. Acesso em 31 out. 2019.*

VENTURA, Leonardo Henrique de Carvalho. Considerações sobre a nova lei geral de proteção de dados. *In: **Revista Síntese: Direito Administrativo**, São Paulo, v. 13, n. 155, nov. 2018.*

VERONESE, Alexandre; MELO, Noemy. O Projeto de Lei 5.276/2016 em contraste com o novo Regulamento Europeu (2016/679 UE). *In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 14, ano 5, p. 71-99, jan.-mar., 2018*

VIEIRA, Oscar. Supremocracia. *In: Revista Direito GV*, nº 441. São Paulo, 2008.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O Direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamenta diante dos avanços da tecnologia da informação**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Sociedade: Políticas Públicas e Democracia) – UNB. Brasília, 2007.

WALD, Arnaldo. O direito a serviço da economia: o novo direito bancário. *In: Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, v. 8, n. 27, p. 20-25, 2005.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *In: Revista Direito GV*, v. 4, n. 2. São Paulo, 2008.

WEBER, Max. **A ética protestante e o 'espírito' do capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WIREDGOV. Global survey finds 85% of mobile apps fail to provide basic privacy information. **Website WiredGov**, 2014. Disponível em: <<https://www.wiredgov.net/wg/news.nsf/articles/Global+survey+finds+85+of+mobile+apps+fail+to+provide+basic+privacy+information+10092014151000?open>>. Acesso em: 05 dez. 2019.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O surgimento e o desenvolvimento do right of privacy nos Estados Unidos. *In: Revista de Doutrina do TRF4*. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/Leonardo_Zanini.html>. Acesso em: 03 jan. 2020.