



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

DANIEL SAMPAIO DE AZEVEDO

**BASE LEGAL DO LEGÍTIMO INTERESSE: DINÂMICA NORMATIVA E O DIREITO
À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**

JOÃO PESSOA

2021

DANIEL SAMPAIO DE AZEVEDO

**BASE LEGAL DO LEGÍTIMO INTERESSE: DINÂMICA NORMATIVA E O DIREITO
À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da Universidade Federal da Paraíba, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

Área de Concentração: Direito econômico.

Linha de Pesquisa: História do Direito, Constitucionalismo e Desenvolvimento Econômico.

Orientador: Prof. Dr. José Ernesto Pimentel Filho.

JOÃO PESSOA

2021

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

A994b Azevedo, Daniel Sampaio de.

Base legal do Legítimo Interesse : dinâmica
normativa e o direito à proteção de dados pessoais /
Daniel Sampaio de Azevedo. - João Pessoa, 2021.
125 f.

Orientação: José Ernesto Pimentel Filho.
Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ.

1. Ciências jurídicas. 2. LGPD. 3. Legítimo
interesse. 4. Proteção de dados. I. Pimentel Filho,
José Ernesto. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34(043)



1/1

DANIEL SAMPAIO DE AZEVEDO

**BASE LEGAL DO LEGÍTIMO INTERESSE: DINÂMICA NORMATIVA E O DIREITO
À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da Universidade Federal da Paraíba, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

Aprovado em: ____/____/2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Ernesto Pimentel
Universidade Federal da Paraíba
Orientador

Prof. Dr. Gustavo Rabay Guerra
Universidade Federal da Paraíba - UFPB
Examinador Interno ao PPGCJ

Prof. Dr. André Cabral
Universidade Federal da Paraíba
Examinador Externo ao PPGCJ

Prof. Dr. Daniel Barile da Silveira
Universidade de Marília
Examinador Externo ao PPGCJ

AGRADECIMENTOS

Nenhum trabalho, pesquisa se faz no quarto solitário com tela, teclado e taças e mais taças para afugentar a solidão. É preciso que haja outras pessoas a dar o suporte, o apoio sem o qual uma linha sequer será redigida. Os agradecimentos, portanto, talvez sejam o ponto fundamental – pelo menos o é nesta dissertação.

Agradeço, portanto, a meus amados pais, Valberto e Auxiliadora, que sempre acreditaram que eu poderia fazer o que eu me dispusesse a tanto. Assim também meus amados irmãos, amigos e mentores, Kiko e Beto (que me permito assim chamá-los), os quais, entre um croque e outro, acompanharam-me crescer e andar pela vida.

Pelo amor e pela paciência com minhas esquisitices, agradeço a Maria Tereza, com quem desejo passar o resto de minha vida.

Agradeço igualmente a Rinaldo Mouzalas e Amanda Luna, os quais muito me incentivam a tirar cada vez mais o melhor de mim. Igualmente, agradeço a todos os colegas do escritório Mouzalas Azevedo Advocacia, os quais estiverem sempre a me dar suporte.

Agradeço também a Juliana Lira, parceira do mestrado e confidente das agruras da pós-graduação. E, nesta linha, agradeço a todos os demais colegas do mestrado, com quem partilhei dois anos de estudos, debates e crescimento acadêmico.

Agradeço especialmente aos professores Adriano Godinho e Ernesto Pimentel, que me acompanharam o trabalho mais do que orientadores. Os dois foram verdadeiramente amigos, apontando caminhos a trilhar e dando a confiança necessária para seguir em frente.

Last but not least, a todos os professores do PPGCJ da UFPB que tiveram a perseverança e a esperança de que, nestes tempos de aflição para o ensino público de qualidade, o horizonte permanece a brilhar com o cristal dos verões.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo compreender a dinâmica normativa da base legal do legítimo interesse frente aos direitos do titular de proteção de dados pessoais, conforme previsão da Lei Geral de Proteção de Dados ou LGPD (Lei nº 13.709, de 18 de agosto de 2018). Na verdade, a pesquisa busca responder à seguinte pergunta: a dinâmica normativa do legítimo interesse, conforme as previsões dos artigos 7º, IX, 10 e 37 da LGPD, garante segurança jurídica aos sujeitos da relação jurídica de tratamento, na esfera das respectivas posições jurídicas? A formular a pergunta de outra maneira: a dinâmica normativa do legítimo interesse consegue equilibrar a liberdade do agente de tratamento de fazer uso de dados pessoais para finalidades estritamente econômicas (sem o consentimento do titular) e, ao mesmo tempo, garantir a proteção dos direitos do titular de dados pessoais? Após percurso de uma pesquisa de caráter qualitativo e de cunho documental, com base em revisão bibliográfica, que não se restringiu a livros específicos sobre o tema, mas lançou mão de artigos e trabalhos acadêmicos (dissertação) sobre assuntos correlatos, além da análise de projetos de lei e de decisões judiciais, buscou-se analisar e descrever o contexto em que a LGPD se situa no tempo e nas necessidades, a princípio divergentes, de agentes de tratamento e do titular de dados pessoais. Como resultado, identificou-se que, de um lado, a proteção de dados, além de um novo direito da personalidade distinto da privacidade, é também um direito fundamental, conquanto implícito, porque seu reconhecimento, no âmbito normativo brasileiro, deu-se por decisão do Supremo Tribunal Federal; de outro lado, compreendeu-se que o tratamento de dados pessoais, segundo a LGPD, só é permitida em hipóteses taxativas, em regra relacionadas a interesse público, exceto no caso do consentimento e do legítimo interesse. E, neste último caso, consoante se observou da revisão bibliográfica, adota parâmetros subjetivos em sua definição. Não obstante, a subjetividade do preceito em torno do legítimo interesse – foi possível identificar – é suplantada por procedimentos (sobretudo, o teste de proporcionalidade) que a própria LGPD pôs a disposição do agente de tratamento, para que pudesse livremente tratar os dados pessoais sem que violasse os direitos do titular de dados. Assim observado, concluiu-se que a dinâmica normativa do legítimo interesse, inserida no contexto da relação jurídica de tratamento, ao passo em que garante o exercício da liberdade econômica do agente de tratamento, para o uso sem consentimento de dados pessoais, exige uma série de obrigações que visam garantir as posições jurídicas do titular de dados pessoais, em especial quando prevalecem sobre a liberdade econômica daquele.

PALAVRAS-CHAVE: LGPD. Legítimo interesse. Proteção de dados.

ABSTRACT: This paper aims to understand the normative dynamics of the legal basis of legitimate interest in the face of the rights of those entitled to personal data protection, as provisioned by the General Data Protection Law or LGPD (Law No. 13,709 of August 18, 2018). In fact, the research seeks to answer the following question: does the normative dynamics of legitimate interest, as provided for in Articles 7, IX, 10 and 37 of the LGPD, guarantee legal certainty to the subjects of the legal relationship of treatment, in the sphere of their respective legal positions? To formulate the question in another way: can the normative dynamics of legitimate interest balance the freedom of the processing agent to make use of personal data for strictly economic purposes (without consent from the data subject) and, at the same time, guarantee the protection of the rights of the personal data subject? After a qualitative and documental research, based on a bibliographic review, not restricted to specific books on the theme, also using articles and academic works (dissertation) on related subjects, as well as the analysis of law bills and court decisions, an attempt was made to analyze and describe the context in which the LGPD is situated in time and in the needs, in principle divergent, of data processors and the holder of personal data. As a result, it was identified that, on the one hand, data protection, besides being a new right of personality distinct from privacy, is also a fundamental right, albeit implicitly, because of its recognition in the Brazilian normative scope was given by a decision of the Federal Supreme Court; on the other hand, the processing of personal data, according to the LGPD, is only allowed in limited hypotheses, usually related to public interest, except in the case of consent and legitimate interest. And, in the latter case, as observed in the literature review, it adopts subjective parameters in its definition. Nevertheless, the subjectivity of the legitimate interest precept – as identified – is supplanted by procedures (especially, the proportionality test) that the LGPD itself made available to the processing agent, so that it could freely process personal data without violating the rights of the data subject. Thus observed, it was concluded that the normative dynamics of legitimate interest, inserted in the context of the legal relationship of processing, while guaranteeing the exercise of economic freedom of the processing agent, for the use without consent of personal data, requires a series of obligations aimed at guaranteeing the legal positions of titular of personal data, especially when they prevail over economic freedom.

KEYWORDS: LGPD. Legitimate interest. Data protection

[...]

Zé Pretinho. — Eu vou mudar de toada,
Pra uma que mete medo —
Nunca encontrei cantador
Que desmanchasse este enredo:
É um dedo, é um dado, é um dia,
É um dia, é um dado, é um dedo!

Cego Aderaldo. — Zé Preto, esse teu enredo
Te serve de zombaria!
Tu hoje cegas de raiva
E o Diabo será teu guia —
É um dia, é um dedo, é um dado,
É um dado, é um dedo, é um dia!

Zé Pretinho. — Cego, respondeste bem,
Como quem fosse estudado!
Eu também, da minha parte,
Canto versos aprumado —
É um dado, é um dia, é um dedo,
É um dedo, é um dia, é um dado!

Cego Aderaldo. — Vamos lá, seu Zé Pretinho,
Porque eu já perdi o medo:
Sou bravo como um leão,
Sou forte como um penedo
É um dedo, é um dado, é um dia,
É um dia, é um dado, é um dedo!

[...]

(Peleja entre Cego Aderaldo e Zé Pretinho, 1916)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 ERA DOS DADOS.....	13
1.1 Datificação	18
1.1.1 O ponto de virada histórica da datificação.....	22
1.2 Big Data: a nova fronteira da datificação.....	25
1.2.1 Powerhouse cotidiana de dados	27
1.2.2 Dados pessoais, bios midiático e o smartphone.....	29
1.2.3 Datificação pela Big Data	32
1.3 A trajetória geracional de leis de proteção de dados pessoais	36
1.3.1 A Primeira geração de leis de proteção de dados	37
1.3.2 Segunda geração de leis de proteção de dados	38
1.3.3 Terceira geração de leis de proteção de dados.....	39
1.3.4 Quarta geração de leis de proteção de dados	40
1.4 Conclusões parciais.....	41
2 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO DIREITO BRASILEIRO: DIREITO FUNDAMENTAL E DIREITO DE PERSONALIDADE.....	43
2.1 Direito de ser deixado só e a autodeterminação informativa.....	45
2.1.1 A história por trás de The Right to Privacy	46
2.1.2 Privacidade, bem comum e autodeterminação informativa	49
2.2 O direito fundamental à proteção de dados pessoais.....	51
2.2.1 Reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal.....	53
2.2.2 Trajetória do direito à proteção de dados na ordem constitucional brasileira	56
2.2.3 Consequências do reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados	60
2.3 O direito de personalidade à proteção de dados pessoais	63
2.3.1 Posições jurídicas subjetivas.....	67
2.3.2 Posições jurídicas objetivas	72
2.4 Conclusões parciais.....	75
3 LEGÍTIMO INTERESSE E EQUILÍBRIO DINÂMICO COM A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	77
3.1 Relação jurídica de tratamento de dados pessoais.....	82
3.1.1 Base legal do consentimento do titular	89

3.1.2 Base legal de tratamento para cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador	92
3.1.3 Base legal de tratamento para a execução de políticas públicas pela Administração.....	94
3.1.4 Base legal de tratamento para a realização de estudos por órgão de pesquisa	94
3.1.5 A base legal de tratamento para execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato	95
3.1.6 Base legal de tratamento para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral.....	96
3.1.7 Base legal de tratamento para proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro.....	96
3.1.8 Base legal de tratamento para a tutela da saúde.....	97
3.1.9 Base legal de tratamento para a proteção do crédito.....	98
3.1.10 Base legal de tratamento pelo legítimo interesse.....	98
3.2 Legítimo interesse e o equilíbrio dinâmico com o direito à proteção de dados pessoais	101
3.2.1 Dinâmica normativa do legítimo interesse na LGPD	105
3.3 Conclusões parciais.....	110
CONSIDERAÇÕES FINAIS	112
REFERÊNCIAS.....	114

INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados, a Lei 13.709, de 18 de agosto de 2018, tem por escopo de proteger a pessoa humana frente a uma sociedade cada vez mais tecnológica. Mesmo que seu alcance atinja os meios analógicos, será nos meios digitais que ela terá fundamental importância. Dá isto pelo fato de que se vive hoje uma contínua ruptura de paradigmas tecnológicos, cujos efeitos convergem para uma intensa digitalização dos fenômenos da vida – fenômenos sociais, políticos e econômicos.

Desde o alvorecer das revoluções das tecnologias digitais, em que a humanidade passou a processar informação com o auxílio de microprocessadores, a sociedade veio ter suas bases materiais transformadas, migrando das formas analógicas de apreensão da realidade para as digitais. A capacidade de processamento então alcançada com a nova estrutura tecnológica conferiu mais valor aos dados obtidos, os quais passaram a ser armazenados e processados em maior escala, com melhor proveito na obtenção de informação.

Estados e depois as empresas viram no produto da revolução computacional uma oportunidade de racionalizar o uso dos fenômenos da realidade, mediante a obtenção de dados, e aplicar nas finalidades que lhes fosse de interesse. O Estado, neste sentido, viu na maior capacidade de processamento de dados o benefício de exercer o controle sobre a população, seja para fins recenseamento, seja para adoção de medidas sanitárias; ao passo que as empresas se aproveitaram de capacidade para ampliar sua organização e gerir melhor sua atividade econômica, conhecendo os hábitos de consumo de sua clientela.

E, à medida do desenrolar das revoluções digitais, com o desenvolvimento de tecnologias ainda mais poderosas (a exemplo do smartphones, da Big Data e da Internet das Coisas ou *Internt of Things – IoT*) na primeira quadra do século XXI, mais e mais interessou ao contexto político e econômico o uso de dados pessoais, porque se conheceu o grande valor que esses dados produziam para a dinâmica de cada interesse.

Se desde emergência das tecnologias de processamento de dados pessoais já deu ensejo a uma resposta do direito, como confirma, por exemplo, a Lei dos *Lands* da Alemanha Ocidental, de 1970, mais ainda uma resposta adequada precisa ser dada ao momento atual, em que as novas tecnologias permitem uma imersão cada vez mais intrusiva na personalidade humana. E é neste contexto que se afere a importância da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados no ordenamento jurídico brasileiro.

A lei tem por objetivo regular o tratamento de dados pessoais por pessoas jurídicas de direito público e de direito privado, com o intuito de proteger o direito de liberdade, de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade. Para isto, ela dispõe de hipóteses taxativas em que é permitido o tratamento, sendo elas: o consentimento; a necessidade de atender à obrigação legal ou regulatória; para a finalidade de realização de políticas públicas pelo Poder Público; para a realização de pesquisa científica; execução de contrato ou procedimento preliminares; proteção da vida ou tutela da saúde; em prol do legítimo interesse do agente de tratamento; e da proteção do crédito. Fora destas hipóteses, não será possível tratar os dados pessoais.

Deste rol estreito de possibilidades, uma delas emerge como hipótese com grau maior de incerteza, porque se vale de conceito jurídico indeterminado – o legítimo interesse. Dentre todas as hipóteses permissivas do tratamento de dados, o legítimo interesse é o que põe explicitamente a posição jurídica o agente de tratamento – que a lei restringe às situações de tratamento por agentes privados – como finalidade fundante para o tratamento de dados, dispensando o consentimento do titular.

Tudo bem que as demais hipóteses também dispensam o consentimento, mas todas elas, ou são específicas (como é o caso da proteção do crédito), ou são vincadas no interesse público. Mas nenhuma delas abre espaço de liberdade que o legítimo interesse abre para a atividade de tratamento para o setor privado interessado.

Daí que surge o problema da pesquisa que se têm em mãos: se é objetivo da Lei Geral de Proteção de Dados regular a relação jurídica de tratamento, salvaguardando os direitos de liberdade, de privacidade e livre desenvolvimento da personalidade, como pode permitir, a partir de previsão aberta, que o agente de tratamento possa tratar os dados pessoais com a finalidade de satisfazer os respectivos interesses econômicos?

Embora a lei carregue de indeterminação o conceito de legítimo interesse, trata-se de hipótese que apresenta uma dinâmica para sua aplicação. Prevê-se que o legítimo interesse poderá ser usado desde que não prevaleça as liberdades e direitos fundamentais do titular de dados. Mas não é só. Diante da dispensa do consentimento, a lei põe uma série de obrigações que o agente de tratamento deve observar. Tendo isto em perspectiva, do problema se extrai uma pergunta fundamental, que a presente pesquisa buscará responder: a dinâmica normativa do legítimo interesse consegue equilibrar a liberdade do agente de tratamento de fazer uso de

dados pessoais para finalidades estritamente econômicas (sem o consentimento do titular) e, ao mesmo tempo, garantir a proteção dos direitos do titular de dados pessoais?

Para responder essa pergunta, a pesquisa adotou o método dedutivo, de caráter qualitativo e de cunho documental, com base em revisão bibliográfica, que não se restringiu a livros específicos sobre o tema, mas lançou mão de artigos e trabalhos acadêmicos (dissertação) sobre assuntos correlatos, além da análise de projetos de lei e de decisões judiciais, para cumprir o objetivo de entender a dinâmica normativa do legítimo interesse, conforme disciplinado pela Lei Geral de Proteção de Dados, que pudesse dar equilíbrio entre os legítimos interesses do agente de tratamento e o direito de proteção de dados do titular.

Deste objetivo geral, para o qual se pretende chegar, a pesquisa observa a necessidade de atingir outros três objetivos, deste feita, específicos. O primeiro deles é descrever o contexto em que a relação jurídica de tratamento de dados pessoais toma lugar. O segundo objetivo, foi compreender, no contexto do direito brasileiro, o que é o direito à proteção de dados pessoais, abordando sua natureza de direito fundamental, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, e sua natureza como novo direito da personalidade, no plano infraconstitucional, segundo as disposições da Lei Geral de Proteção de Dados. Por fim, terceiro objetivo específico é investigar a dinâmica normativa do legítimo interesse, para saber se, da forma como disposta em lei, tem-se o equilíbrio entre as posições jurídicas dos sujeitos da relação jurídica de tratamento.

Assim, no primeiro objetivo, que corresponde ao primeiro capítulo desta pesquisa, será delineado o contexto que confere à contemporaneidade do adjetivo de *Era dos dados*, porque, pela importância que estes elementos assumem para Estados e empresas, tem-se que a dinâmica da sociedade é moldada primordialmente pelo tratamento de dados, sobretudo dados pessoais. Em referido capítulo, será fundamental abordar o conceito de *datificação*, porque se trata de processo de tornar os fenômenos da realidade em dados que são possíveis de tratamento. E este método precede às revoluções digitais, havendo exemplos históricos que precisam ser abordados.

Além disso, por se situar o contexto que se pretende descrever na contemporaneidade, em especial pela emergência das novas tecnologias, dar-se-á destaque especial a *Big Data*, inclusive com exemplos de seu uso em benefício da atividade de agentes privados de tratamento. Por último, no primeiro capítulo, buscar-se-á mapear as leis que, desde a década de 1970, buscar dar resposta aos desafios do tratamento de dados pessoais.

O segundo objetivo, que busca compreender o que é o direito à proteção de dados pessoais e correspondente ao segundo capítulo, a pesquisa irá diferenciar o direito de privacidade do direito à proteção de dados, destacando os aspectos de cada qual. Para isto, fará uma releitura documental do artigo “*The Right to Privacy*”, considerado como o marco fundamental do direito da privacidade, para demonstrar que, embora seja este um direito diferente da proteção de dados, suas repercussões, a partir da investigação dos motivos subjacentes à produção do citado artigo, já antecipavam a coletivização do direito de proteção de dados pessoais, sobretudo no que diz respeito aos dados sensíveis, que envolvem dados de raça, etnia e vida sexual.

Feita esta releitura do marco fundador do direito da privacidade, dar-se-á um salto no tempo para abordar o que se pode também considerar como marco fundador da proteção de dados pessoais, que é a decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre a Lei do Censo, de 1983 (BVGERGE 65, I), em que se firmou a existência do direito fundamental à autodeterminação informativa.

A partir daqui, serão passados em revista os fundamentos da decisão do Tribunal Constitucional Alemão e os significados do direito fundamental ali reconhecido, para em seguida abordar esse direito no ordenamento jurídico brasileiro, em especial a figura do *Habeas Data*, a partir das discussões havidas na Constituinte de 1988. Por fim, serão abordados o direito fundamental à proteção de dados e o respectivo direito de personalidade, tendo por enfoque a Lei Geral de Proteção de Dados.

A pesquisa, então, segue para alcançar seu último objetivo específico, o qual visa investigar a dinâmica normativa do legítimo interesse. Neste ponto, será preciso evidenciar as disposições contidas na Lei Geral de Proteção de Dados que sugere a ambivalência normativa entre o legítimo interesse e o direito de proteção de dados. Demonstrado esse ponto, caracterizar-se-á a relação jurídica de tratamento, sua natureza e características, para em seguida abordar as hipóteses taxativas de tratamento de dados pessoais, o que possibilitará compreender as peculiaridades do legítimo interesse. E será exatamente em relação a esta base legal que se concluirá o terceiro capítulo, em que se pretende responder à pergunta que a pesquisa se propôs investigar: a dinâmica normativa do legítimo interesse.

Este itinerário, por óbvio, não pretende esgotar o assunto, mas contribuir com o debate, de modo a enfatizar que a Lei Geral de Proteção de Dados traz elementos normativos que viabilizam o tratamento pelo legítimo interesse sem perder de vista seus objetivos.

1 ERA DOS DADOS

Desde as transformações provocadas pela emergência de uma nova estrutura de tecnologia de informação, oriunda do desenvolvimento de microprocessadores e da internet, a humanidade é progressiva e continuamente moldada pelo uso dessas tecnologias. A cultura, a política, as relações sociais e a economia são cada vez mais mediadas por computadores pessoais, smartphones e demais tecnologias de interconectividade como a IoT (*Internet of Things*), as quais são interligadas em rede produzindo uma massa crescente de dados. Adicionalmente, a IA, ou Inteligência Artificial, que se tornou uma realidade cotidianamente presente, igualmente podendo estar vinculada a processos de coleta de informações das mais diversas.

Estes dados coletados e armazenados são em absoluta maioria compostos por dados pessoais, que, segundo o art. 5º, I, da Lei 13.709, de 18 de agosto de 2018 (a Lei Geral de Proteção de Dados), significa qualquer informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. O uso cotidiano, portanto, destas tecnologias (de processamento de dados) pelas pessoas naturais, em especial as que foram desenvolvidas nos últimos 20 anos (em especial os *smartphones* e da *IoT*), tem gerado e armazenado uma grande quantidade de dados pessoais, estimando-se que, segundo estudo divulgado em 2018 pela *International Data Corporation* (IDC)¹, até o ano de 2025 serão produzidos e armazenados dados em quantitativo correspondente a 175 zettabytes – o equivalente a 10^{21} de bytes.

Esta previsão, no entanto, foi bastante impactada pela superveniência da pandemia do novo coronavírus (Sars-coV-2), que, segundo estudo também do IDC², nos próximos 3 anos, a partir de 2020, serão criados mais dados do que nos últimos 30 anos, e os próximos 5 anos criarão três vezes mais dados do que os últimos cinco anos, também anteriores a 2020.

O certo é que o acúmulo crescente de dados produzidos, armazenados e processados, a bem da verdade, não é um fenômeno do século XXI. Isto advém desde o alvorecer da nova estrutura de tecnologia de informação, quando da revolução digital, que se aprofundava já no

¹ REINSEL, David; GANTZ, John; RYDNING, John. The Digitalization of the World: from the edge to core. IDC White paper. **Seagate**. 2018. Disponível em: <https://www.seagate.com/files/www-content/our-story/trends/files/idc-seagate-dataage-whitepaper.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2021.

² IDC's Global DataSphere Forecast Shows Continued Steady Growth in the Creation and Consumption of Data. **IDC.com**, 2020. Disponível em: <https://www.idc.com/getdoc.jsp?containerId=prUS46286020>. 12 abr. 2021.

limiar do novo século com o surgimento das mencionadas tecnologias móveis. A emergência dessas novas configurações não passou despercebida à política, à economia e ao direito.

A própria ideia de economia movida dados pode ser rastreada em sua origem ao evento de 11 de setembro de 2001, com o ataque terrorista às torres gêmeas, em Nova York. Quem chega a esta conclusão é Véliz³. Segundo defende, referido ataque terrorista descortinou o valor que os dados pessoais poderiam ter para o mercado, a considerar sobretudo uma tendência de considerar a privacidade um valor ultrapassado. E a primeira empresa que se aproveitou desse cenário foi o Google – ou, como afirma a autora, “o principal protagonista da história da transformação da exaustão dos dados em pó de ouro foi o Google”⁴. E essa transformação se deu quando a empresa americana passou a fazer dos usuários de sua plataforma o produto de venda para anunciantes, mediante o *Google’s ads*. Isto é, quando os dados pessoais, que pudessem identificar ou tornar uma pessoa natural identificável (mediante a formação de perfil de hábitos de consumo), passaram a ser a fonte de riqueza de um mercado que cada vez mais crescia sob o beneplácito do Estado.

Certamente. Véliz⁵ aponta, inclusive, que essa maneira intrusiva do Google de tratar os dados pessoais de seus usuários, fazendo deles produto para venda ao mercado de propaganda, era também do interesse político do Estado, porque, quanto mais dados fossem coletados no cotidiano banal do mercado de consumo, mais estariam à disposição para o exercício do poder. Semelhante parecer, defendeu Balkin⁶, quando chamou a atenção para o surgimento do Estado Nacional de Vigilância (“*National Surveillance State*”).

Não se tem dúvida de que as informações pessoais dos indivíduos interessaram ao Estado e às empresas, os quais buscam capturar a vida cotidiana. Sob o ponto de vista político, a vigilância, o saber sobre a densidade populacional, o perfil de grupos e dos indivíduos que os compunha, a qualidade e estilo de vida da população, sempre foi importante para condicionar a tomada de decisão pelo Estado. É o que Foucault⁷ denomina de tecnologia do *biopoder*, na medida em que o Estado passa a adotar procedimentos de controle da *população*, pondo em seu radar questões, por exemplo, em torno da segurança, da natalidade e da morbidade, a

³ VÉLIZ, Carissa. **Privacy is Power**. UK: Transworld, 2020. (E-book, Kindle).

⁴ VÉLIZ, Carissa. **Privacy is Power**. Op. cit., posição 591. Tradução livre do autor da pesquisa.

⁵ VÉLIZ, Carissa. **Privacy is Power**. Op. cit.

⁶ BALKIN, Jack M. The Constitution in the National Surveillance State. **Minnesota Law Review**, vol. 93, n. 1, 2008; **Yale Law School, Public Law Working Paper** n. 168. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1141524> Acesso em: 13 abr. 2021.

⁷ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

traduzir-se como um o poder “em fazer viver e em deixar morrer”⁸. Essa tecnologia, que segundo Foucault surge em fins do século XVIII, pode ser sentida sensivelmente desde o do evento do 11 de setembro, assinalado por Véliz⁹ e Balkin¹⁰, até os dias de hoje, frente exatamente à pandemia do Sars-coV-2. Procedimentos como testagem em massa, rastreamento (dados de geolocalização) entre contatos de risco, medidas de restrição social e *lockdowns*, são demonstrativos dessa tecnologia do poder sobre a população, a atingir o indivíduo massificado¹¹. Por sinal, como criticamente alerta Véliz¹², a mesma erosão da privacidade que ocorreu com a permissividade para a coleta de dados pessoais para fins de segurança nacional, logo após o 11 de setembro, pode acontecer na atualidade com a coleta de dados para fins de política e segurança sanitária, em clara demonstração da vivacidade do exercício do *biopoder*.

Da mesma forma, sob o ponto de vista econômico, as empresas são beneficiadas sob o beneplácito do Estado com a coleta massiva de dados. A dizer de outra maneira, as empresas também se beneficiaram do exercício dessa tecnologia de *biopoder*. Como pontua Cordeiro (et. al.)¹³, esse benefício remonta ao início do capitalismo industrial, no sentido de que o adestramento dos corpos, mediante a lógica de intervir para fazer viver, extraía da população as energias necessárias à produção, mediante a exploração do trabalho. Quanto mais e por mais tempo os indivíduos produzissem, melhor seria para as engrenagens do capitalismo industrial. Atualmente, como se viu, este benefício não mudou, senão o seu perfil, porque o controle dos corpos não é mais para o trabalho, mas para o lucro associado à adequação entre oferta e demanda, na utilização de informações pessoais para composição de produtos e serviços, novos ou aprimorados, que atendessem ao interesse do mercado de consumo.

Acontece que as tecnologias disponíveis, antes do desencadear da revolução digital, não conferiam a Estados e empresas a possibilidade de processamento das informações possíveis de coletar e armazenar, cada vez mais e em maiores quantidades. Muito embora os métodos

⁸ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Op. cit. p. 207.

⁹ VÉLIZ, Carissa. **Privacy is Power**. UK: Transworld, 2020. (E-book, Kindle).

¹⁰ BALKIN, Jack M. The Constitution in the National Surveillance State. *Minnesota Law Review*, vol. 93, n. 1, 2008; *Yale Law School, Public Law Working Paper* n. 168. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1141524> Acesso em: 13 abr. 2021

¹¹ SCHREIBER, Mariana. Coronavírus: uso de dados de geolocalização contra a pandemia põe em risco sua privacidade? In: BBC, 21 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52357879>. Acesso em: 13 abr. 2021.

¹² VÉLIZ, Carissa. **Privacy is Power**. UK: Transworld, 2020. (E-book, Kindle).

¹³ CORDEIRO, Gustavo Henrique de Andrade; ESTEVÃO, Roberto da Freiria; OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges. Direitos do homem e biopoder: a captura da vida pelo soberano. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 1027/2021, maio, 2021.

para o tratamento de dados já estivessem presentes no domínio da técnica humana, até então não se possuía tecnologia que tornasse essas metodologias suficientemente ágeis, de maneira que se obtivesse o maior valor dos dados coletados em menor tempo possível.

As revoluções digitais, portanto, trouxeram o ferramental que os governos e as empresas careciam. E, diante deste novo cenário, o direito não deixou de dar respostas, as quais pretendiam controlar o uso das novas tecnologias de processamento de dados. De fato, não se pretendia impedir que se fizesse o uso de dados pessoais para as mais diversas finalidades. Pretendia-se, antes, dar às pessoas a quem os dados faziam referência o controle sobre o tratamento, isto é, sobre toda e qualquer operação que possibilitasse aos agentes públicos e privados identificá-las, sem comprometer, no entanto, as finalidades legítimas desses agentes.

Seja como for, as novas tecnologias digitais têm papel fundamental na projeção da informação como valor essencial para a sociedade contemporânea. Afinal, este novo paradigma tecnológico, que remonta aos anos de 1970, transformou, como avalia Castells¹⁴, fundamentalmente a base material da sociedade, possibilitando que a *informação* viesse a se tornar produto do próprio processo produtivo. A nova infraestrutura tecnológica advinda da revolução dos microprocessadores, da computação pessoal e da internet, fez da informação valioso fator na produção capitalista, sobretudo por integrar em rede o setor produtivo em escala global¹⁵. A informação se torna produto, porque passa a ser apreendida em toda a sua capacidade de gerar conhecimento, auxiliando na tomada de decisão sobre a realidade.

Faça-se o esforço de compreender esse cenário sob uma perspectiva mais ampla.

No primeiro episódio da série documental *Connected: the hidden Science of everything*¹⁶, o apresentador Latif Nasser, jornalista científico, vai a Newark, Delaware, Estados Unidos da América (EUA), para acompanhar o ornitólogo Christopher Heckscher e a equipe de pesquisa dele no estudo dos tordos americanos. O objetivo era saber para onde esses pássaros migravam durante o inverno do hemisfério norte. Fazendo uso de rastreadores *GPS* (*Global Positioning System*), que eram afixados nos pássaros, os pesquisadores descobriram que o destino de migração era o Brasil, especificamente, a bacia do rio Amazonas, a 6.000 km de distância. Todos os anos, entre os meses de junho e julho, os tordos rumavam para a América

¹⁴ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 20 ed. ver. ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2019.

¹⁵ CASTELLS, Manuel, Op. cit., 2019.

¹⁶ NETFLIX. **Connected: the hidden Science of everything**. EUA, 2020.

do Sul, logo após o período de nidificação. Em algumas temporadas, no entanto, este período era encurtado, o que intrigou a equipe de Heckscher.

Era curioso este comportamento, porque a redução do tempo de nidificação diminuía as chances de sobrevivências dos filhotes. Por isto, cavando mais fundo na inquirição inicial, os pesquisadores compreenderam que essa atitude dos tordos estava correlacionada à temporada de furacões, a qual sempre assolava a região de Newark, Delaware. Esta correlação apontava para um resultado surpreendente: quanto mais cedo as aves migravam para a bacia do Amazonas, encurtando o tempo de nidificação, mais severa seria a temporada de furacões.

Os dados obtidos com a migração dos tordos, ano após ano, foram assim confrontadas com uma base de dados de 20 anos das temporadas de furacões. Esta análise jogou luz na correlação entre um fenômeno e outro, de maneira que, em 2018, Christopher Heckscher resolveu pôr à prova a hipótese.

Embora os centros meteorológicos apontassem uma temporada regular do fenômeno climático, o ornitólogo observou que, naquele ano de 2018, os tordos encurtaram o período de nidificação nas florestas de Newark – migraram mais cedo. A partir disto, Heckscher fez a previsão de que, segundo a correlação obtida com a análise dos dados então tratados por sua equipe, a temporada de furacões de 2018 seria severa. A previsão estava correta, como se constatou nos meses de setembro a novembro daquele ano. Registrou-se, de fato, um recorde de atividades de furacões, inclusive com os furacões Florence¹⁷ e Michael¹⁸, ambos de categoria 4, que causaram enormes estragos nas comunidades por onde passaram, inclusive ceifando vidas.

Todo este processo de Christopher Heckscher – de obter por *GPS* o destino da migração dos tordos americanos e correlacioná-los à massa de dados disponíveis do ciclo sazonal das tempestades – é mais do que a simples observação cruzada de fenômenos meteorológicos e avícolas. Tratou-se, antes, do processo de *datificação* desses fenômenos, conforme denominação dada por Mayer-Schonberger e Cukier¹⁹ ao processo de tornar quantificável um fenômeno da realidade (natural ou social), de modo que seja possível submetê-lo a tratamento,

¹⁷ Furacão Florence: ‘extremamente perigoso’, fenômeno se aproxima dos EUA e deixa país em alerta. **BBC.com**, 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-45482087>. Acesso em: 04 de outubro de 2020.

¹⁸ Furacão Michael: como tempestade 'menosprezada' se tornou a 3ª mais forte a atingir os EUA. **BBC.com**, 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45820913>. Acesso em: 04 de outubro de 2020.

¹⁹ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big Data**: a revolution that will transform how we live, work, and think. New York: First Mariner Books edition, 2014 (edição Kindle).

possibilitando a obtenção de informação útil para finalidades diversas. Neste sentido, o fenômeno de migração dos tordos americanos correlacionado ao fenômeno dos furacões foi datificado por Heckscher. Dessa *datificação*, conseguiu-se extrair, mediante tratamento, a *informação* de importante valor socioambiental, porque os governos locais, que historicamente lutam para conter os efeitos do fenômeno meteorológico, poderiam agora se antecipar e adotar políticas públicas eficientes na redução dos danos.

Este exemplo ilustra o potencial do processo de *datificação*, o qual teve na tecnologia do *GPS* (surgida como tecnologia militar estadunidense nos anos 1970 e popularizada nos fins dos anos 1990, quando se tornou economicamente acessível)²⁰ um instrumento crucial.

Não fosse a tecnologia do *GPS*, utilizada por Christopher Heckscher e sua equipe, na *datificação* do fenômeno de migração dos tordos americanos, não seria possível chegar à correlação com os fenômenos sazonais das tempestades tropicais, e concluir que a redução do tempo de nidificação daqueles pássaros significava uma temporada severa de furacões.

Com a tecnologia apropriada, a *datificação* alcançará melhores resultados, tornará as informações coletadas mais compreensivas e úteis para a ordenação da atividade pertinente. Mas a *geolocalização* por *GPS* no caso dos tordos americanos não seria suficiente para chegar à conclusão principal do estudo, de que a redução do período de nidificação implicava numa temporada mais severa do fenômeno climático.

Esta correlação preditiva foi possível, principalmente, pela capacidade de armazenamento e processamento de dados. Esta capacidade foi proporcionada pela tecnologia da *Big Data*, a qual permitiu a conclusão preditiva de Heckscher sobre aquele ano de 2018. E, como será visto a seguir, a *Big Data* representa uma nova fronteira do processo de *datificação*, a evidenciar a essencialidade do controle dos dados na ordenação da sociedade. Mas a *datificação* não é, por si, uma consequência da *tecnologia de informação*, trata-se de uma prática antiga que foi, no entanto, intensificada pelas novas tecnologias digitais.

1.1 Datificação

Alguns evocam a ideia de uma Terceira Revolução Industrial²¹ que, ao dar início à revolução digital na segunda metade do século XX, otimizou a capacidade de a humanidade estruturar os fenômenos da vida social (da cultura, da política e da economia), em termos de

²⁰ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. Op. cit., 2014.

²¹ SCHAWB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2019 (edição Kindle).

volume, velocidade e profundidade. A prática de *datificar* esses fenômenos – converter os fatos brutos da realidade em dado, permitindo seu tratamento – adquiriu, por força dessa nova infraestrutura tecnológica, uma escala e precisão jamais imaginadas. Com a crescente digitalização da sociedade, realmente, a *datificação* tomou um novo rumo e deixou evidente que a *informação* era o elemento básico das atividades humanas (da cultura, da política e da economia). Não é por outro motivo que esta revolução deu ensejo a outra caracterização, a da sociedade impactada pela revolução digital como a *Sociedade de Informação*²². Como afirma Vieira²³, a expressão foi dita, pela primeira vez, em 1993 por Jacques Delors, então presidente da Comissão Europeia, durante reuniões do Conselho da Europa em Copenhague. A ideia estava associada ao “crescente uso da tecnologia de informação no intuito de reforçar a economia, melhorar a prestação de serviços públicos e incrementar a qualidade de vida dos cidadãos”²⁴. O locus político é inconfundível e não necessariamente é guia desta pesquisa.

O passo decisivo, no entanto, que aprofunda as mudanças havidas com a digitalização da sociedade, foi dado pelo que Schwab²⁵ intitula de Quarta Revolução Industrial, ou a Indústria 4.0. Conforme o autor a delinea, referida revolução é “caracterizada por uma internet mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais poderosos que se tornaram mais baratos e pela inteligência artificial e aprendizagem automática”²⁶ – *machine learning*. Este movimento vem causando a ruptura da própria base sobre a qual a Quarta Revolução Industrial se assenta, que é a infraestrutura tecnológica digital da revolução digital da segunda metade do século XX²⁷. Por isto, chama-se a atenção para a ideia de *segunda era das máquinas*²⁸, em que a automação por algoritmos, a inteligência artificial e o *machine learning* tendem a se tornar a nova fronteira daquela infraestrutura iniciada na segunda metade do século XX.

²² BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 1ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

²³ VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007.

²⁴ VIEIRA, Tatiana Malta. Op. cit., 2007, p. 176.

²⁵ SCHAWB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2019. (Edição Kindle).

²⁶ SCHAWB, Klaus. Op. cit., 2019, p. 17.

²⁷ SCHAWB, Klaus. Op. cit., 2019.

²⁸ SCHAWB, Klaus. Op. cit., 2019.

Tão transformadoras são essas novas tecnologias de automação que sua emergência pode ser notada no mercado de trabalho. Conforme delineia Susskind²⁹, após a Revolução Pragmática nos estudos sobre IA, em que se partiu a construí-la sem querer emular o *modus operandi* do pensamento humano (caminho trilhado pelo que o autor chamou de *puristas*, entre os anos 1950 e 1970), a automação foi avançado cada vez mais sobre os postos de trabalho, em especial aqueles que antes eram tidos como impossíveis de serem exercidos por computadores, mas, a partir de então, passaram a ser ocupados pela IA, o que ilustra a radical transformação que essas novas tecnologias implicam à sociedade.

Certamente, mediante a impulsão dada por esta infraestrutura de contínua ruptura das novas tecnologias, a informação assume o *status* definitivo de “principal ativo da sociedade de informação, ou seja, sua principal riqueza, sendo indispensável ao desempenho de qualquer atividade”³⁰. Assim como a terra, a máquina a vapor e a eletricidade, a informação passa a desempenhar o papel de elemento estruturante da sociedade da revolução digital³¹, porque ela se torna fundamental na organização social. A comparação não é gratuita. Em perspectiva das sociedades agrícola e industrial, da primeira e da segunda Revolução Industrial (a primeira, entre 1760 e 1840, e segunda, entre os fins do século XIX e início do século XX)³², a terra, a máquina a vapor e a eletricidade são exatamente o ativo indispensável da sociedade, pois toda a atividade humana desenvolvida no respectivo período condicionada foi pelo elemento estruturante correspondente.

A *terra*³³ estruturou todo um período histórico, quando o ser humano, que passou a ter o domínio sobre a natureza, tomou controle das condições materiais para produção consistente e organizada de alimentos, com apoio, sobretudo da tecnologia de tração animal. Este controle sobre a natureza deu ensejo ao aumento populacional, criou ambiente propício para uma organização política mais complexa dos agrupamentos humanos, e deu partida ao surgimento

²⁹ SUSSKIND, Daniel. **A world without work: technology, automation, and how we should respond**. New York, NY: Henry Holt & Company, 2020. (Edição Kindle).

³⁰ VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007. p. 177.

³¹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 1ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

³² SCHAWB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2019 (edição Kindle).

³³ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 1ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

de impérios, conforme ressaltado por Harari³⁴. Como também destaca Schawb³⁵, com o domínio sobre a natureza, “a produção de alimentos melhorou, estimulando o crescimento da população e possibilitando assentamentos humanos cada vez maiores. Isso acabou levando à urbanização e ao surgimento das cidades”.

A máquina a vapor e a eletricidade, por sua vez, foram elementos indispensáveis da sociedade da primeira e da segunda revolução industrial³⁶. Os dois ativos influenciaram na organização política e social, transformaram profundamente a organização do trabalho, com a criação do proletariado urbano-industrial em oposição aos artesãos e ao campesinato. Além disso, foram revoluções que tiveram também relevância nos espaços sociais, com o adensamento populacional urbano e o esvaziamento do meio rural³⁷. Não seria diferente com a informação, que também transforma cada vez mais a base material da sociedade, em especial a partir do novo paradigma tecnológico que se desenvolveu com a revolução digital desde os anos 1970. Mas, diferentemente daqueles elementos (a dizer, da terra, da máquina a vapor e da eletricidade), a *informação* se integrou a cada um deles, modificando a dinâmica de cada qual.

Isto quer dizer que, ao contrário da transição histórica entre a sociedade agrícola e a industrial, com suas rupturas e segregação entre um elemento estruturante e outro, a informação se integrou à agricultura e ao industrialismo como um fator direto da produção. Não se criou oposições. A informação se tornou, com efeito, parte integrante do processo produtivo da atividade agrícola e da produção industrial, por isto ela se torna um elemento estruturante diferente, porque intrínseco ao poder de criação do ser humano, haja vista nossa capacidade única de processar símbolos.

Como bem sintetizou Castells³⁸, desde o momento em que a informação tomou o espaço de elemento fundamental do *modus operandi* dos fatores produtivos, ela implicou uma transição sem paralelos. Enquanto a passagem de uma economia baseada na agropecuária para uma industrial, e desta para de serviços, não gerou uma integração entre os respectivos elementos estruturantes, a informação teve esse efeito, porque passou a se infiltrar nos processos produtivos de cada um desses elementos estruturantes – ou seja, a informação está presente

³⁴ HARARI, Yuval Noah. **Sapiens** – uma breve história da humanidade. 15ª ed., Porto Alegre: L&PM, 2016.

³⁵ SCHAWB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2019 (edição Kindle), p. 16.

³⁶ SCHAWB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2019 (edição Kindle).

³⁷ HOBBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções**. 25 ed. rev. 4 imp. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2012.

³⁸ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 20 ed. ver. ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2019, p. 155.

como elemento e força produtiva direta da agropecuária, da indústria e dos serviços. Uma boa ilustração dessa afirmação está na tecnologia do 5G, que pretende revolucionar o acesso à internet. Fala-se hoje que essa tecnologia pode dar ensejo a uma transformação social ainda mais profunda, a partir de sua migração do mercado de consumo para a indústria ou o chão da fábrica. E quem pode está a frente disso é a China³⁹.

A importância da informação, ressalte-se, embora tenha sido evidenciada pelo novo paradigma tecnológico que deram ensejo à revolução digital, é fruto sobretudo do aprofundamento do processo de *datificação*, que precede à revolução havida na segunda metade do século XX. É o que ilustra Harari, quando menciona o primitivo *sistema de escrita* dos sumérios⁴⁰, que fora criado como meio de auxiliar o armazenamento de informação sobre a produção e estocagem de alimentos. Também, é possível mencionar o exemplo de Mayer-Schönberger e Cukier⁴¹, os quais referenciam o *sistema de navegação* criado por Matthew Fontaine Maury, em meados do século XIX, cuja catalogação de dados de diários de bordo da marinha estadunidense facilitou a navegação mercantil. Estes dois exemplos, distantes no tempo, mas próximos quanto à relação com a informação, são ilustrativos do quanto este elemento parece ter sido essencial na ordenação da sociedade. E tal se deve à prática da *datificação*, conforme especifica ainda Mayer-Schönberger e Cukier⁴².

1.1.1 O ponto de virada histórica da datificação

Como destacam Mayer-Schoeberger e Cukier⁴³, a *datificação* é um processo de tornar possível a coleta de dados para registro, análise e reorganização da informação obtida de fenômenos da realidade, de fatos brutos observados da natureza ou da vida social. A humanidade, com efeito, já se utilizava da prática de registrar e analisar, e tirar proveito do que fora assim quantificado – muito antes da era digital (*i.e.* da revolução digital). Tanto que referidos autores defendem atrair a atenção mais para a informação do que para a tecnologia

³⁹ PRAZERES, Tatiana. Made in China na era do 5G. In: **Folha de São Paulo**, edição de 04 mar. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/tatiana-prazerres/2021/03/made-in-china-na-era-do-5g.shtml?origin=folha>. Acesso em: 12 abr. 2021.

⁴⁰ HARARI, Yuval Noah. **Sapiens** – uma breve história da humanidade. 15ª ed., Porto Alegre: L&PM, 2016.

⁴¹ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big Data**: a revolution that will transform how we live, work, and think. New York: First Mariner Books edition, 2014 (edição Kindle).

⁴² MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big Data**: a revolution that will transform how we live, work, and think. Op. cit.

⁴³ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. Op. cit., 2014.

na expressão *Tecnologia de Informação*⁴⁴, porque é a informação que moldará a base material da sociedade.

Segue semelhante parecer *Harari*⁴⁵, ao falar de *dataísmo*. Segundo o autor, trata-se quase de um credo religioso, no sentido de somente atribuir valor às coisas naquilo que elas puderem contribuir ao processamento de dados. Quanto mais enriquecedor forem para o fluxo informacional, maior seu valor. A propósito, tome-se como exemplo as figuras de *influenciadores digitais* de redes sociais. Seu valor será diretamente proporcional à quantidade de seguidores que conseguir agregar ao processamento de dados do respectivo perfil. E isto alimenta a crença de que o que importa na contemporaneidade são os dados.

Isto é tão impactante que o valor de uma empresa não está mais no que ela produz ou vende, no *capital* que ela detém, mas no quanto de dados ela possui. Segundo Mayer-Schönberger e Ramge⁴⁶, no século XXI não se dá mais ao capital a reputação de ser fonte primária dos mercados, mas dá-se isso aos dados. São as empresas ricas em dados que agregam mais valor ao mercado, que chamam mais atenção de investidores. De maneira que o *capital* deixa de desempenhar o protagonismo que sempre teve no capitalismo moderno, para dar espaço aos dados, os quais são contínua e massivamente processados e se tornam – ecoando a asserção de Castells – elemento direto da produção e da prestação de serviços. Basta ver a ascensão ininterrupta – a contrariar todos os prognósticos – do *bitcoin*, cujo valor não está no lastro de *capital* que representa, mas na informação que veicula mediante uma plataforma sem intermediários – a *blockchain*⁴⁷.

De toda sorte, dentro de uma perspectiva histórica da *datificação*, um dos exemplos destacados por Mayer-Schoeberger e Cukier⁴⁸, relativamente, é a metodologia de contabilidade de partidas dobradas, que, ao longo do século XV, segundo os autores, marcou os rumos da *datificação* para a modernidade. A adoção dos numerais arábicos no século XII pela Europa possibilitou que a Matemática avançasse significativamente. A partir de então, a informação passou a ter novo significado, pois se tornou quantificável e analisável, não

⁴⁴ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth, Op. cit., 2014.

⁴⁵ HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus** – uma breve história do futuro. 1. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

⁴⁶ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; RAMGE, Thomas. **Reinventing capitalism in the age of big data**. New York: Basic Books, 2018. (edição kindle).

⁴⁷ WRIGHT, A.; DE FILIPPI, P. Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia. **SSRN.com**, 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664. Acesso em: 12 abr. 2021.

⁴⁸ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. Op. cit., 2014

apenas registrável e recuperável. O passo decisivo, contudo, deu-se com a metodologia de contabilidade de partidas dobradas. Esta técnica foi desenvolvida pelo Frade Franciscano Luca Pacioli, e se tornou prática comum entre os negociantes de Florença, como fruto da exigência fiscal do governo local⁴⁹.

Os Médici, no entanto, sob a gestão dos negócios bancários da família por Cosimo de' Médici, a partir da década de 1420, deram o salto para tornar a metodologia criada pelo frade franciscano mais eficaz e eficiente, a servir aos interesses da empresa, e não aos do poder fiscal do governo local. Esta eficiência foi alcançada exatamente pela *datificação* das atividades contábeis dos negócios bancários, que permitiu a Cosimo tomar decisões que lhe auxiliaram na condução de sua atividade econômica.

Embora Giovanni di Bicci de' Médici tenha dado início à reestruturação do empreendimento familiar, com o conhecido *libro segreto*, ou livro secreto (em que se registravam as rendas e lucros, acordo e contratos celebrados)⁵⁰, foi seu filho Cosimo de' Médici (que atendeu às últimas palavras de seu pai de “manter seus padrões de sagacidade financeira”) ⁵¹ quem deu o salto fundamental para eficiência empresarial no uso da metodologia sob a lógica da *datificação*⁵².

Mayer-Schönberger e Ramge⁵³ explicam as estratégias de Cosimo com a *dataficação* propiciada pela metodologia de contabilidade de partidas dobradas. Para estes autores, o sucesso da empreitada do florentino, conhecido como “o Velho” (em diferenciação a Cosimo de' Médici, “o Novo”, que foi nomeado grão-duque da Toscana mais de uma século depois, em 1569⁵⁴), residiu no controle do fluxo de informação que tinha de cada uma das filiais abertas pela Europa, “atualizando-os diariamente e equilibrando-os com frequência”⁵⁵.

Cosimo tornou a contabilidade de sua empresa, datificada pela metodologia de contabilidade de contas partidas, numa poderosa ferramenta de supervisão e previsão, como

⁴⁹ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. Op. cit., 2014.

⁵⁰ FERGUSON, Nial. **A ascensão do dinheiro: a história financeira do mundo**. 1º ed. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2009.

⁵¹ Op. cit., 2009, p. 47.

⁵² MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big Data: a revolution that will transform how we live, work, and think**. New York: First Mariner Books edition, 2014 (edição Kindle).

⁵³ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; RAMGE, Thomas. **Reinventing capitalism in the age of big data**. New York: Basic Books, 2018.

⁵⁴ FERGUSON, Nial. **A ascensão do dinheiro: a história financeira do mundo**. 1º ed. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2009.

⁵⁵ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; RAMGE, Thomas. **Reinventing capitalism in the age of big data**. New York: Basic Books, 2018, posição 1158-1168.

parte integrante da própria lógica da atividade. As informações contábeis coletadas e analisadas minuciosamente, após datificadas, permitiram a reorganização dos negócios e tomada de decisão mais segura sobre as transações bancárias a serem realizadas.

O processo de datificação deu aos Médici, portanto, uma vantagem competitiva considerável, em especial para um ramo de atividade mercantil que, à época, sempre esteve sujeita a inadimplementos arbitrários (parte substancial dos tomadores de empréstimo era da nobreza, que não tinha muito escrúpulo em pagar suas dívidas) e sofria, em razão disso, com a incapacidade de manter um negócio com sustentabilidade⁵⁶.

A metodologia de contabilidade de partidas dobradas permitiu que o fluxo dos negócios dos Médici fosse melhor e mais eficientemente *datificado*, conferindo maior controle na gestão da empresa. Coletando e registrando os fatos brutos de rendas e lucros, da quantidade de contratos celebrados, prejuízos em razão da inadimplência, com tabulação e análise, Cosimo pode *innovar* em seus negócios e consolidar a posição de poder de sua família na Florença dos séculos porvir.

Esta circunstância revela a importância da relação entre técnica e tecnologia com o processo de *datificação*. O domínio de uma ferramenta tecnológica no processo de transformar os fenômenos da realidade em dados tabulados e analisáveis, para fins de tratamento, é primordial para conferir valor à informação coletada e armazenada.

1.2 Big Data: a nova fronteira da datificação

Embora a *datificação* preceda às revoluções digitais, e sua importância seja sentida ao longo do tempo, a nova infraestrutura da tecnologia de informação levou este processo a uma escala inimaginável. Se ao tempo de Cosimo de' Médici registrar, tabular e analisar as informações dos negócios realizados trouxeram vantagem competitiva, ainda assim o alcance desses resultados estava limitado pela escassez de informações disponíveis, ou, quando estas eram abundantes, os resultados eram limitados também pela pouca capacidade de armazenamento.

⁵⁶ FERGUSON, Nial. **A ascensão do dinheiro: a história financeira do mundo**. 1º ed. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2009.

Este cenário mudou com a digitalização operada pela Terceira Revolução Industrial. Segundo estudo feito por Hilbert⁵⁷, entre os anos de 1986 e 2007, houve um incremento substancial do armazenamento e processamento de informação por meios digitais. Da modesta quantidade de 2.6 *exabytes* compactados de forma otimizada, em 1986, este número saltou para 295 *exabytes*, em 2007.

Este incremento foi geométrico. Tomando intervalos de 07 anos para cada medição, o pesquisador da Universidade da Carolina do Sul identificou que, em 1993, a soma de informação comprimida em *bits* já atingira 15.8 *exabytes*, mais de cinco vezes a quantidade armazenada em 1986. Na medição seguinte, no ano de 2000, este número salta para 54.5 e chega, em 2007, ao significativo volume de 295 *exabytes*.

Embora a pesquisa tenha se limitado até o ano de 2007, sua quantificação mostra a crescente capacidade de armazenamento de informação que a humanidade alcançou desde o início da Terceira Revolução Industrial.

O uso de plataformas desta nova infraestrutura das tecnologias digitais, a exemplo do *compact disk* (CD), dos pen-drives e dos computadores pessoais, teve papel significativo nesta massificação no acúmulo de informação. Esta *digitalização*⁵⁸ traduziu-se em uma guinada estrutural na gestão informacional.

Com a conversão dos meios atômicos de acumulação, armazenamento e transmissão, mediante suportes físicos (predominantemente papel), à menor unidade de informação, o *bit* (no código binário de 0 e 1)⁵⁹, ganhou-se em quantidade e qualidade. Em quantidade, porque se abriu um espaço infinito para a capacidade de armazenamento, ao passo que, em termos de qualidade, aprimorou-se efetivamente a ordenação da informação.

Conforme esclarece Bioni, “a revolução binária não somente comprimiu tangivelmente o armazenamento de informação, mas igualmente permitiu a ela um acesso mais facilitado. Houve, portanto, um progresso qualitativo e quantitativo do processamento informacional”⁶⁰.

⁵⁷ HILBERT, Martin. **Mapping out the transition toward information societies**: social nature, growth, and policies. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação da Universidade da Carolina do Sul como requisito parcial à titulação de Doutor em Filosofia (comunicação). 2012. Disponível em: <http://digitallibrary.usc.edu/cdm/ref/collection/p15799coll3/id/122978>. Acesso em: 03 out. 2020.

⁵⁸ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big Data**: a revolution that will transform how we live, work, and think. New York: First Mariner Books edition, 2014 (edição Kindle).

⁵⁹ Bit. **Wikipedia**, 2009. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Bit>. Acesso em: 10 out. 2020.

⁶⁰ BIONI, Bruno Ricardo. Op. cit., 2019, p. 8.

Este primeiro momento do processo de digitalização da informação, que marca o período da Terceira Revolução Industrial, deu mostras de que a sociedade estava cada vez mais produzindo e armazenando informação numa curva ascendente. Mas foi com o surgimento dos *smartphones* (a primeira geração do iPhone foi lançada exatamente no ano de 2007⁶¹) e de tecnologias móveis de acesso à internet, assim com a *IoT*, que esta figura mudou extraordinariamente.

1.2.1 Powerhouse cotidiana de dados

A Quarta Revolução Industrial, com sua internet mais ubíqua e móvel, deu a esta capacidade de produção e armazenamento de informação um impulso vertiginoso. Isto é sentido sobretudo nos dias atuais, menos de 15 anos passados do lançamento da primeira geração do iPhone. De fato, segundo estimativa da *International Data Corporation (IDC)*⁶², só o ano de 2020 será responsável pela criação de mais de 59 zettabytes, o equivalente a 59 sextilhão de bytes⁶³. Ou seja, o ano de 2020 produzirá e armazenará mais dados do que os 20 anos (de 1986 a 2007) estudados por Hilbert.

E mais: segundo ainda estima o IDC, nos próximos 03 anos, a quantidade de informação produzida será superior ao total criado ao longo dos últimos 30 anos, conforme anteriormente já mencionado.

Está certo que esta aceleração teve grande contribuição da pandemia do Sars-coV-2, em razão da imposição dos governos de medidas de distanciamento e isolamento social, o que fez boa parte da humanidade fazer uso das tecnologias de informação em larga escala, sobretudo para trabalhar na modalidade de teletrabalho ou *home office*⁶⁴. Mas isto é um sinal claro de

⁶¹ CRUZ, Bruna Souza; RIBEIRO, Gabriel Francisco. Evolução dos iPhones: Da tela sensível ao toque, ao impulsionamento do mercado de apps até o reconhecimento facial. **UOL Tecnologia**, 2018. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tecnologia/especiais/a-evolucao-do-iphone.htm#tematico-2>. Acesso em: 13 out. 2020.

⁶² IDC's Global DataSphere Forecast Shows Continued Steady Growth in the Creation and Consumption of Data. **IDC.com**, 2020. Disponível em: <https://www.idc.com/getdoc.jsp?containerId=prUS46286020>. 12 abr. 2020.

⁶³ BYTE. Wikipedia, 2021. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Byte#Multiple-byte_units. Acesso em: 16 abr. 2021.

⁶⁴ PHELIPE, André; MEDEIROS, Israel. Covid-19 muda a rotina do mercado de trabalho com o home office. **Correio Braziliense**, 2020. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/03/21/internas_economia,835717/covid-19-muda-a-rotina-do-mercado-de-trabalho-com-o-home-office.shtml. Acesso em: 10 out. 2020. Ver também: LEMOS, Ronaldo. **O que o distanciamento social nos ensinou sobre o home office?** *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-o-distanciamento-social-nos-ensinou-sobre-o-home-office-19062020>. Acesso em: 10 out. 2020.

que a digitalização da sociedade é um caminho sem volta e que a informação, produzida em massa diariamente, está no epicentro das atividades humanas.

Por trás desta impressionante figura está o uso de *smartphones* e demais utilitários de tecnologias de conectividade – o IoT⁶⁵. Todos os dias, realmente, a humanidade produz informação em grandes e crescentes quantidades. O uso dos *smartphones*, em especial, que Han chamou de “objeto de devoção digital por excelência”⁶⁶, permite que as pessoas fiquem conectadas 24 horas por dia, fazendo de seus hábitos diários um imenso *powerhouse* de dados (*i.e.*, uma *casa de força* responsável pela produção de grande quantidade de dados).

Para o caso brasileiro, no ano de 2020, como ilustra pesquisa recente do Centro Regional para o Desenvolvimento de Estudos sobre a Sociedade da Informação (Cetic.br), vinculado ao Comitê Gestor da Internet no Brasil, foram 134 milhões de pessoas conectadas à internet, primordialmente mediante o uso de do *smartphone*⁶⁷.

Toda esta conectividade está em grande parte concentrada em redes sociais, como o Facebook. Conforme estudo feito pela Statista⁶⁸, esta plataforma conta com mais de 2.7 bilhões de usuários ativos mensais em todo o mundo, o que a faz ser a maior rede social em atividade. No Brasil, segundo a mesma pesquisa, o número de usuários ativos se aproxima de 130 milhões⁶⁹, praticamente o número de pessoas com acesso à internet, segundo pesquisa da Cetic.br. Isto sem contar com a quantidade de usuários ativos do *Whatsapp*, com mais de 2 bilhões de pessoas, gerando diariamente dados variados⁷⁰. No Brasil, o número de usuários

⁶⁵ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big Data**: a revolution that will transform how we live, work, and think. New York: First Mariner Books edition, 2014 (edição Kindle).

⁶⁶ HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica**: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder. Belo Horizonte: Âyiné, 2018, p. 24.

⁶⁷ Comitê Gestor da Internet no Brasil. Painel Tic Covid-19: pesquisa sobre o uso de internet no Brasil durante a Pandemia do novo coronavírus. **CETIC.BR**, 2020. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20200817133735/painel_tic_covid19_1edicao_livro%20eitr%C3%B4nico.pdf Acesso: 13 out. 2020.

⁶⁸ Number of monthly active Facebook users worldwide as of 4th quarter 2020. **STATISTA.com**, 2020. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/264810/number-of-monthly-active-facebook-users-worldwide/>. Acesso em: 08 out. 2020.

⁶⁹ Leading countries based on Facebook audience size as of January 2021. **STATISTA.com**, 2021. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/268136/top-15-countries-based-on-number-of-facebook-users/> Acesso em: 13 abr. 2021.

⁷⁰ Most popular global mobile messenger apps as of January 2021, based on number of monthly active users. **STATISTA.com**, 2021. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/258749/most-popular-global-mobile-messenger-apps/>. Acesso em: 16 abr. 2021.

ativos do aplicativo de mensagem corresponde a 93% dos smartphones, o que representaria também, basicamente, o número de pessoas conectadas⁷¹.

Não se pode deixar de lado, a par dos *smartphones*, os utilitários ligados à internet, interconectados, que se alimentam reciprocamente de dados pessoais produzidos cotidianamente pelas pessoas – a IoT. Segundo define Guimarães⁷², essa tecnologia representa um “conjunto de novos serviços e dispositivos que reúnem ao menos três características complementares: (i) conectividade; (ii) uso de sensores e atuadores; e (iii) capacidade computacional e processamento e armazenamento de dados”⁷³. E tal a magnitude na produção de dados da IoT, que, estima-se, somente os dispositivos (correspondente a 41,6 bilhões) vinculados a essa tecnologia podem gerar até 2025 o equivalente a 79,4 zettabytes de dados⁷⁴.

A massa de informação, portanto, que se produz diariamente na vida cotidiana, ao redor do mundo, não deixa de ser responsável pela grande quantidade indicada no estudo do IDC. E estes dados são, principalmente, dados pessoais, conforme definição do art. 5º, I, da Lei 13.709, de 18 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados⁷⁵.

1.2.2 Dados pessoais, bios midiático e o smartphone

A associação do uso dos *smartphones* ao que é devocional, feita pelo filósofo sul-coreano Byung-Chul Han, não é exagero. A tecnologia móvel torna ubíqua a conectividade à internet das pessoas, como se fizesse parte da própria experiência sensível do ser humano. Como defende o autor⁷⁶, o *smartphone* é um item de subjetivação, de autodominação. É um dispositivo que serve de autocontrole individual e de espelho de Narciso.

O *smartphone* é um objeto que se impõe nas mãos de seu possuidor como um confessionalário, um diário oblíquo. Não é difícil imaginar a prevalência do aparelho no

⁷¹ Frequency of WhatsApp usage among smartphone owners in Brazil in 2020 and 2021. **STATISTA.com**, 2021. Acesso em: <https://www.statista.com/statistics/1076956/brazil-frequency-whatsapp-usage/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

⁷² GUIMARÃES, Marcelo César. Repercussões concorrenciais da internet das coisas. In: FRANZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.) **Empresa, mercado e tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 309-334

⁷³ GUIMARÃES, Marcelo César. Repercussões concorrenciais da internet das coisas. In: FRANZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.) **Empresa, mercado e tecnologia** Op. cit. p. 311.

⁷⁴ 41.6 billion IoT devices will be generating 79.4 zettabytes of data in 2025. In: Help Net Security. Disponível em <https://www.helpnetsecurity.com/2019/06/21/connected-iot-devices-forecast/>. Acesso em: 12 abr. 2021.

⁷⁵ LGPD, Art. 5º. Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; [...]

⁷⁶ HAN, Byung-Chul. Op. cit., 2018.

cotidiano das gentes. Onde se volta o olhar, alguém estará curvado ao *smartphone* em gesto de pura devoção, como um narciso a se olhar no espelho laminado das águas plácidas da mitologia, encantado e submetido ao próprio reflexo⁷⁷.

Muito disso decorre do que Abreu⁷⁸ chama de *bios midiático* (um quarto *bios*, a par dos três *bios* aristotélicas do conhecimento, do prazer e da política), que é fruto da transformação das relações sociais havida com os novos mecanismos tecnológicos de comunicação (em especial os *smartphones*).

Esta *bios*, do ponto de vista do indivíduo, toma a forma de acentuada publicização da vida privada, cujo meio por excelência são as redes sociais. Cria-se, assim, um canal pelo qual o indivíduo sente uma extrema necessidade de expor seus dados pessoais, como o próprio corpo, as próprias ideias, todo o fluxo informativo de seu cotidiano, com o consequente abandono do direito à privacidade⁷⁹. É a redução do ser a dados, como bem articulado por Lugati⁸⁰ a propósito das decisões automatizadas (por IA) em procedimento de *credit scoring*.

As *selfies* ilustram esta dinâmica da *bios* midiático, contribuindo para a subjetivação observada por Han. Segundo Abreu⁸¹, as *selfies* permitem que o indivíduo esteja sempre a postos a tirar um autorretrato com seu *smartphone*, fazer o *upload* da foto em seu perfil nas redes sociais e, então, compartilhar com os demais indivíduos de sua rede de amigos. É um processo viciante, segundo a autora⁸², conclusão que encontra eco em recente documentário da Netflix, *The Social Dilemma*⁸³, em que se ressalta a figura do indivíduo como usuário das redes sociais tal qual os usuários de drogas ilícitas.

A propósito, Harari⁸⁴ adota semelhante raciocínio, quando sinaliza a mudança de comportamento do ser humano diante da realidade desde o momento em se integrou à tecnologia dos smartphones. Já não é mais importante fazer uma viagem e experimentar a

⁷⁷ BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia**: história de deuses e heróis. 19 ed. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações, 2001.

⁷⁸ ABREU, Giovanna Oliveira Lima de. **A soberania dos dados versus a autonomia do usuário**: Big Data, Internet das Coisas e as estratégias afirmativas do anonimato. 2015. 120 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2015.

⁷⁹ ABREU, Giovanna Oliveira Lima de. Op. cit., 2015.

⁸⁰ LUGATI, Lys Nunes. O uso da inteligência artificial e a redução do “ser” ao “data”. In: **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, vol. 9/2020, Out – Dez, 2020

⁸¹ ABREU, Giovanna Oliveira Lima de. Op. cit., 2015.

⁸² ABREU, Giovanna Oliveira Lima de. Op. cit., 2015.

⁸³ NETFLIX. **The Social Dilemma**. EUA, 2020.

⁸⁴ HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus** – uma breve história do futuro. 1. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

sensação de tê-la feito; ou ir a um show e ver a banda preferida tocar. O mais importante é tirar uma *selfie* com o smartphone, de costas para o evento, postar e esperar uma “curtida” na rede social. E isto está de tal sorte inserida na percepção de mundo do indivíduo, que não se trata este comportamento de mero modismo; trata-se antes uma questão de sobrevivência.

Com o apoio de *smartphones* e com o barateamento da tecnologia computacional, portanto, tem-se uma produção inesgotável de dados, com a total captura do comportamento humano. As redes sociais são abundantes em dados e metadados (dados sobre dados). Além da subjetivação viciante, como acima se destacou, estas plataformas, cujo propósito é aproximar pessoas e facilitar o acesso a bens de utilidade diversas, geram informação constante de seus usuários, capturando a face intangível do cotidiano.

É um prato cheio para o desenvolvimento e oferta de novos produtos e serviços no microcosmo dos gestos e dos gostos – “feito para você, por você e de você”. Esta profusão de dados pessoais produzidos diariamente e disponíveis pelo uso de *smartphones* e plataformas das redes sociais deu origem ao que Shoshana Zuboff⁸⁵ chamou de *Capitalismo de Vigilância*, porque a lógica do mercado é sempre acumular aquilo que para ele tenha valor, como é o caso dos dados pessoais dos usuários de *smartphones* e demais tecnologias conectadas à internet.

A figura do *prosumer*, como destacado por Bioni⁸⁶, é clarificador deste movimento. O consumidor em rede (seja por *smartphones*, seja por computador pessoal), a partir das informações por ele produzidas diariamente, oferta às plataformas dados pessoais de suas preferências de consumo, o que lhe é retornado com a oferta de novos e personalizados produtos, os quais são destinados justamente a atender o que aquele expôs em suas buscas e no perfil de sua rede.

A abundância de dados pessoais, assim promovida pelo uso cotidiano de dispositivos eletrônicos pelos indivíduos – sobretudo por *smartphones*, seja para o trabalho, seja para atividades recreativas, com grande contribuição das redes sociais, – gera a necessidade da utilização de tecnologia com capacidade equivalente, também de grande escala, para que o processo de *datificação* extraia o máximo valor. E esta tecnologia é a *Big Data*.

⁸⁵ ZUBOFF, Shoshana. Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. *Journal of Information Technology*, vol. 30, p. 75-89, 2015.

⁸⁶ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 1ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

1.2.3 Datificação pela Big Data

As informações coletadas no cotidiano das redes são insumos que precisam ser quantificados, tabulados e analisados, para que seu tratamento seja o mais proveitoso o possível, em termos de atribuição de valor ao fluxo informacional correspondente. E aqui entra em cena a noção de *Big Data*, que, na atualidade, segundo Bioni, é a “tecnologia de maior destaque para a estruturação e mineração de uma base de dados”⁸⁷.

A massiva produção de dados pessoais na sociedade da Quarta Revolução industrial encontra na *Big Data* uma ferramenta que pode ser comparada (com as devidas diferenças) à metodologia de contabilidade de partidas dobradas, utilizada por Cosimo de’ Médici no século XV. Com efeito, a *Big data* é uma tecnologia que aprimora substancialmente o processo de *datificação*, porque, segundo destaca Bioni⁸⁸, “permite que um volume descomunal de dados seja estruturado e analisado para uma gama indeterminada de finalidades”.

Mais do que isto: o uso de Big Data promove, assim como a contabilidade de partidas dobradas, eficiência na gestão empresarial, com uma melhor tomada de decisões. Cavanillas (et. al.)⁸⁹, ao discorrer sobre a importância da *Big Data* em economia movida a dados no contexto da União Europeia, dá o realce do valor que esta tecnologia pode conferir ao mundo corporativo, em especial ao setor industrial:

Big Data é o novo campo em que as tecnologias inovadoras oferecem novos meios de extrair valor do tsunami de novas informações. A habilidade de gerir efetivamente informação e extrair conhecimento é visto atualmente como uma vantagem competitiva essencial. Muitas empresas estão fazendo dessa habilidade de coletar e analisar informação, de maneira a ter insights e extrair conhecimento do mercado, o ponto nevrálgico de seus negócios. A adoção da tecnologia de Big Data pelo setor industrial não é um luxo, mas uma necessidade imperativa para a sobrevivência de muitas empresas e para o ganho de vantagem competitiva.⁹⁰

Para o domínio desta densa floresta de dados diariamente produzidos, a utilização da tecnologia da *Big Data* é, de fato, um imperativo para as empresas. Conforme acentuam

⁸⁷ BIONI, Bruno Ricardo. Op. cit., 2019, p. 36.

⁸⁸ BIONI, Bruno Ricardo. Op. cit., 2019, p. 39.

⁸⁹ CAVANILLAS, José Maria; CURRY, Edward; WAHLSTER, Wolfgang. The Big Data value opportunity. In: CAVANILLAS, José Maria; CURRY, Edward; WAHLSTER, Wolfgang. (Coord.). New Horizons for a Data-Driven Economy. 1. Ed. UE: Springer Open, 2016 (edição Kindle).

⁹⁰ CAVANILLAS, José Maria; CURRY, Edward; WAHLSTER, Wolfgang. Op. cit., 2016, p. 23 (edição Kindle).

McAfee e Brynjolfsson⁹¹, além da vantagem competitiva na oferta de produtos e serviços, a adoção de Big Data importa numa revolução de gestão empresarial.

Para demonstrar esta constatação, McAfee e Brynjolfsson fizeram a análise de caso de duas empresas, a PASSUR Aerospace e Sears Holding⁹². Esta análise permitiu ver que, nos dois casos, o uso de *Big Data* trouxe uma melhor previsão sobre os negócios, como auxiliou na tomada de decisões que se traduzissem em eficiência operacional.

A PASSUR, por exemplo, é uma empresa de soluções digitais para o mercado aeroviário. Contratada por uma grande companhia aérea, ela desenvolveu um sistema, com base em *Big Data*, para eliminar a diferença entre o tempo estimado de voo – ou ETA (sigla em inglês para “estimated time of arrival”) – e o tempo real de chegada ao destino. Deste trabalho, a empresa desenvolveu o serviço chamado RightETA, que, mediante o tratamento de volumoso e variado número de eventos *datificados* (dados sobre clima, sobre o tempo de voo de trajetos específicos, quantidade de passageiros), conseguiu eliminar a diferença entre o tempo estimado e o tempo real de chegada. Segundo os citados autores, isto gerou uma economia milionária à companhia aérea.

A Sears Holding Corporation, por sua vez, conhecida empresa multinacional de varejo, passou a fazer uso de tecnologias a base de Big Data, com a finalidade de melhor promover seus produtos no mercado de consumo. A empresa tinha dificuldades com o tempo de processamento da base de dados de seus consumidores, para extrair informação útil a cada campanha promocional. Isto porque, demorava-se ao menos oito semanas para concluir o tratamento dos eventos datificados. Com o uso da *Big data*, no entanto, este tempo foi reduzido substancialmente, de oito semanas para apenas uma, de maneira que a empresa teve o benefício de aproveitar melhor o momento (*timing*) certo do lançamento de suas promoções.

A adoção da Big Data, portanto, no caso da PASSUR, resultou em economia significativa na gestão do tempo estimado de voo da companhia aérea, como resultou, no caso da Sears Holding, em um melhor aproveitamento das campanhas promocionais da empresa, as quais, por sinal, ficaram mais eficientes, porque os produtos oferecidos a seus consumidores ficaram mais granulares e personalizadas, com maior apelo ao consumo, no exato tempo em que o interesse pelo consumo surgia.

⁹¹ MCAFEE, Andrew; BRYNJOLFSSON, Erik. *Big Data: the management revolution*. In: **Harvard Business Review**. October 2012 issue. Disponível em: <https://hbr.org/2012/10/big-data-the-management-revolution>. Acesso em: 12 out. 2020.

⁹² MCAFEE, Andrew; BRYNJOLFSSON, Erik. Op. cit., 2012.

Mas o que caracteriza a Big Data? Estes exemplos mostram que a tecnologia consegue armazenar um *volume* inestimável de dados *variados* (dados sobre o clima, horário de voos, no caso da PASSUR; e dados do hábito de pesquisa e compra de produtos dos consumidores, no caso da Sears Holding), além de permitir um processamento mais *veloz* e, conseqüentemente, agregar mais valor aos negócios da empresa.

Antes de avançar a propósito da Big Data, contudo, é importante esclarecer a diferença conceitual entre *informação* e *dados*. Como realça Bioni⁹³, que admite fazer uso intercambiável das duas noções (o que não será diferente neste trabalho), dados são “fatos brutos que, quando processados e organizados, se convertem em algo inteligível, podendo ser deles extraída uma informação”. Isto significa que a *datificação* é exatamente tornar esses fatos brutos (da vida, da economia, da cultura) em dados, permitindo seu tratamento mediante registro, armazenamento e quantificação, para tabulá-los e analisá-los, de maneira a extrair uma informação dotada de valor.

Seja como for, são os quatro “v” da *Big Data*, conforme discorre a respeito Betioll⁹⁴ – volume, velocidade, variedade e valor. O primeiro “v” (volume) já foi antecipado ao longo deste primeiro capítulo; foi demonstrado, com efeito, pela massa de dados que é criada e armazenada diariamente em todo o mundo. O segundo “v” (velocidade) pode ser intuído do exemplo da Sears Holding, conforme estudado por McAfee e Brynjolfsson; a redução do tempo para o lançamento de novas campanhas (de oito semanas para uma).

O terceiro “v” (variedade), por sua vez, refere-se à origem e à forma dos dados coletados e armazenados. Os dados podem ter sua origem de diversas fontes (e-mails, acessos a sites de internet, vídeos, sensores etc.) e estarem ou não estruturados – dados estruturados são aqueles reunidos em um banco de dados específico, com finalidade estrita; já os não estruturados são os coletados a esmo, de modo que precisam de *algoritmos* para deles se extrair valor⁹⁵. Como destaca Betioll, a “fusão de diferentes dados [...] reúne novas informações que podem permitir que um vendedor ou um concorrente compreenda melhor e explore o mercado”⁹⁶.

⁹³ Idem.

⁹⁴ BETIOLL, Heloisa Meirelles. Implicações do Big Data na análise de atos de concentração. Uma breve análise do caso Facebook/Whatsapp. In. FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata (Coord.). **Empresa, mercado e tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 235-254.

⁹⁵ BETIOLL, Heloisa Meirelles. Op. cit., 2019.

⁹⁶ BETIOLL, Heloisa Meirelles. Op. cit., 2019, p. 239.

O quarto e último “v” (valor) corresponde exatamente aos efeitos vantajosos que a tecnologia de *Big Data* proporciona, para gestão ou para o negócio em si. Como no caso da PASSUR, obteve-se uma economia milionária na atividade de voos comerciais; no caso da Sears Holding, otimizou-se a oferta de seus produtos, com o aprimoramento da campanha promocional. A utilização da *Big Data*, a partir de todas as características em “v” anunciadas, permite que, uma vez datificados os fatos brutos da respectiva atividade, as empresas inovem, criem novos e melhores produtos e serviços, aprimorem a estrutura de suas atividades e, assim, ganhem vantagem competitiva⁹⁷.

O processo de datificação, portanto, expande-se substancialmente com a *Big Data*. Se seu uso foi essencial para que os Médicis fizessem florescer seu império financeiro no século XV, na atualidade, com o apoio de uma tecnologia tão imersiva e compreensiva quanto a *Big Data*, a datificação permite que a percepção da realidade não seja adstrita apenas a uma sucessão de fenômenos naturais ou sociais, mas seja compreendida como “um universo que consiste essencialmente de informação”⁹⁸.

Embora todo dado obtido da natureza ou da vida social tenha grande valor para a economia contemporânea (como defende a revista britânica *The Economist*, ao comparar os dados ao petróleo para o século XX), é certo dizer que os dados pessoais são o grande motor econômico da atualidade, bastando ver que as empresas com maior valor de mercado são aquelas que têm nestes ativos exatamente a fonte principal de sua atividade⁹⁹. E o aproveitamento máximo que se faz deles, hoje, dá-se com a tecnologia da *Big Data*.

Diante deste cenário, embora traga significativo aprimoramento da *datificação* ao processo produtivo pelo uso otimizado da densa floresta de dados diariamente expandida pela tecnologia móvel e ubíqua da Quarta Revolução Industrial, a *Big Data* impõe a necessidade de marcos regulatórios eficazes que possam proteger as pessoas naturais, titulares de grande e importante quantidade desses dados diuturnamente gerados. Como defende Doneda¹⁰⁰:

⁹⁷ BETIOLL, Heloisa Meirelles. Op. cit., 2019.

⁹⁸ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big Data**: a revolution that will transform how we live, work, and think. New York: First Mariner Books edition, 2014 (edição Kindle), p. 96.

⁹⁹ Disponível em: <https://forbes.com.br/listas/2020/07/as-marcas-mais-valiosas-do-mundo-em-2020/>. Acesso em: 13 out. 2020.

¹⁰⁰ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 64.

A tecnologia, potente e onipresente, propõe questões e exige respostas do jurista. Os reflexos dessa dinâmica são imediatos para o direito, pois esse deve se mostrar apto a responder à novidade proposta pela tecnologia com a reafirmação de seu valor fundamental – a pessoa humana – ao mesmo tempo que fornece segurança necessária para haja a previsibilidade e segurança devidas para a viabilidade das estruturas econômicas dentro da tábua axiológica constitucional.

As mais recentes leis de proteção de dados pessoais, neste sentido, a exemplo do Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu (a *General Data Protection Regulation* – GDPR) e da Lei nº 13.709, de 18 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD), buscam dar essa resposta às transformações da tecnologia digital que a Sociedade de Informação experimenta com a Quarta Revolução Industrial.

Antes delas, porém, outras leis ou normativas buscaram regular, dentro do contexto do paradigma tecnológico existente, o uso de dados pessoais. Buscaram dar equilíbrio entre o aproveitamento que o uso desses dados propiciava e a proteção da privacidade e dos dados pessoais da pessoa humana.

Esta linha histórica será tratada, com brevidade, no próximo tópico.

1.3 A trajetória geracional de leis de proteção de dados pessoais

A trajetória das leis de proteção de dados pessoais segue em paralelo à contínua progressividade do avanço tecnológico da Terceira Revolução Industrial, em 1970. A partir da linha temporal delineada pioneiramente por Mayer-Schönberger¹⁰¹, com enfoque no sistema jurídico europeu, Doneda¹⁰² e Mendes¹⁰³ expõem cada uma das fases dessa trajetória, suas peculiaridades, objetivos e problemas. Para estes autores, são quatro as gerações de leis, segundo o ponto de vista de Mayer-Schönberger¹⁰⁴, que buscaram dar uma resposta às novidades apresentadas pela tecnologia em relação ao crescente tratamento de dados pessoais.

A primeira geração surgiu com a preocupação em regular os procedimentos de uso de banco de dados pelo Poder Público, cuja finalidade era atender às demandas do Estado de

¹⁰¹ MAYER-SCHONBERGER, Viktor. General development of data protection in Europe. In: AGRE, Philip; ROTENBERG, Marc. (orgs.). *Technology and privacy: the new landscape*. Cambridge: MIT Press, 1997, pp. 219-242.

¹⁰² DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹⁰³ MENDES, Laura Schertel. **Transparência e privacidade**: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo. 2008. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

¹⁰⁴ MAYER-SCHONBERGER, Viktor. General development of data protection in Europe. In: AGRE, Philip; ROTENBERG, Marc. (orgs.). *Technology and privacy: the new landscape*. Cambridge: MIT Press, 1997, pp. 219-242.

Bem-estar Social e garantir eficiência administrativa. A segunda, no entanto, descola-se da mera atenção aos procedimentos de coleta e armazenamento de dados pessoais, para dedicar mais atenção à privacidade e à proteção de dados.

A terceira geração, por sua vez, encontra seu paradigma na decisão do Tribunal Constitucional Alemão, no caso envolvendo a Lei do Censo (BVGERGE 65, I), que proclamou o direito fundamental da autodeterminação informativa (este direito será melhor explicado ao longo deste trabalho). Por fim, segundo indicam os autores, especialmente Doneda¹⁰⁵, a quarta geração refere-se a uma fase em que se busca dar resultados concretos à proteção de dados pessoais, corrigindo erros das gerações anteriores.

1.3.1 A Primeira geração de leis de proteção de dados

O cenário histórico dessas leis estava ligado ao alvorecer da revolução digital da Terceira Revolução Industrial. Com a necessidade de ordenar o sistema de benefícios do Estado de Bem-Estar e dar maior eficiência à atividade administrativa, o Poder Público estruturou, apoiado na nova infraestrutura da tecnologia de informação, grandes centros de base de dados para coleta, armazenamento e processamento de dados pessoais dos cidadãos.

É deste período as iniciativas paradigmáticas do *National Data Center*, nos EUA, que pretendia criar um banco de dados pessoais única, para otimizar as políticas públicas do governo nacional, e do programa *Système Automatisé pour les Fichiers Administratifs et le Répertoire des Individus* (SAFARI), na França, que também pretendia agrupar, em uma base única, os dados pessoais de todos os cidadãos franceses, com a finalidade também de melhorar a eficiência administrativas dos órgãos da Administração Pública¹⁰⁶.

Como reação, portanto, a este movimento estatal, começou a surgir uma série de leis que pretendiam, no contexto da infraestrutura tecnológica existente, estabelecer uma forma de controle do processamento de dados, impondo-se a necessidade de licença prévia ao registro, para que a coleta e o armazenamento fossem possíveis, como detalha Mendes¹⁰⁷.

¹⁰⁵ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹⁰⁶ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹⁰⁷ MENDES, Laura Schertel. **Transparência e privacidade**: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo. 2008. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

No mesmo sentido, Doneda¹⁰⁸ explica que o núcleo central dessas leis de primeira geração era conceder autorização para criação dos bancos de dados, ao mesmo tempo em que estabelecia um controle *a posteriori* – não por acaso que muitas das leis desse período criou uma autoridade pública de controle externo.

São deste período a Lei do *Land* alemão de Hesse, de 1970 (que cria esta autoridade na figura do Comissário para proteção de dados), a lei nacional sueca, a *Data Legen 289*, de 1973 (que também cria semelhante figura de controle), e o *Privacy Act*, de 1974¹⁰⁹, dos EUA. Para Doneda, a gramática dessas leis estava inteiramente condicionada pela tecnologia emergente da época, estabelecendo regras focadas mais nos procedimentos informáticos de tratamento de dados do que na defesa da privacidade e da proteção de dados dos cidadãos¹¹⁰.

No entanto, com o rápido desenvolvimento da tecnologia empregada pelo Poder Público no tratamento de dados pessoais, essas leis se tornaram defasadas, de maneira que foi preciso uma nova geração para dar conta de uma nova realidade tecnológica que surgia. Esta nova realidade reconfigurou o aparato tecnológico por detrás dos bancos de dados até então centralizados, porque, permitindo que se descentralizasse a capacidade de tratamento de forma fragmentária, passou a estar ao alcance também do setor privado¹¹¹.

1.3.2 Segunda geração de leis de proteção de dados

Diante dessa fragmentação do banco de dados, que permitia um número maior de agentes no tratamento de dados pessoais, as leis de segunda geração se estruturam de modo diferente daquelas da primeira geração. O objeto de regulação não é mais os processos informáticos de coleta e processamento de dados, mas a privacidade e a proteção dos dados pessoais, a partir de uma perspectiva de liberdade negativa, isto é, conferia-se o controle do tratamento de dados pelos agentes ao próprio titular de dados, mediante consentimento.

Segundo Doneda¹¹²:

¹⁰⁸ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹⁰⁹ DONEDA, Danilo. Op. cit., 2019.

¹¹⁰ DONEDA, Danilo. Op. cit., 2019.

¹¹¹ MENDES, Laura Schertel. **Transparência e privacidade**: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo. 2008. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

¹¹² DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 177.

A segunda geração de leis sobre a matéria surgiu a partir da segunda metade da década de 1970, já com a consciência da “diáspora” dos bancos dados informatizados; pode-se dizer que o seu primeiro modelo foi a lei francesa de proteção de dados pessoais de 1978, intitulada de *Informatique et Libertés*. A característica básica de que diferencia tais leis é sua estrutura, não mais em torno do fenômeno computacional em si, mas baseada na consideração da privacidade e na proteção dos dados pessoais como uma liberdade negativa, a ser exercitada pelo próprio cidadão (patente na própria denominação da lei francesa). [...].

Embora a lei conferisse ao titular de dados o controle da coleta de dados mediante consentimento¹¹³, essa liberdade negativa experimentada pelo cidadão tinha um efeito colateral que a tornava ilusória. A considerar que a coleta e o tratamento de dados pessoais, no âmbito do Poder Público, serviam a políticas públicas próprias do Estado de Bem-Estar, e no âmbito do setor privado, facilitava o acesso a bens de consumo, o cidadão que não desejasse fornecer seus dados experimentava uma indesejável exclusão social.

Conforme Mendes¹¹⁴:

A segunda geração de normas de proteção de dados pessoais suscita uma controvérsia bastante interessante, relacionada à efetividade do consentimento do cidadão e do real exercício de sua liberdade de escolha, em um contexto no qual a não disponibilização dos dados pode acarretar a sua exclusão social. Por um lado, no âmbito do Estado Social, é muito difícil assegurar-se a liberdade informacional sem comprometer as funções dessa complexa burocracia que necessita de dados dos cidadãos para planificar. Por outro, também na relação entre privados é difícil se verificar o exercício do direito à privacidade informacional, na medida em que tal exercício poderá impedir o acesso do indivíduo a determinadas facilidades do mercado de consumo, que o fornecedor está disposto a conceder somente em troca do cadastro de suas informações pessoais.

Diante da indispensabilidade de fornecimento de dados pessoais para participação na vida social, seja como cidadão, seja como consumidor, as leis de segunda geração não obtiveram uma tutela efetiva da privacidade e da proteção de dados. Assim, na década de 1980, surge uma nova geração de leis, a qual, centrada ainda na defesa da posição jurídica dos titulares de dados, buscou uma tutela mais efetiva da liberdade preconizada na segunda geração.

1.3.3 Terceira geração de leis de proteção de dados

Esta nova geração de leis, que compõe a terceira geração, tem seu ponto de partida com a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional alemão, em 1983, por ocasião da análise da constitucionalidade da Lei do Censo. Nesta decisão, afirmou-se a existência do direito

¹¹³ MENDES, Laura Schertel. **Transparência e privacidade**: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo. 2008. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

¹¹⁴ MENDES, Laura Schertel. Op. cit., 2008, p. 36.

fundamental de autodeterminação informativa, que reconhece ao titular de dados o poder de participar de todo o processo de tratamento de seus dados pessoais. Com esta decisão, várias leis de proteção de dados ao redor da Europa foram emendadas e criadas leis específicas¹¹⁵.

Sobre a decisão do Tribunal Constitucional alemão, que será comentada oportunamente neste trabalho, Mendes discorre¹¹⁶:

Nessa formulação de um direito à autodeterminação informativa, o Tribunal reconheceu uma carga participativa muito maior que a reconhecida pelas interpretações das normas de proteção de dados pessoais de períodos anteriores. A principal diferença em relação à segunda geração de normas é que a participação do cidadão no processamento de seus dados passa a ser compreendida como um envolvimento contínuo em todo o processo, desde a coleta, o armazenamento e a transmissão e não apenas como opção entre “tudo ou nada”.

Interessante anotar que, ao tempo desta decisão do Tribunal Constitucional alemão, as tecnologias de processamento de informação já estavam azeitadas pela conectividade em rede, tornando os bancos de dados físicos a caminho da obsolescência¹¹⁷. O processamento de dados se torna mais rápido, fragilizando a posição do indivíduo no tratamento de seus dados. A autodeterminação informativa, que marca esta geração, estabelece, portanto, um critério de fortalecimento individual frente aos agentes fortalecidos pela tecnologia.

1.3.4 Quarta geração de leis de proteção de dados

Finalmente, a quarta geração de leis de proteção de dados. Como assinala Doneda¹¹⁸, as leis deste período, como a Diretiva Europeia 95/46/CE, “caracterizam-se por procurar suprir desvantagens do enfoque individual existente até então”¹¹⁹. A tutela da privacidade e da proteção de dados, com efeito, assume uma feição coletiva, dada a insuficiência da tutela pelo indivíduo, principalmente diante da ineficácia apresentada pela geração anterior, haja vista o alto custo, econômico e social, da tutela pela autodeterminação informativa, no geral um privilégio de poucos.

¹¹⁵ MENDES, Laura Schertel. Op. cit., 2008.

¹¹⁶ MENDES, Laura Schertel. Op. cit., 2008, p. 37.

¹¹⁷ MENDES, Laura Schertel. Op. cit., 2008.

¹¹⁸ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹¹⁹ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da lei geral de proteção de dados. Op. cit., p. 179.

Como destaca Mendes¹²⁰, embora as leis da terceira geração não deixassem de fortalecer a tutela individual, as da quarta geração passaram a reconhecer que certos dados pessoais, como os dados sensíveis (que envolvem dados sobre crença religiosa, vida sexual e opinião política), exigiam uma tutela coletiva, para que tivessem tutela mais efetiva. É a coletivização da tutela da privacidade e da proteção de dados.

1.4 Conclusões parciais

Chamar de *era dos dados* o primeiro capítulo serviu ao propósito de dar a atenção para dois fatores: a crescente dependência que a sociedade e a economia têm de dados pessoais rotineiramente produzidos, haja vista a ubiquidade da tecnologia móvel, e a necessidade de observar a importância do direito em dar respostas às transformações tecnológicas, cada vez mais potentes no tratamento de dados pessoais.

O tema da *datificação*, conforme visto, tem papel relevante, porque tem relação direta o que será desenvolvido o terceiro capítulo, ao se mencionar a figura jurídica do *tratamento* de dados pessoais, conforme se pode ler da definição do art. 5º, X, da LGPD¹²¹. De fato, *datificar* é o primeiro passo para o tratamento de dados, porque é a partir da datificação que se transforma fatos brutos da vida em dados para coleta, armazenamento e extração de informação útil a qualquer finalidade escolhida em torno de uma pessoa identificada e identificável.

Este processo ou atividade de datificação, por sua vez, diante do contexto da Sociedade de Informação ou da Era dos Dados, em especial a partir da Quarta Revolução Industrial, ganha novo impulso com a tecnologia da *Big Data*, que passa a tornar possível o tratamento da massa de dados diariamente produzida pelos titulares de dados pessoais, com o apoio de novas tecnologias como o *smartphone*, a *IoT* e a *IA*.

E se, de um lado, esta tecnologia tem fundamental importância para as empresas, conforme visto, a *Big Data* também traz riscos aos titulares de dados pessoais, motivo pelo qual, assim como as gerações de leis anteriores, que foram se sucedendo para fortalecer a posição do

¹²⁰ MENDES, Laura Schertel. **Transparência e privacidade**: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo. 2008. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

¹²¹ LGPD, Art. 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; [...].

indivíduo e da coletividade frente as novas tecnologias, para alcançar um equilíbrio entre diferentes interesses, as atuais, como a LGPD, assumem semelhante compromisso de dar respostas efetivas aos novos problemas criados.

Assim, atento ao escopo da presente pesquisa (que é compreender a dinâmica normativa da base legal do legítimo interesse, que pretende buscar um equilíbrio dinâmico entre os interesses do agente de tratamento em com a proteção de dados pessoais do titular, conforme previsão da LGPD), será perquirido o direito à proteção de dados pessoais, sob a perspectiva constitucional enquanto direito fundamental, e sob a perspectiva do direito infraconstitucional como direito da personalidade.

2 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO DIREITO BRASILEIRO: DIREITO FUNDAMENTAL E DIREITO DE PERSONALIDADE

As leis de proteção de dados, como destacado no capítulo anterior, foram uma resposta do direito às transformações tecnológicas havidas desde o alvorecer da Terceira Revolução Industrial, que progressivamente digitalizaram a sociedade e permitiram uma datificação e consequente tratamento mais imersivos e intrusivos da pessoa natural por meio de dados pessoais. Dessa forma, a nova realidade tecnológica pôs o direito e suas categorias tradicionais sob pressão, excitando respostas do direito que pudessem lidar com uma realidade material alterada e garantir um balanceamento entre valores atinentes à pessoa humana (como os direitos fundamentais e de personalidade) e aqueles vinculados ao desenvolvimento econômico e tecnológico¹²². Assim, na tentativa de “responder à novidade proposta pela tecnologia com a reafirmação de seu valor fundamental – a pessoa humana”, como destacado por Doneda¹²³, o direito observou a necessidade de formulação normativa que desse conta deste novo cenário.

Embora a datificação e o tratamento de dados precedesse em muito à digitalização experimentada desde a década de 1970, conforme foi estudado no capítulo anterior, não se pode olvidar que, em fins do século XIX, quando a eletricidade moldou a sociedade como elemento estruturante definidor da Segunda Revolução Industrial, uma tecnologia já tornava possível a datificação e o tratamento de dados em maior escala e com maior velocidade. Esta solução foi a invenção do *punch-card tabulator* ou do tabulador de cartões perfurados de Herman Hollerith¹²⁴.

O dispositivo teve lugar em 1890, após uma década de grande fluxo migratório nos EUA. Hollerith, formado em engenharia pela Universidade de Columbia, Nova York, era funcionário do governo federal estadunidense e um dos responsáveis àquela época pelo recenseamento nacional. Com a explosão populacional em decorrência da migração, percebeu-se que era impossível a contagem populacional por meio de métodos tradicionais, de

¹²² HOFFMAN-REIM, Wolfgang. Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o direito. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-book, Kindle.

¹²³ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 64.

¹²⁴ The Punched Card Tabulator. **IBM.com**, 2020. Disponível em: <https://www.ibm.com/ibm/history/ibm100/us/en/icons/tabulator/>. Acesso em: 20 out. 2020.

modo que, a partir da invenção de Joseph Marie Jacquard e do projeto de Charles Babbage, Hollerith concebeu sua máquina à base de eletricidade para registro de informação por meio de cartões perfurados – o *punch-card tabulator*¹²⁵.

O interessante é que as etapas de concepção da tecnologia usada por Hollerith passaram pelos dois elementos estruturantes da Primeira e Segunda Revolução Industrial, a máquina a vapor e a eletricidade. De fato, Jacquard foi o responsável pela invenção dos cartões perfurados, cuja tecnologia básica era uma máquina de tear a vapor; seu objetivo era conceber modelos têxteis diferentes. Já Babbage tentou usar da tecnologia inventada por Jacquard, com a finalidade de criar uma máquina a vapor para registro de informações, embora tenha fracassado. No entanto, seu projeto foi útil para que Hollerith concebesse o tabulador de cartões perfurados utilizados no recenseamento de 1890.

Esta invenção, contudo – cujo uso generalizado pelos governos na catalogação de dados pessoais da população permitiu que nazistas identificassem judeus entre a população dos países invadidos (conforme enfatizado por Carissa Véliz¹²⁶) – não provocou resposta imediata do direito. O que incitou esta resposta, na verdade, foi uma tecnologia tão arrojada quanto, porém mais trivial: a máquina fotográfica da Kodak¹²⁷.

Como se verá a seguir, esta tecnologia deu impulso ao que veio a ser o marco fundador do direito à privacidade, conforme ressaltado por Rodotà¹²⁸. Tratou-se do artigo *The Right to Privacy*¹²⁹, publicado na edição de dezembro de 1890 (justamente no mesmo ano da invenção de Hollerith) pela revista *Harvard Law Review*. Seus autores são Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis – este último viria a ser juiz da Suprema Corte dos EUA.

Mas a história do artigo não se resume à nova tecnologia da máquina fotográfica. Vai muito além dessa trivialidade tecnológica, pois elucida o que viria a se conceber como direito à proteção de dados pessoais na era das revoluções digitais.

¹²⁵ Idem.

¹²⁶ VÉLIZ, Carissa. **Privacy is Power**. UK: Transworld, 2020. E-book, Kindle.

¹²⁷ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014 (edição Kindle). Ver também: COLMAN, Charles E. About Ned. In: **Harvard Law Review**, v. 129, jan. 29, 2016, pp. 128-152.

¹²⁸ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹²⁹ BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. The Right to Privacy. In: **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, dec. 15, 1890, pp. 193-220.

2.1 Direito de ser deixado só e a autodeterminação informativa

É lugar comum referir-se a *The Right to Privacy*, tal a importância que tem para o direito à privacidade e à proteção de dados¹³⁰. No entanto, para além das premissas básicas lançadas por Warren e Brandeis, em especial a essência do *direito de ser deixado só* (“the right to be left alone”) – expressão retirada de Cooley¹³¹ –, a revisão das possíveis motivações por trás deste marco fundador pode jogar luz sobre os desdobramentos entre este direito e o direito à proteção de dados pessoais que desenrolaria na segunda metade do século XX.

É oportuno, no entanto, destacar a diferença básica entre o direito à privacidade e o direito à proteção de dados, para fins de distinguir um do outro como direito autônomo. Neste sentido, segundo Bioni, estes direitos diferenciam-se basicamente pela natureza da liberdade que implicam: se de um lado, a privacidade importa na defesa das esferas de vida privada e da intimidade, segundo a lógica binária entre público e privado, de maneira a arregimentar uma liberdade negativa do *direito de ser deixado só*; a proteção de dados, por outro lado, transcende este binômio (público x privado) e se consolida como uma liberdade positiva de controle sobre o fluxo de informações ou dados pessoais¹³².

Assim, ao passo que o direito à privacidade envolve as instâncias da intimidade e da vida privada, em oposição aos espaços públicos, o direito à proteção de dados importa em um conteúdo relacional da pessoa humana, em que, a partir do controle de suas informações pessoais, ela passa a exercer sua liberdade ativamente, independente das delimitações entre a esfera de sua intimidade e vida privada e a esfera de relação social. Véliz¹³³, em libelo contra o tratamento de dados operado pelas Big Techs (como *Facebook*, *Google*, *Amazon* e *Microsoft*), aponta exatamente nesta direção, a dizer, no conteúdo relacional da proteção de dados pessoais e no impacto que se causa na rede de relacionamento do indivíduo monitorado.

¹³⁰ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹³¹ PEIXOTO, Erik Lucena Campos; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Os desafios da compreensão do direito à privacidade no sistema jurídico brasileiro em face das novas tecnologias. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (Coord.) **Privacidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Pp. 33-54. Ver também: COOLEY, Thomas McIntyre. *A treatise on the law of torts, wrongs which arise independent of contract*. Chicago: Callaghan na company, 1879. Disponível em: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=inu.39000007718278&view=1up&seq=3> Acesso em: 18 out. 2020.

¹³² BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 1ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

¹³³ VÉLIZ, Carissa. **Privacy is Power**. UK: Transworld, 2020. E-book, Kindle.

Esta diferença será explorada com maior minúcia ao longo do presente capítulo, em especial pela apresentação de um aspecto do artigo fundador da doutrina do direito à privacidade que joga luz sobre os desdobramentos que teria na concepção do direito à proteção de dados na sociedade de informação.

2.1.1 A história por trás de *The Right to Privacy*

Feitas estas considerações preliminares, associa-se comumente o artigo *The Right to Privacy* ao surgimento de invenções tecnológicas como a máquina fotográfica da *Kodak Camera*, que poderia ser facilmente usada por uma pessoa comum¹³⁴. E não está equivocada essa associação. Afinal, assim como a revolução digital da Terceira e Quarta Revolução Industrial, a Segunda Revolução do século XIX trouxe também enorme progresso tecnológico (que pode ser resumido, com certa ironia, por Eça de Queiroz, no clássico conto *Civilização*¹³⁵), requisitando do direito igualmente respostas a tais transformações.

Mas há também, para além dessa circunstância aparente, uma associação complementar com a história pessoal de um de seus autores – Samuel D. Warren. Conta-se, neste sentido, que o artigo foi motivado por uma defesa contra a invasiva cobertura que o *yellow journalism* (uma espécie de jornalismo sensacionalista) fez do casamento da filha que referido autor teve como fruto de seu casamento com Mabel Bayard, esta integrante de uma família proeminente na cidade de Boston, Massachusetts, EUA.

Esta história é singularmente recontada por William Loyld Prosser, no também influente artigo sobre privacidade, *Privacy*¹³⁶, que, desde então, sempre é citado para se compreender o contexto em que o artigo *Right to Privacy* fora escrito¹³⁷. No artigo, Prosser¹³⁸ diz que Mabel Bayard, filha do senador Bayard pelo estado de Delaware, sempre atraía as atenções do jornalismo marrom (e suas câmeras Kodak) para os eventos sociais que aquela promovia. Esta atenção era dedicada sobretudo pelo jornal *Saturday Evening Gazette*, que, segundo Prosser, especializara-se no “sangue azul” da cidade e “fazia uma cobertura das festas [de Mabel] com

¹³⁴ George Eastman history. **KODAK.com**, 2020. Disponível em: <https://www.kodak.com/en/company/page/george-eastman-history>. Acesso em: 20 out. 2020.

¹³⁵ QUEIROZ, Eça. *Civilização*. NEAD – Núcleo de Educação a distância. Universidade da Amazônia (Unama). Disponível em: http://www.portugues.seed.pr.gov.br/arquivos/File/leit_online/eca9.pdf. Acesso: 07 ago. 2021.

¹³⁶ PROSSER, William L. *Privacy*. In: **California Law Review**, vol. 18, n. 3, ago. 1960, pp. 383-423.

¹³⁷ COLMAN, Charles E. About Ned. In: **Harvard Law Review**, v. 129, jan. 29, 2016, pp. 128-152.

¹³⁸ PROSSER, William L. *Privacy*. In: **California Law Review**, vol. 18, n. 3, ago. 1960, pp. 383-423

riqueza de detalhes pessoais e embaraçosos”¹³⁹. Mas, como se dizia, o evento que foi o gatilho para o artigo, segundo relata Prosser, não foi exatamente as investidas invasivas nas soirées, mas o casamento da filha dos Warren, quando “os jornais tiveram um dia agitado”¹⁴⁰.

A futilidade do motivo enfatiza a essência do direito à privacidade, que é separar a intimidade e a vida privada dos espaços públicos. E esta demarcação é bem coerente com os anseios da Burguesia dos séculos XVIII e XIX. Como destaca Rodotà¹⁴¹, a própria ideia de privacidade como direito de tutela autônomo, que é defendida por Warren e Brandeis, começa a surgir no horizonte da organização social com a desintegração da sociedade feudal, em que a intimidade era experimentada por pouquíssimos.

Com a Primeira Revolução Industrial, no entanto, a experiência de uma intimidade e vida privada passou a ser experimentada por quem tinha acesso a uma condição material que viabilizasse esta necessidade, sendo ela exatamente aquela parcela da população urbana que compunha a Burguesia. Com as novas técnicas de construção de moradia, este estrato social pode separar o espaço domiciliar (privado) e do espaço profissional (público). “A privacidade”, neste sentido, como enfatiza Rodotà, “configura-se assim como uma possibilidade da classe burguesa, que consegue realizá-la sobretudo graças as transformações socioeconômicas relacionadas à Revolução Industrial”¹⁴².

Há, contudo, uma outra história a respeito do contexto do artigo *The Right to Privacy*, que faz intuir o que viria a ser o direito à proteção de dados pessoais, desdobrado que foi pela nova infraestrutura da tecnologia de processamento de dados das revoluções digitais. Embora também guarde o elemento individualista burguês (de separação entre os espaços público e privado), essa história aponta de alguma maneira e antecipadamente em direção a lutas coletivas que as últimas décadas do século XX e as primeiras do século XXI encerrariam em torno do livre desenvolvimento da personalidade, no sentido de garantir a autonomia individual do ser humano de se realizar em si e com a sociedade¹⁴³. Não que isto indique, desde então, que o direito à privacidade tenha surgido como semente que evoluiu para a

¹³⁹ PROSSER, William L. *Privacy*. Op. cit., p. 383.

¹⁴⁰ Idem.

¹⁴¹ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁴² RODOTÀ, Stefano. Op. cit., 2008, p. 26.

¹⁴³ GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo**: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014.

proteção de dados (porque, advirta-se, segundo Bioni¹⁴⁴ o direito à proteção de dados não é uma evolução da privacidade, antes seria um novo direito, uma “ampliação normativa”¹⁴⁵); indica, antes, que valores identificados a este direito já se esboçavam.

Trata-se da história do irmão mais novo de Samuel Warren, Edward Perry Warren, que era assumidamente homossexual. Este contexto foi resgatado por Colman em artigo de 2016¹⁴⁶, também publicado na revista *Harvard Law Review*. Segundo referido autor¹⁴⁷, conquanto não se possa concluir com absoluta certeza quais as motivações levaram Samuel Warren a escrever o clássico artigo, não deixa de ser factível que a vida sexual de Edward fosse fonte de preocupações que engatilharam a defesa da privacidade.

Ao contrário do que fora contado por Prosser (que a motivação teria se dado em razão do casamento da filha de Warren, até porque a moça, ao tempo de publicação de *The Right to Privacy*, sequer chegara à adolescência¹⁴⁸), a assumida homossexualidade de Edward Warren, em uma sociedade conservadora como a Anglo-Americana de fins do século XIX, talvez tenha sido um motivo mais factível na busca de Samuel Warren de defender a privacidade como direito autônomo¹⁴⁹.

Considerando que Samuel D. Warren era o mais velho dos irmãos, Colman investiga a relação entre os dois e conclui, a partir de excertos do artigo *The Right to Privacy*, que é possível ver na defesa da privacidade feita por aquele uma defesa precursora da (liberdade de) vida sexual de homossexuais nos EUA¹⁵⁰:

It is here that the story I have told about two brothers, each traditionally relegated to the “footnotes” of history, takes on special resonance. For a desire on Sam’s part to protect his gay brother, if indeed a motivating factor in the authorship of *The Right to Privacy*, would mean that a piece published in an effort to preserve the autonomy of one gay man was, in a circuitous but nonetheless concrete way, a 125- year-old precursor of a Supreme Court ruling securing the protection of a crucial right for every gay American.

A tese de Colman enfatiza, assim, uma perspectiva que faria a ideia seminal da privacidade transcender ao individualismo burguês (o qual via na defesa da privacidade uma

¹⁴⁴ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 1ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

¹⁴⁵ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Op. cit. p. 98.

¹⁴⁶ COLMAN, Charles E. About Ned. In: **Harvard Law Review**, v. 129, jan. 29, 2016, pp. 128-152.

¹⁴⁷ COLMAN, Charles E. Op. cit., 2016.

¹⁴⁸ COLMAN, Charles E. Op. cit., 2016.

¹⁴⁹ COLMAN, Charles E. Op. cit., 2016.

¹⁵⁰ COLMAN, Charles E. Op. cit., 2016, p. 151.

defesa meramente patrimonial, porque “os instrumentos jurídicos de tutela foram predominantemente modelados com base naquele característico do direito burguês por excelência, a propriedade”, como analisa Rodotà¹⁵¹), para se transformar em uma defesa da personalidade e em uma busca coletiva de direitos, com forte impacto no controle de informações que se obtém das pessoas, a partir das transformações propiciadas pelas revoluções digitais.

Com efeito, ao intencionar a preservação da privacidade da vida sexual de Edward, Samuel Warren pretendia defender (é possível se dizer com segurança) o livre desenvolvimento da personalidade de seu irmão. Sinalizava-se, de fato, para um direito fundamental cuja proteção implica substancialmente a coletividade, porque a liberdade de se autodeterminar permite que a pessoa humana, em sua esfera relacional, não se realize apenas consigo mesmo, mas também com os outros e em função dos outros¹⁵².

2.1.2 Privacidade, bem comum e autodeterminação informativa

Sem dúvida, a defesa do “*right to be left alone*” (o direito de ser deixado só), sob esta nova perspectiva em torno do texto clássico de Warren e Brandeis dada por Colman, abre a via do que se observaria como uma luta individual coletivizada mais de cem anos depois. Tanto que se reconhece hoje como dado sensível (conforme o art. 5, II, da LGPD¹⁵³) e com proteção especial (conforme a seção II do Capítulo II da LGPD) a vida sexual do titular de dados, cuja afirmação de direitos relacionados reflete, ademais, o direito de livre desenvolvimento da personalidade¹⁵⁴, que a LGPD objetiva proteger (conforme o art. 1º)¹⁵⁵.

Assim como a vida sexual, também a convicção religiosa, a etnia, a raça, a opinião política e a sindicalização profissional, também consideradas dados sensíveis¹⁵⁶, refletem a necessidade de proteção do indivíduo para além de sua privacidade, da liberdade negativa de

¹⁵¹ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 27.

¹⁵² GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo**: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014.

¹⁵³ LGPD, Art. 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;

¹⁵⁴ Vide as decisões do Supremo Tribunal Federal em ADPF 132 e ADI 4275.

¹⁵⁵ LGPD, 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.

¹⁵⁶ Vide nota 111.

ser deixado só. Exigem, com efeito, uma liberdade positiva, consubstanciada na proteção de dados pessoais como uma luta coletiva em defesa do livre desenvolvimento da personalidade, principalmente quando em perspectiva a nova estrutura da tecnologia de informação, cada vez mais intrusiva no cotidiano das pessoas.

Esta *ratio* está (não por acaso) inserida na importante decisão do Tribunal Constitucional alemão, no já citado caso da Lei do Censo daquele país (v. item 1.3.3). Assim como o artigo “The Right to Privacy” é o marco fundador do direito à privacidade, pode-se dizer, com segurança, que referida decisão representa um marco, se não fundador (porque já na década de 1970, como visto, emergiram as duas primeiras leis de proteção de dados), ao menos ratificador da base sobre a qual o direito à proteção de dados pessoais se firmaria como direito autônomo. O julgado compreendeu a importância da autodeterminação informativa para uma sociedade livre e democrática, no contexto do então progresso tecnológico.

Segundo o Tribunal alemão, garantir que o indivíduo tenha o controle das informações existentes sobre sua pessoa é garantir que ele tome decisões com liberdade para escolher como agir em seu meio social, sem inibições¹⁵⁷. Afinal, desencorajar o indivíduo a exercer os direitos fundamentais de sua titularidade, não apenas prejudicaria esse livre desenvolvimento da personalidade, como prejudicaria, igualmente, “o bem comum, porque a autodeterminação é uma condição funcional elementar para uma comunidade democrática e livre, fundada na capacidade de ação e participação de seus cidadãos”¹⁵⁸. Mais uma vez Véliz enfatiza em seu libelo a importância que a proteção de dados tem para as sociedades democráticas (tendo em vista o caso da Cambridge Analytica nas eleições presidenciais estadunidenses e no referendo para Brexit, no Reino Unido, em 2016)¹⁵⁹.

Embora a autodeterminação informativa não se confunda com o direito à proteção de dados pessoais, a autonomia que aquele direito pretende proteger está intimamente associada a este último. Basta observar, no caso do Brasil, que a própria LGPD traz como fundamento da disciplina de proteção, conforme o art. 2º, além do respeito à privacidade (inciso I), a

¹⁵⁷ SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 238. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50 anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemao.pdf/view](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50%20anos%20de%20jurisprudencia%20do%20tribunal%20constitucional%20federal%20alemao.pdf/view). Acesso em: 19 out. 2020.

¹⁵⁸ SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 238. Acesso em: 19 out. 2020.

¹⁵⁹ VÉLIZ, Carissa. **Privacy is Power**. UK: Transworld, 2020. E-book, Kindle.

autodeterminação informativa (inciso II)¹⁶⁰. De maneira que a proteção de dados granjeia importância também de defesa do bem comum.

Se a realidade de *The Right to Privacy* se inseria, portanto, num contexto de liberdade negativa, sob uma lógica patrimonial da personalidade (da vida privada e da intimidade), suas possíveis motivações já revelavam os desdobramentos que o direito à privacidade desencadearia com o advento das novas tecnologias de informação surgidas com as revoluções digitais, dando ensejo à ampliação normativa da proteção de dados pessoais.

Sim, porque, com o pregresso tecnológico, como ressalta Bioni, “a esfera privada não seria algo já posto à espera de uma violação, mas um espaço a ser construído *a posteriori* e dinamicamente mediante o controle das informações pessoais”¹⁶¹ – ou seja, privacidade e autodeterminação informativa. Afinal, como visto no primeiro capítulo, a imersão cotidiana das pessoas naturais em rede, pelo uso massivo de tecnologia móvel como o *smartphone*, a intimidade e a vida privada se tornam um espaço em que a personalidade já não se desenvolve distantes da exposição pública. Há um conteúdo relacional inevitável.

2.2 O direito fundamental à proteção de dados pessoais

Embora se reconheça como necessário proteger a pessoa humana em sua liberdade, privacidade e livre desenvolvimento da personalidade, tendo em vista o contexto das tecnologias emergentes das revoluções digitais, o direito à proteção de dados ainda não é onipresente como direito humano ou fundamental, respectivamente, nos tratados internacionais ou nos Estados Constitucionais¹⁶².

No plano internacional, com efeito, reconhece-se a proteção de dados implicitamente como direito humano, a partir da previsão do direito à privacidade. Como destaca Sarlet¹⁶³, este reconhecimento pode ser inferido da Resolução aprovada em 2013, na II Comissão da 68ª

¹⁶⁰ LGPD, Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I - o respeito à privacidade; II - a autodeterminação informativa; [...]/

¹⁶¹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 1ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 97.

¹⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020.

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 2020.

Assembleia Geral das Nações Unidas¹⁶⁴, a qual, a partir do art. 17 do Pacto Internacional Direitos Civis e Políticos (PIDCP)¹⁶⁵, reafirmou o direito à privacidade na perspectiva de se controlar o tratamento massivo de dados pessoais nos meios digitais.

A exposição de motivos de referido documento não deixa dúvidas quanto à necessidade de reforçar e reconhecer o direito à proteção de dados como direito humano, ainda que sob o guarda-chuva da privacidade, ante a progressiva evolução das tecnologias de informação, cada vez mais intrusivas no cotidiano das pessoas. Isto porque, em vários trechos da resolução, há clara referência ao tratamento de dados pela coleta massiva de informação realizada pelo Estado, empresas e demais indivíduos com objetivos violadores dos direitos humanos, tal como consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e do já mencionado PIDCP.

No caso particular da Europa, por outro lado, o direito à proteção de dados foi reconhecido como direito fundamental em dois documentos, temporalmente distantes, mas igualmente ciosos de garantir este direito¹⁶⁶. O primeiro foi a Convenção de nº 108 do Conselho Europeu, que firmava o compromisso de os Estado signatários garantirem às pessoas naturais o respeito pelos direitos e liberdades fundamentais, em especial à vida privada, tendo em vista o tratamento automatizado dos dados de carácter pessoal. O segundo, por sua vez, foi a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia que, em seu art. 8º, declarou que “[t]odas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito”.

No caso da ordem constitucional brasileira, o direito à proteção de dados só veio a ser reconhecido como um direito fundamental implícito na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF88) no ano de 2020, após o julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal da Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6387, 6388, 6389, 6393, 6390, propostas contra a Medida Provisória 954/2020, cuja matéria

¹⁶⁴ ONU. II Comissão da 68ª Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/3436-resolu%C3%A7%C3%A3o-sobre-o-direito-%C3%A0-privacidade-na-era-digital>. Acesso em: 21 out. 2020.

¹⁶⁵ PIDCP, Art. 17: 1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

¹⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020.

regulada dizia respeito ao compartilhamento de dados pessoais dos usuários de operadoras de telefonia com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)¹⁶⁷.

Como será visto a seguir, a decisão colegiada (proferida *ad referendum* de uma decisão liminar da Ministra Rosa Weber) reconheceu a existência, na ordem constitucional brasileira, de um direito fundamental à proteção de dados, o que, segundo Mendes¹⁶⁸, representa um marco equivalente ao julgamento do Tribunal Constitucional alemão, na decisão sobre a Lei do Censo, em 1983.

2.2.1 Reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal

O fundamento arguido para a inconstitucionalidade material da MP 954/2020, a par do aspecto de vício formal (o requisito da relevância e urgência, nos termos do *caput* art. 62 da CF88¹⁶⁹, foi a violação das regras constitucionais da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, do sigilo dos dados e da autodeterminação informativa, conforme as previsões dos artigos 1º, III, e 5º, X e XII, da CF88.

Segundo se deduz do voto da relatora para o caso, a Ministra Rosa Weber¹⁷⁰, referendada pelo Pleno do STF, de fato, as disposições da MP 954/2020 violavam o conjunto de princípios que orientam as atividades de tratamento de dados pessoais pelos agentes de tratamento, especificamente a finalidade, a necessidade, a adequação e a segurança.

Isto se fica claro pelas observações da decisão em ressaltar que a MP 954/2020 não especificava a finalidade e a necessidade do tratamento de dados pessoais a serem compartilhados, tampouco justificava com clareza o “interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia, considerados a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida”¹⁷¹. Tais ponderações, sem dúvidas, ecoam os princípios previstos no art. 6º, I, II e III, da LGPD¹⁷².

¹⁶⁷ MENDES, Laura Schertel. Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Jota**. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020#_ftnref2. Acesso em: 21 out. 2020.

¹⁶⁸ MENDES, Laura Schertel. Op. cit., 2020.

¹⁶⁹ CF/88, Art. 62 Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

¹⁷⁰ MC ADI 6.388/DF.

¹⁷¹ MC ADI 6.388/DF, p. 9.

¹⁷² LGPD, 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

Ainda, segundo o voto da Ministra Rosa Weber, a MP 954/2020 não dispunha sobre procedimentos que assegurassem a integridade e segurança dos dados compartilhados, haja vista “não [apresentar] mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida”¹⁷³, o que também ecoa o princípio da *segurança de informação* e todas as exigências relacionados em conformidade com as disposições dos artigos 6º, VII¹⁷⁴, 13¹⁷⁵, 44¹⁷⁶, 46¹⁷⁷ e 47¹⁷⁸ da LGPD.

No entanto, conforme registro de Mendes¹⁷⁹ das razões expendidas pelo Plenário no julgamento das ADIs, três aspectos principais devem ser anotados como conclusão do julgamento da medida cautelar nas ADIs pelo STF. O primeiro, trata-se da desmistificação da existência de dados neutros, pois todo dado tem sua relevância, tendo em vista o estágio atual das tecnologias; o segundo, o reconhecimento de que o direito à proteção de dados pessoais é um direito fundamental autônomo e, assim, irradia os efeitos próprios dessa categoria de

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; [...].

¹⁷³ MC ADI 6.388/DF, p. 10.

¹⁷⁴ LGPD, Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: [...] 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; [...].

¹⁷⁵ LGPD, Art. 13. Na realização de estudos em saúde pública, os órgãos de pesquisa poderão ter acesso a bases de dados pessoais, que serão tratados exclusivamente dentro do órgão e estritamente para a finalidade de realização de estudos e pesquisas e mantidos em ambiente controlado e seguro, conforme práticas de segurança previstas em regulamento específico e que incluam, sempre que possível, a anonimização ou pseudonimização dos dados, bem como considerem os devidos padrões éticos relacionados a estudos e pesquisas.

¹⁷⁶ LGPD, Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo pelo qual é realizado; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado. Parágrafo único. Responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano.

¹⁷⁷ LGPD, 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.

¹⁷⁸ Art. 47. Os agentes de tratamento ou qualquer outra pessoa que intervenha em uma das fases do tratamento obriga-se a garantir a segurança da informação prevista nesta Lei em relação aos dados pessoais, mesmo após o seu término.

¹⁷⁹ MENDES, Laura Schertel. **Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais**. Jota. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020#_ftnref2. Acesso em: 21 out. 2020.

direitos; o terceiro, a fragilidade da LGPD enquanto, à época, estava com sua vigência sob risco de prorrogação, como também não havia previsão de constituição da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

Sobre estes aspectos, o terceiro já resta de alguma forma resolvido. Isto porque a LGPD entrou em vigor desde o dia 18 set. 2020¹⁸⁰, como a estrutura da ANPD¹⁸¹ e seu corpo de conselheiros já está formado¹⁸², embora seja criticável pela presença em maioria de militares – além do Brasil, apenas a Rússia e a China compuseram os respectivos órgãos responsáveis pela proteção de dados pessoais com a presença de militares, a considerar as 20 maiores economias do mundo¹⁸³.

Em relação aos outros dois aspectos, tem-se como crucial o reconhecimento de que todo e qualquer dado (pessoal ou não) produzido no cotidiano pelas pessoas naturais tem relevância para fins de proteção. Como visto no capítulo anterior, o uso da tecnologia móvel como o *smartphone* e tecnologias com a *IoT* torna o ser humano suscetível a um tratamento de dados cada vez mais granulado, a exemplo das campanhas da Sears Holding (v. item 1.2.3), que, com o uso de Big Data, pode realizar promoções melhor direcionadas, de maneira a atender com especificidade o gosto de sua clientela, conforme registrado em seu banco de dados.

É a captura dos menores detalhes de dados produzidos no cotidiano, o que Zuboff chamou de *everydayness*¹⁸⁴. Como destaca Mendes no mesmo sentido¹⁸⁵, o uso cotidiano da tecnologia móvel leva a uma produção massiva de dados (diretos ou indiretos), os quais, uma vez tratados, têm grande valor para o mercado e para o Poder Público, pois são “rastros” que permitem compor o perfil do indivíduo, tornando-o identificável para finalidades econômicas e políticas, conforme denuncia Véliz¹⁸⁶.

¹⁸⁰ Lei Geral de Proteção de Dados entra em vigor. **Senado.leg**, 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/18/lei-geral-de-protecao-de-dados-entra-em-vigor>. Acesso em: 21 out. 2020.

¹⁸¹ Cf. Decreto 10.474, de 26 de agosto de 2020.

¹⁸² RESENDE, Rodrigo. CI aprova primeira direção da Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Senado.leg, 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/ci-aprova-primeira-direcao-da-autoridade-nacional-de-protecao-de-dados>. Acesso em: 21 out. 2020.

¹⁸³ CRUZ, Bruna Souza. Bolsonaro indica militares para a ANPD; entenda papel do "xerife dos dados". **UOL Tecnologia**, 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/10/16/anpd-entenda-o-que-e-a-autoridade-nacional-de-protecao-de-dados.htm>. Acesso em: 21 out. 2020.

¹⁸⁴ ZUBOFF, Shoshana. Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. In: **Journal of Information Technology**, vol. 30, p. 75-89, 2015.

¹⁸⁵ MENDES, Laura Schertel. **Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais**. *Jota*. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020#_ftnref2. Acesso em: 21 out. 2020.

¹⁸⁶ VÉLIZ, Carissa. **Privacy is Power**. UK: Transworld, 2020. E-book, Kindle.

Exsurge desta circunstância a importância de se considerar todo e qualquer dado pessoal relevante, quando, razoavelmente, torne possível identificar a pessoa a quem se refere. Mesmo que se trate de dados anonimizados, segundo definição da LGPD, no inciso III do art. 2º¹⁸⁷. Isto porque, conforme defende Bioni, estes dados “podem ser considerados dados pessoais caso sejam utilizados para formação de perfis comportamentais”¹⁸⁸, segundo previsão do art. 12, §2º, da LGPD¹⁸⁹. Ou seja, qualquer dado que torne possível a identificação de uma pessoa tem relevância jurídica e merece proteção como dado pessoal.

Já o aspecto concernente ao reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental autônomo, será necessário discutir algumas questões relevantes para a compreensão da importância da decisão do STF nas ADIs ora em discussão. E essa discussão levará à *privacidade*, expressa pela inviolabilidade da intimidade e da vida privada e das comunicações de dados, bem como do instituto do *habeas data*, que materializa na ordem constitucional o direito à autodeterminação informativa.

2.2.2 Trajetória do direito à proteção de dados na ordem constitucional brasileira

A informação teve atenção dedicada pela CF/88¹⁹⁰. Desde a previsão da liberdade de manifestação do pensamento e do acesso à informação, ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, o ordenamento constitucional brasileiro buscou originalmente, em especial no rol de direitos e garantias fundamentais, criar um sistema de proteção de direitos que dissessem respeito à circulação e ao controle de informações, com vistas a dar efetividade aos paradigmas da dignidade da pessoa humana e do direito geral de liberdade, dos quais se deduz o direito fundamental implícito do livre desenvolvimento da personalidade¹⁹¹.

¹⁸⁷ LGPD. Art. Para os fins desta Lei, considera-se: [...]III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento; [...].

¹⁸⁸ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 1ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 80.

¹⁸⁹ LGPD, Art. 12. Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido. [...]§ 2º Poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada. [...].

¹⁹⁰ MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018.

¹⁹¹ GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo**: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014.

Este sistema, como destaca Mendes¹⁹², importou no reconhecimento de que era preciso proteger o ser humano no contexto de uma sociedade cada vez mais dependente da tecnologia de informação – como já destacado, inclusive, no primeiro capítulo –, principalmente porque vários dos direitos fundamentais podem ser impactados, positiva ou negativamente¹⁹³:

Vê-se, dessa forma, que na sociedade atual, o processamento e a utilização de informações afetam não apenas os direitos fundamentais que expressamente regulam o fenômeno da informação. Na realidade, o sistema de direitos fundamentais como um todo pode ser hoje influenciado, positiva ou negativamente, por esse fenômeno. Afinal, há diversos exemplos que demonstram como a infraestrutura de comunicação e informação se tornou hoje indispensável para o exercício dos direitos fundamentais: a internet revolucionou a liberdade de expressão, a comunicação interpessoal e a comunicação social, assim como os sistemas informáticos transformaram o mundo do trabalho, da administração e do mercado, sem os quais hoje se tornou impensável o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, ou a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.

Resgatando as sugestões e propostas da Constituinte de 1987 e 1989, a propósito da construção do art. 5º da CF88¹⁹⁴, é possível observar esta preocupação com a informação e os direitos fundamentais. Os parlamentares estavam preocupados em preservar a privacidade do cidadão mediante o estabelecimento de garantias em torno do controle de informações. Surge neste contexto um instrumento que é fruto da criatividade do legislador brasileiro¹⁹⁵, o *habeas data*, que se torna o eixo a partir do que se desdobrará a proteção de dados na ordem constitucional.

O instituto do *habeas data*, realmente, trouxe discussões que envolviam exatamente a necessidade de proteção da privacidade, do direito de defesa, dos direitos civis e políticos do cidadão, conforme justificativa apresentada pelo então constituinte paraibano Agassiz Almeida, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro pelo estado da Paraíba (PMDB/PB). A propósito, vale a pena transcrever na íntegra a justificativa que deu para a proposta de emenda relacionada ao instituto do *habeas data*¹⁹⁶:

¹⁹² MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018.

¹⁹³ MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Op. cit.*, 2018, p. 193.

¹⁹⁴ BRASIL. **A construção do artigo 5º da Constituição de 1988** [recurso eletrônico]. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/15176>. Acesso em: 20 out. 2020.

¹⁹⁵ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹⁹⁶ BRASIL. **A construção do artigo 5º da Constituição de 1988** [recurso eletrônico]. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013, p. 516. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/15176>. Acesso em: 20 out. 2020.

O *habeas data* representa uma conquista no sentido de assegurar a plenitude da privacidade e do direito de defesa ao cidadão, ao mesmo tempo limitando a ação discricionária, lesiva à honra individual, de órgãos da administração pública direta ou indireta, assim como de empresa privada, que exploram as informações sobre pessoas.

No âmbito da administração pública, incontáveis são os casos de cidadãos idôneos, de reputação ilibada, que tiveram, nos últimos vinte e dois anos, seus direitos civis e políticos gravemente prejudicados, ao lhes serem sumariamente denegadas as informações essenciais a própria defesa.

Como exemplo do abuso da sonegação de informações, na esfera da iniciativa privada, temos os chamados serviços de proteção ao crédito e de cadastramento bancário, os quais comercializam as mesmas fichas de informações pessoais que sonegam ao interessado.

A justificativa da instituição do *habeas data* encontra-se, também, na própria evolução tecnológica, que criou situações de violação da privacidade até recentemente inexistentes.

Com efeito, hoje constroem-se teleobjetivas que surpreendem o cidadão em locais quase inatingíveis, microsensores registram a presença humana em ambientes aparentemente indepassíveis, sofisticados engenhos de escuta telefônica funcionam até mesmo quando o aparelho não está sendo usado e iniciam a gravação automática de chamadas, microfones supersensíveis captam conversações à distância e receptores por meio de raio laser penetram as vidraças de portas e janelas para bisbilhotar a vida alheia. Atualmente ocorre, por via da ação das entidades de informação, o que o jurista Cândido Mendes, com muita propriedade, chama de “rapto da alma”.

O instituto do *habeas data* faz-se, pois necessário, para assegurar o direito de privacidade, não só no lar (que graças aos referidos engenhos de escuta e vigílias, deixou de ser o “reduto inviolável”), mas também, onde quer que o indivíduo se encontre.

Apesar de a emenda do parlamentar paraibano ter sido dada por prejudicada, haja vista o assunto já ter sido “tratado de maneira quase equivalente”¹⁹⁷ em outras subcomissões, a passagem transcrita da justificativa ilustra a consciência da Constituinte de 1987-1988 acerca da importância de regular a informação no âmbito da CF/88, sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais frente ao “rapto da alma” temida por Cândido Mendes¹⁹⁸. E mais relevante, como visto, estava a necessidade do controle das informações em relação às pessoas naturais para a proteção do direito à privacidade, mediante o direito à autodeterminação informativa que o *habeas data* materializava.

O *habeas data* – cuja instituição se deve sobretudo à experiência autoritária dos mais de 20 anos de regime militar no Brasil¹⁹⁹ (em grande parte, esta ferida histórica alimenta os receios

¹⁹⁷ BRASIL. Op. cit., 2013, p. 516.

¹⁹⁸ CONTREIRAS, Helio. Constituinte: mais direitos aos cidadãos. In: **Estado de São Paulo**. Edição de 30 jun. 1986. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/111241/1986_JAN%20a%20JUL_092.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 07 abr. 2021.

¹⁹⁹ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

do conselho da ANPD ter militares em maioria em sua composição) – pareceu açambarcar o papel de instrumento principal na defesa da privacidade pelo cidadão.

Não obstante, embora a importância enfatizada pelos constituintes, a exemplo da proposta de emenda do paulista Mario Covas, também constituinte pelo PMDB de São Paulo (que visou “ampliar o objeto do *habeas data* à tutela completa do direito de ter os dados pessoais corretamente apreciados e respeitados”²⁰⁰), o *habeas data* só veio a tomar relevância mais recentemente, porque, até então, era visto pela doutrina como um remédio constitucional simbólico²⁰¹, além de ter sido esvaziado pela jurisprudência do STF, conforme o precedente em Recurso Ordinário e Habeas Data (RHD) 22/DF, que estabeleceu parâmetros rigorosos (em torno do interesse de agir e o esgotamento da vias administrativa) para o exercício do remédio constitucional.

A reabilitação do *habeas data*, que aponta em direção do direito à autodeterminação informativa evocado pela decisão das ADIs supracitadas, aconteceu com o julgamento do RE 673.707/MG, no ano de 2015, em que se discutia o acesso do contribuinte a informações a ele relacionadas no Sistema de Conta Corrente da Secretaria da Receita Federal do Brasil (SINCOR). Há uma passagem do acórdão, relativa ao voto do Ministro Gilmar Mendes, em que se destaca esta importância do julgamento como marco de revitalização do *habeas data*, e justamente porque reconhece nele a tutela de um “direito fundamental à autodeterminação informativa”²⁰².

Como destacado, ademais, por Mendes²⁰³, este julgamento em RE 673.707/MG marca “um ponto de inflexão na jurisprudência constitucional brasileira e consolida um importante passo na interpretação da proteção de dados pessoais como um direito fundamental”²⁰⁴. E esta interpretação se consolidou com a decisão do STF nas ADIs propostas contra a Medida Provisória 954/2020, a cujo respeito Mendes sintetizou²⁰⁵:

²⁰⁰ BRASIL. **A construção do artigo 5º da Constituição de 1988** [recurso eletrônico]. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013, p. 542. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/15176>. Acesso em: 20 out. 2020

²⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: *habeas data*, direitos constitucionais e provas ilícitas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Habeas Data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

²⁰² RE 673.707/MG, p. 6.

²⁰³ MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Habeas data* e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018.

²⁰⁴ MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Habeas data* e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018, p. 199.

²⁰⁵ MENDES, Laura Schertel. **Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais**. *Jota*. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020#_ftnref2. Acesso em: 21 out. 2020.

[...] A afirmação de um direito fundamental à privacidade e à proteção de dados pessoais deriva, ao contrário, de uma compreensão integrada do texto constitucional lastreada (i) no direito fundamental à dignidade da pessoa humana, (ii) na concretização do compromisso permanente de renovação da força normativa da proteção constitucional à intimidade (art. 5º, inciso X, da CF/88) diante do espraiamento de novos riscos derivados do avanço tecnológico e ainda (iii) no reconhecimento da centralidade do Habeas Data enquanto instrumento de tutela material do direito à autodeterminação informativa.

O reconhecimento de um direito fundamental à proteção de dados, portanto, estabelece um parâmetro de eficácia que, a depender apenas da legislação infraconstitucional existente – especificamente a LGPD – não seria suficiente a cumprir o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e toda a gama de direitos fundamentais relacionados, a considerar o contexto do avanço tecnológico das revoluções digitais.

2.2.3 Consequências do reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados

O reconhecimento do direito à proteção de dados como direito fundamental garante verdadeiramente que o legislador não contrarie qualquer disposição que salvguarde esta proteção mediante a elaboração de leis que potencialmente reduzam a eficácia dos direitos garantidos em todo o sistema da LGPD, em especial nos artigos 17²⁰⁶ e 18²⁰⁷, os quais tratam dos direitos do titular dos dados pessoais. Garante-se, com efeito, todo um tecido que protege o titular de dados, pondo a salvo de qualquer disposição que queira solapar a proteção.

E isto decorre naturalmente da característica dos direitos fundamentais de conferirem ao sujeito de direitos posições jurídicas de natureza objetiva e subjetiva, conforme largamente estudado por Sarlet²⁰⁸.

²⁰⁶ LGPD, Art. 17 Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei.

²⁰⁷ LGPD, Art. 18 O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: I - confirmação da existência de tratamento; II - acesso aos dados; III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei; V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial; VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei; VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa; IX - revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei. [...].

²⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. (edição Kindle).

Como se sabe, a posição jurídica objetiva dos direitos fundamentais realça “um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes constituídos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais”²⁰⁹. Em outras palavras, os direitos fundamentais não se resumem apenas a conferirem uma posição jurídica subjetiva de defesa do indivíduo, implicam também os poderes constituídos, porque se impõem como valores jurídico-objetivos constitucionais, cuja eficácia alcança todo o ordenamento jurídico e serve de diretriz para os atos daqueles poderes²¹⁰.

Além disto, conforme ressalva Sarlet²¹¹, a posição jurídica objetiva se apresenta como um “reverso da medalha” da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Ao atribuir uma autonomia às normas que dispõem a respeito de direitos subjetivos, estes valores jurídico-objetivos promovem uma transcendência da perspectiva subjetiva, com o consequente reconhecimento da existência de conteúdos normativos e atribuições diferentes dos direitos fundamentais.

Dentre as funções e conteúdos normativos, Sarlet²¹² vai elencar ao menos três das mais importantes, tendo em vista o impacto na posição subjetiva dos direitos fundamentais. São eles: a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, na qual tem destaque a eficácia horizontal (ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a cujo respeito há significativa polêmica na doutrina entre a eficácia direta e indireta²¹³); o dever de proteção do Estado, que vem a ser não só uma defesa dos direitos subjetivos, mas uma ação para garantir a eficácia desses direitos; e, por fim, o direito à infraestrutura institucional e a procedimentos que visem operacionalizar aquele dever de proteção.

Como destacado por Sarlet²¹⁴:

²⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 2015, posição 3443.

²¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020.

²¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 2020.

²¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 2020.

²¹³ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luís. **Direito civil contemporâneo**: Estatuto Epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. 1. ed. São Paulo: GEN, 2019. Ver também: DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e Constituição**. Drittwirkung dos direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

²¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020, p. 201.

Tendo em vista que os deveres de proteção do Estado podem, por vezes, concretizar-se por meio de normas dispondo sobre o procedimento administrativo ou judicial, bem como pela criação de órgãos, constata-se, desde já, a conexão que pode existir entre estas duas facetas da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais. Para além desta constatação, foi feita oportuna referência na doutrina para a necessidade de um procedimento ordenado e justo para a efetivação ou garantia eficaz dos direitos fundamentais.

Ainda no que diz com a perspectiva procedimental (de que a proteção dos direitos fundamentais depende de estruturas organizacionais e de procedimentos adequados), há que sublinhar a necessidade de utilização e otimização de técnicas processuais que assegurem, com o maior nível possível de eficácia, a proteção dos direitos fundamentais, o que, dada a natureza/função dos direitos e das circunstâncias que envolvem a sua incidência em casos concretos, pode implicar técnicas distintas para direitos distintos mas também técnicas diversas para a proteção do mesmo direito fundamental.

Observe que estas três funções se destacam nos precedentes do STF citados neste trabalho, seja a decisão no RE 673.707/MG, em que se reconheceu no *habeas data* uma tutela do direito material à autodeterminação informativa, seja na decisão das ADIs contra a MP 954/2020, em especial a função de criação institucional, como a ANPD, e procedimental, como no caso do *habeas data* e dos procedimentos previstos na LGPD, tudo isto como forma de viabilizar o dever de proteção do direito fundamental à proteção de dados.

Já sob a dimensão subjetiva, os direitos fundamentais se constituem como um direito subjetivo de defesa, ao mesmo tempo em que conferem ao indivíduo o direito a prestações, as quais podem ser fáticas ou normativas. Conforme destaca Mendes²¹⁵, a propósito do direito fundamental à proteção de dados, a posição jurídica subjetiva, ao tempo em que preserva os espaços de liberdade e privacidade do titular de dados, a ele confere soluções reparatórias, caso violado o direito, ou preventivas, em caso de ameaça de violação.

O fato é que a dimensão subjetiva projeta nos direitos fundamentais um elenco de direitos subjetivos que visam a dar a estes direitos a eficácia que a pretensão individual espera deles. Neste sentido, a autodeterminação informativa tem fundamental importância na realização do direito fundamental à proteção de dados, porquanto sua força normativa recai exatamente no processo de tratamento de dados pessoais, a cujo respeito a LGPD busca delimitar a partir dos direitos previstos no já citado art. 18.

Por sinal, como destaca Sarlet²¹⁶, o elenco de direitos subjetivos de substrato constitucional que poderiam ser relacionados ao direito fundamental à proteção de dados, à míngua de

²¹⁵ MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda*. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018.

²¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal*

positivação na Constituição (porque não há qualquer referência específica a eles), está exatamente positivado no plano infraconstitucional, de modo que é nos citados artigos 17 e 18 que se pode observar as posições jurídicas defensivas e prestacionais do direito fundamental à proteção de dados pessoais²¹⁷:

Já mediante uma simples leitura do catálogo que segue, enunciado nos arts. 17 e 18 da LGPD, é possível perceber que em grande medida as posições jurídicas subjetivas (direitos) atribuídas ao titular dos dados pessoais objeto da proteção legal, que concretiza e delimita, em parte, o próprio âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados, coincidem com o rol de posições jurídico-constitucionais diretamente e habitualmente associadas à dupla função de tal direito como direito negativo (defesa) e positivo (a prestações).

Dessume-se disto a grande importância da LGPD como substrato a partir do qual se pode inferir as dimensões do direito fundamental à proteção de dados, seja pela perspectiva objetiva (tendo em vista principalmente às soluções institucionais da ANPD, como pela determinação de procedimentos de segurança da higidez dos dados pessoais), seja pela perspectiva subjetiva, conforme o elenco de direitos do titular de dados.

Daí a importância de se compreender o direito à proteção de dados como direito da personalidade, em especial em razão das características normativas desses direitos.

2.3 O direito de personalidade à proteção de dados pessoais

Segundo Reale, “cada direito da personalidade corresponde a um *valor fundamental*, a começar pelo do próprio corpo, que é a condição essencial do que somos, do que sentimos, percebemos e agimos”²¹⁸. Esta primariedade do corpo (*condição essencial*), tal como dissertado por Reale, significa dizer que é a partir dele (do corpo) que o ser humano encontrará seus atributos de ser no mundo, sua *ipsidade*²¹⁹.

Não é por outro motivo que se reconhece aos direitos de personalidade a qualificação de serem direitos existenciais, porque seu fundamento não reside na lógica patrimonial, dentro da lógica do “ter”. Reside, ao contrário, nos contornos do ser, como afirma Perlingieri²²⁰. Segundo este autor, superado o debate dogmático de saber se os direitos de personalidade

brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020.

²¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 2020, p. 196.

²¹⁸ REALE, Miguel. **Política**: ensaios. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 89.

²¹⁹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 1ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

²²⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. 3. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro, 2002.

seriam direito subjetivos (porque insuficiente a compreender toda a complexidade que envolve as situações existências da *ipsidade* humana, em que a linha divisório de sujeito e objeto de direito desaparece), tem-se que a personalidade seria antes de tudo um *valor*, o qual está na base de uma série aberta de situações existenciais²²¹. Neste sentido é que se revela a vinculação dos direitos de personalidade a valores fundamentais da pessoa humana, os quais, como ressalte mais uma vez Reale, são fruto de um processo histórico não linear, mas que preserva uma *axiologia invariante* que se expande à medida em que a humanidade avança²²².

Neste passo, o corpo representa a medida destes valores fundamentais que rondam a compreensão do ser humano pelo direito. Dito de outra maneira, hoje não se reifica mais o corpo humano (como se reificava com a escravidão e tentou-se, com certo êxito, no holocausto); antes, protege-se contra todo e qualquer ato ilícito que venha submetê-lo a situações que impliquem risco de vida e de violação da integridade física e psíquica, uma vez que o corpo estabelece o início e o fim, a extensão existencial de todas as situações existenciais em que se desenvolve a personalidade humana. Ou como defende Godinho, o corpo humano ou “o suporte físico da personalidade humana” marca “o início e o fim da personalidade”²²³.

Cabe dizer, portanto, que o corpo humano é um atributo primário da personalidade, a cujo respeito o direito não permite degradação, seja por seu titular, seja por vontade alheia. A lógica dessa qualificação não é patrimonial (do “ter”), insista-se, mas existencial (do ser), porque o corpo é uma unidade elementar que representa fisicamente esses valores fundamentais, os quais encerram toda a existência do ser humano. A atribuição de ser bem jurídico, neste sentido, antes de indicar a possibilidade de ilimitado curso às vontades (do titular ou do terceiro), indica a proteção da esfera existencial do indivíduo, o qual pode dele (do corpo) dispor, desde que seja apenas e somente para desenvolver sua própria personalidade.

Mesmo que extrapole o objeto específico deste trabalho, considere, a propósito, a disposição do próprio corpo oriunda de cirurgias de redesignação de sexo. Nestes casos, a pessoa não se identifica com seu gênero *físico*, tendo interesse em conformá-lo a percepção de gênero que tem de si mesmo. A princípio, atitudes de disposição como esta poderiam suscitar,

²²¹ Idem.

²²² REALE, Miguel. **Política**: ensaios. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

²²³ GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo**: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014.

a partir de uma lógica patrimonial, um ato contrário à integridade do corpo, a seu valor absoluto de propriedade, o que implicaria a vedação do art. 13 do CC²²⁴ (numa leitura patrimonial, ressalve-se). Mas a lógica não é esta, como já dito; é antes *existencial*, de modo que a disposição do próprio corpo em casos tais, ao contrário de violar o respectivo direito da personalidade (integridade física), o promove, porque garante o reencontro da identidade físico-psíquica de seu titular (porque a integridade física é intimamente relacionada à psíquica)²²⁵.

Um caso emblemático ilustra muito bem o que aqui se defende. Trata-se do caso da primeira pessoa *trans* a fazer a cirurgia de redesignação de sexo no Brasil²²⁶. O médico que a fez foi acusado de lesão corporal, condenado em primeira instância, mas depois absolvido pela 5ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Segundo este órgão julgador, “não age dolosamente o médico que, através de uma cirurgia, procura *curar* o paciente ou reduzir o seu sofrimento”²²⁷. E houve, no caso, uma cura de fato, conforme relato do próprio acórdão. A convergência entre corpo e mente do paciente resultou no livre desenvolvimento de sua personalidade.

É evidente que a gratidão da paciente pelo médico que a operou, além de seu relato de autorealização que incluiu aspectos de gozo de sua intimidade, revele exatamente como o corpo se firma como o dado inicial do livre desenvolvimento da personalidade humana. O corpo, para retomar a lição de Reale, é a condição essencial por meio do qual o ser humano parte de si (ser, sentir e perceber) para o mundo, na sua dimensão relacional (o agir). Neste sentido, é correta a percepção de Pontes de Miranda quando afirma que os “Direitos de personalidade são todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas”²²⁸.

²²⁴ CC, Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

²²⁵ GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo**: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014.

²²⁶ Primeira trans a realizar cirurgia de mudança de sexo no Brasil foi chamada de "eunuco estilizado" na Justiça. **Portal Migalhas**, 2019. Fonte: <https://www.migalhas.com.br/quentes/296792/primeira-trans-a-realizar-cirurgia-de-mudanca-de-sexo-no-brasil-foi-chamada-de-eunuco-estilizado-na-justica>. Acesso: 09 mar. 2021.

²²⁷ Fonte: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/2/art20190221-07.pdf>. Acesso: 09 mar. 2021.

²²⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: direito de personalidade. Direito de família: direito matrimonial (Existência e validade do casamento). Atualização Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial, 7.)

A importância da figura do corpo humano para o direito de personalidade, no entanto, não deve se adstringir ao mundo físico, a esfera da vida analógica. É preciso pensá-lo também no contexto das revoluções digitais. Se o corpo é o ponto de partida para todas as situações existenciais que cercam a personalidade humana, os dados pessoais também não deixam de ser, se não o ponto de partida, o prolongamento dessa condição essencial do ser humano nos meios digitais, os quais passaram a ser *datificados* em massa com as novas tecnologias móveis.

Conforme se acentuou no primeiro capítulo desta dissertação a propósito do *bios midiáticos* (vide item 1.2.2), o ser humano se expõe digitalmente, devassa sua esfera de privacidade, prefigura sua personalidade nas redes sociais e, nas relações que daí derivam, cria para si uma identidade digital. Em linha de raciocínio semelhante, Bioni assevera que os dados pessoais constituem “uma projeção, extensão ou dimensão do seu titular”²²⁹.

Na verdade, o raciocínio de Bioni parte da ideia de que a personalidade encontra nos respectivos direitos a proteção de seus caracteres corpóreos e incorpóreos, os quais representam a totalidade da pessoa humana. Todos aqueles direitos identificados como de personalidade – aos quais Perlingieri dedica atenção como situações existenciais – conformam a *ipseidade* humana. Assim o nome, a honra, a integridade física e psíquica, e todos os atributos que vão distinguir uma pessoa da outra são reflexo de sua individualidade, do ser e estar no mundo de seu titular. Por esta via, a considerar o contexto das revoluções digitais, os dados pessoais também representam essa projeção da individualidade do ser e estar no mundo, configurando “um novo tipo de identidade”²³⁰.

Exsurge deste contexto – e aqui endossa-se novamente a lição de Bioni – que os dados pessoais demandam igual proteção como direito da personalidade. Para referido autor, que pertinentemente distingue a proteção de dados da privacidade (v. item 2.1), os dados pessoais transitam transversalmente os direitos da personalidade²³¹, porque – acrescente-se – abrange como o corpo físico a totalidade da pessoa na esfera digital (arriscar-se-ia a dizer até que os dados pessoais também têm repercussão igualmente na esfera analógica, a considerar a perseguição contra os judeus pelo regime nazifascista durante a Segunda Guerra Mundial²³²).

²²⁹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 1ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 65.

²³⁰ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Op. cit., p. 65.

²³¹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Op. cit.

²³² VÉLIZ, Carissa. **Privacy is power** – why and how you should take back control of your data. London, UK: Bantam Press, 2020.

Os dados pessoais, por estarem assim diretamente relacionados à *ipseidade* humana, exige do direito o mesmo *status* de proteção que os demais direitos de personalidade têm, os quais correspondem a valores fundamentais. Afinal, os direitos de personalidade conferem “tutela jurídica aos elementos que emprestam conteúdo ao valor-fonte do ordenamento jurídico, aos bens (da personalidade) que individualizam o sujeito perante a sociedade”²³³.

Por esta razão, pensada a proteção de dados como um novo direito da personalidade, ter-se-á na LGPD o vetor pelo qual as dimensões do direito fundamental à proteção de dados, na perspectiva objetiva e subjetivas das posições jurídicas de seu titular, alcançarão plena eficácia nas relações jurídicas, sobretudo naquelas em que se firmam entre os particulares.

2.3.1 Posições jurídicas subjetivas

Apesar de a LGPD designar capítulo específico (Capítulo III) para alocar os chamados *direitos do titular*, os quais estariam delineados entre os artigos 17 e 18, tem-se que esses direitos se espalham pela lei como uma teia de salvaguarda da pessoa natural, protegida pelo manto legal da proteção do valor fundamental em torno dos dados pessoais. Chama atenção para isto Frazão²³⁴, que pontua exatamente esta pulverização de direitos que o titular possui frente ao tratamento de seus dados pessoais pelos agentes de tratamento, os quais devem ser lidos como chave de leitura dos citados dispositivos.

A dimensão das posições subjetiva e objetiva do titular do direito fundamental e da personalidade à proteção de dados pessoais deverá ser apreendida por uma leitura sistemática dos fundamentos, princípios e direitos estabelecidos pela lei. E o ponto de partida é o art. 1º²³⁵ da LGPD, que diz ser objetivo do microssistema de proteção de dados a proteção dos direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade. Neste dispositivo, ademais, percebe-se os valores fundamentais com o que a proteção de dados pessoais guarda relação, conforme destaca Vainzof²³⁶.

²³³ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 1ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 64.

²³⁴ FRAZÃO, Ana. *Direitos básicos dos titulares de dados pessoais*. In: BIONI, Bruno Ricardo (Coord.). **Revista do Advogado**. Ano XXXIX, nº 144, nov. 2019, p. 33-46.

²³⁵ LGPD, 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. Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

²³⁶ VAINZOF, Rony. Comentários ao Capítulo I – Disposições Preliminares. In: MALDONADO, Viviane

À toda evidência que tais direitos fundamentais assumem a posição de vetor hermenêutico de todo o microsistema de proteção dos dados pessoais. Em primeiro lugar, o direito fundamental de liberdade. Nas precisas lições de Adriano de Cupis²³⁷, este direito representa a faculdade que o titular tem de fazer ou não fazer algo sem limitações outras que não aquelas impostas pelo próprio ordenamento jurídico, as quais representam toda gama de restrição que o direito de liberdade encontra no correspondente dever de seu titular para com todos os demais. A não ser assim, como prega Diogo Leite Campos²³⁸, dar-se-ia curso ao “querer contingente dos desejos”, em que a norma limitadora das vontades individuais não estaria no ordenamento jurídico, tampouco no padrão ético que a dimensão relacional da pessoa humana exigiria, mas só encontraria nas fronteiras do próprio indivíduo titular do direito de liberdade.

O direito fundamental de liberdade, assim compreendido (e abrangentemente protegido pela CF/88 em vários de seus dispositivos²³⁹, a exemplo do arts. 1º, II, III, IV, V; 4º, II; 5º, *caput*, I e II)²⁴⁰, prolonga-se mediante o direito fundamental do livre desenvolvimento da personalidade, cujo eficácia está exatamente na dimensão relacional dos direitos de personalidade. Na verdade, o livre desenvolver-se leva em conta a garantia de privacidade de seu titular, o qual tem a liberdade de reger com autonomia sua esfera individual e relacional da vida. Contudo, essa liberdade e autonomia não podem ser instrumento de arbítrio, pelo que o exercício das prerrogativas conferidas por estes direitos, em especial quando se tem em conta os dados pessoais, não pode comprometer a dos outros, como bem defendido por Véliz²⁴¹.

Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei geral de proteção de dados comentada**. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book, Kindle.

²³⁷ CUPIS, Adriano. **Os direitos de personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008.

²³⁸ CAMPOS, Diogo Leite de. Os direitos e os direitos de personalidade. **Revista da Ordem dos Advogados**, a. 53, abr./jun. 1993. P. 201-224.

²³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: direito de personalidade**. Direito de família: direito matrimonial (Existência e validade do casamento). Atualização Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial, 7.)

²⁴⁰ CF/88, 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: [...] II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. [...] Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...]II - prevalência dos direitos humanos; [...] 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: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]

²⁴¹ VÉLIZ, Carissa. **Privacy is Power**. UK: Transworld, 2020. E-book, Kindle.

Esta tríade de direitos fundamentais que a LGPD tem como objetivo de proteção demonstra, por sua vez, a transversalidade do próprio direito fundamental à proteção de dados pessoais e do correspondente direito de personalidade, os quais cumprem a função de salvaguarda da dignidade da pessoa humana. E isto está demonstrado no rol de fundamentos (especificamente o art. 2º, I, II, III, IV e VII), princípios (art. 6º), além de demais disposições que disciplinam o tratamento de dados pessoais²⁴².

Este rol de direitos vai da autodeterminação informativa ao exercício da cidadania, conforme o elenco de fundamentos da proteção de dados previsto no art. 2º da LGPD²⁴³, e segue pela previsão dos princípios que norteiam o tratamento de dados, os quais englobam a boa-fé e os princípios da finalidade (de propósitos legítimos, específicos e explícitos e informados ao titular), do livre acesso e da segurança, conforme previsão do art. 6º²⁴⁴.

A função dos arts. 17 e 18 da LGPD, portanto, terá, além do vetor hermenêutico dos direitos fundamentais cuja proteção é objetivo declarado da lei, todo o sistema de direitos que estão dispostos nos citados arts. 2º e 6º como âncora para sua eficácia. Como observado por Frazão, “somente com a visão conjunta e sistemática da LGPD é que se pode compreender a

²⁴² FRAZÃO, Ana. *Direitos básicos dos titulares de dados pessoais*. In: BIONI, Bruno Ricardo (Coord.). **Revista do Advogado**. Ano XXXIX, nº 144, nov. 2019, p. 33-46.

²⁴³ LGPD, 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; [...]; e VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

²⁴⁴ LGPD, 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.

exata dimensão do Capítulo III”²⁴⁵, em que traz as previsões dos arts. 17 e 18, os quais serão objeto de análise a seguir.

2.3.1.1 Titularidade e direito de defesa

Ao dispor que está garantida a titularidade dos dados à pessoa natural, o art. 17 confirma o fundamento da autodeterminação informativa. Como visto ao longo deste capítulo, este fundamento pretende conferir ao titular de dados o controle sobre as próprias informações, as quais não podem ser tratadas sem que possa decidir o que e como serão tratadas. Além disso, a garantia da titularidade implica que o titular de dados terá o escopo ampliado de tutelas, podendo ser patrimonial e não patrimonial²⁴⁶.

Este controle do fluxo de informação, a partir da garantia da titularidade sobre os dados pessoais (confirmando o fundamento da autodeterminação informativa), encontra no delineamento de direitos específicos do art. 18 as ferramentas de defesa da posição jurídica subjetiva de que dispõem os titulares do direito à proteção de dados pessoais. E, neste dispositivo, tem-se elenco (cuja compreensão deve ser pela não-taxatividade, de modo que se tenha em perspectiva horizonte aberto de tutelas²⁴⁷) ferramental que vai ratificar princípios como o do *livre acesso*, da *qualidade dos dados*, da *transparência* e da *segurança*, conforme o já referido art. 6º da LGPD.

O primeiro desses direitos de defesa é o direito de confirmação da existência dos dados. Isto quer dizer que o titular pode exigir do agente de tratamento, a qualquer tempo, a informação sobre eventual tratamento de dados pessoais em curso, principalmente no caso de não ter havido a coleta de dados diretamente entre os sujeitos envolvidos da relação jurídica.

²⁴⁵ FRAZÃO, Ana. *Direitos básicos dos titulares de dados pessoais*. In: BIONI, Bruno Ricardo (Coord.). **Revista do Advogado**. Ano XXXIX, nº 144, nov. 2019, p. 38.

²⁴⁶ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019; ver também: MAIA, Roberta Mauro Medina. A titularidade de dados pessoais prevista no art. 17 da LGPD: direito real ou pessoal? In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coords.). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 131-156.

²⁴⁷ SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Direitos do titular de dados pessoais na Lei nº 13.709/2018: uma abordagem sistemática. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coords.). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 243-286.

Este direito, conforme destaca Maldonado²⁴⁸, relaciona-se como o princípio da transparência, conforme a disposição do art. 6º, VI, da LGPD.

O direito de acesso, que é o segundo direito previsto no rol do art. 18, segue um caminho sequencial, no sentido de ser sucessivo ao direito de confirmação. Como defende mais uma vez Maldonado, “o direito de acesso [...] pressupõe que a existência de conhecimento prévio ou de anterior confirmação da existência de tratamento”²⁴⁹. E aqui se faz oportuno destacar a importância dada ao direito de acesso por Rodotà²⁵⁰, para quem esta garantia faz do poder (aqui se acrescenta tanto o poder político quanto o econômico, na linha da relação denunciada por Véliz) uma *casa de vidro*, isto é, um poder visível.

Na mesma linha desses dois direitos, tem-se também aqueles previstos nos incisos VII e VIII do art. 18, que respectivamente põe à disposição do titular o poder de exigir a informação sobre o compartilhamento de dados (pelo controlador com entidades públicas ou privadas) e a informação em torno do consentimento (a possibilidade de não consentir e os efeitos negativos dessa atitude). O princípio da transparência tem papel decisivo, para o primeiro caso, porque exige dar conhecimento ao titular dos entes com os quais o controlador compartilhou os dados pessoais e da extensão desse compartilhamento. Além disso, garante o controle necessário ao titular, por exemplo, sobre dados sensíveis de saúde, a lembrar a disposição do §4º do art. 11 da LGPD²⁵¹, dando maior eficácia à garantia da titularidade prevista no art. 17. Para o segundo caso, a transparência permite que o titular possa dar seu consentimento de maneira informada, sob as premissas da boa-fé e do direito de informação como estabelecido no art. 6º, caput e inciso I. Como explica Frazão²⁵², a propósito, “apenas se

²⁴⁸ MALDONADO, Viviane Nóbrega. Comentários ao Capítulo II – Dos direitos do titular. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei geral de proteção de dados comentada**. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book, Kindle

²⁴⁹ MALDONADO, Viviane Nóbrega. Comentários ao Capítulo II – Dos direitos do titular. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei geral de proteção de dados comentada**. Op. cit. posição 6854.

²⁵⁰ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

²⁵¹ LGPD, Art. 11. [...]§ 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: (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) I - a portabilidade de dados quando solicitada pelo titular; ou (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019) II - as transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação dos serviços de que trata este parágrafo.

²⁵² FRAZÃO, Ana. *Direitos básicos dos titulares de dados pessoais*. In: BIONI, Bruno Ricardo (Coord.). **Revista do Advogado**. Ano XXXIX, nº 144, nov. 2019, p. 45.

pode cogitar de consentimento inequívoco do titular de dados se ele souber as repercussões tanto de sua aceitação como de sua recusa”.

E neste ponto surge um direito que, embora não esteja lista no rol do art. 18 (por isto a importante compreensão da não-taxatividade), será muito importante para compreender a dinâmica da base legal do legítimo interesse, conforme será visto no capítulo terceiro deste trabalho. Este direito está previsto no §2º do art. 18, cuja redação confere ao titular o poder de opor-se a tratamento realizado com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento, em caso de descumprimento ao disposto nesta Lei.

Os demais direitos listados de forma não taxativa no art. 18, a exemplo do direito de correção de dados, de anonimização e eliminação tem igualmente relação com os princípios previstos no art. 6ª, que envolve o princípio da *qualidade dos dados*, da *segurança* e não discriminação, a revelar exatamente a necessidade de ler estes direitos sob a perspectiva sistemática da LGPD, haja vista à transversalidade que tem o direito à proteção de dados.

2.3.2 Posições jurídicas objetivas

Se de um lado a LGPD trouxe um rol não exaustivo de direitos que pretende instrumentalizar o titular na proteção de suas posições subjetivas, em especial a liberdade, a privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade, de outro, cria infraestruturas e procedimentos que operacionalizam (ou pretendem operacionalizar) o dever de proteção que tem o Estado em relação aos direitos fundamentais.

Esta infraestrutura está, neste contexto, sistematizada pela criação da ANPD, conforme já mencionado, cuja instituição se deu pelo Decreto 10.474, de 26 de agosto de 2020. A ANPD é, nos termos do art. 5º, XIX, da LGPD, o órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento de todo o microssistema de proteção de dados. Ou seja, trata-se de Autoridade de Garantia, a cuja presença a eficácia do direito fundamental à proteção de dados depende sumamente²⁵³, em especial com a mediação da LGPD quando a relação jurídica envolver particulares²⁵⁴. A ANPD assume deveras o papel garantidor desse

²⁵³ DONEDA, Danilo. Autoridade Nacional de Proteção de Dados e o Conselho Nacional de Proteção de Dados. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 459-469.

²⁵⁴ MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares. O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Op. cit., p. 61-72.

direito fundamental, sobretudo pela “impossibilidade de que os direitos que hoje estão relacionados à proteção de dados sejam contemplados unicamente pela ação singular de seu interessado”, conforme alerta Doneda²⁵⁵.

As competências da ANPD, para cumprir este mister de garantir a eficácia do direito fundamental à proteção de dados, estão sistematizadas na LGPD, especificamente no art. 55-J. Neste dispositivo, tem-se uma gama de atribuições que a Autoridade de Garantia assume para cumprir seu objetivo definido no art. 5º, XIX, da LGPD - zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da lei. Dentre essas atribuições, encontra-se a prevista no inciso XIII, que estabelece a competência da ANPD de “editar regulamentos e procedimentos sobre [...] relatórios de impacto à proteção de dados pessoais para os casos em que o tratamento representar alto risco à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais”.

Destaca-se esta competência por ser inerente à possibilidade prevista no §3º do art. 10, que interesse ao recorte do objeto da presente pesquisa. Segundo referenciado dispositivo, no tratamento de dados por legítimo interesse, a ANPD poderá intervir na relação jurídica de tratamento, havida entre titular e controlador, para solicitar deste relatório de impacto à proteção de dados pessoais. Esta potencial exigência, portanto, estará condicionada à preexistência de regulamentos e procedimentos editados pela ANPD, com o fito de permitir que citado relatório seja feito, resguardando-se os direitos (princípios) dos titulares de dados submetidos a tratamento que lhe tragam risco aos direitos e liberdades fundamentais garantidos pela LGPD (art. 10, II²⁵⁶). Esta solicitação serve a garantir a higidez do tratamento, porque a intenção da lei não é impedir que os agentes de tratamento sejam proibidos de fazerem uso de dados pessoais, mas que o façam com sustentabilidade.

A ANPD serve, neste passo, como um guardião do tratamento sadio dos dados pessoais em que os interesses da pessoa humana convirjam com valores constitucionais outros. Isto porque, sua atuação regulatória vai desde zelar pela proteção de dados pessoais, elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e Privacidade (PNPDP), como também garantir que o segredo de comércio e industrial dos agentes de tratamento que

²⁵⁵ DONEDA, Danilo. Autoridade Nacional de Proteção de Dados e o Conselho Nacional de Proteção de Dados. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Op. cit., p. 464.

²⁵⁶ LGPD, 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: [...]; 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.

atuam na economia de dados em conformidade com a LGPD estejam protegidos, conforme especificação da competência do inciso II do art. 55-J da LGPD²⁵⁷.

É neste último aspecto que se revela a decisiva importância da ANPD na regulação da economia movida a dados. Ao atribuir à Autoridade de Garantia a competência de zelar pela observância dos segredos comercial e industrial, garantida a proteção de dados pessoais e do sigilo das informações quando protegido por lei ou quando a quebra do sigilo violar os fundamentos do art. 2º (conforme disposição do inciso II do art. 55-J), a LGPD confere a este órgão o papel de garantidor de direitos fundamentais “na promoção de um ‘equilíbrio dinâmico’ entre essas situações subjetivas – organizando uma ‘convivência plural’ dos valores que se referem à pessoa”, como defende Doneda²⁵⁸.

A menção que o inciso II do art. 55-J faz ao art. 2º da LGPD, em que se aglutinam os fundamentos nos quais a disciplina de proteção de dados se assenta, indica exatamente na direção desse “equilíbrio dinâmico” entre posições jurídicas eventualmente em colisão (como a livre iniciativa e a livre concorrência, por exemplo), com a finalidade de “proteger os direitos fundamentais e o livre desenvolvimento da personalidade (art.1º), repetindo-os como um de seus fundamentos ao lado do desenvolvimento econômico-tecnológico e da inovação (art. 2º)”, como sugeriu Bioni²⁵⁹.

A par das posições subjetivas, portanto, que buscam dar eficácia ao direito fundamental de proteção de dados em prol da pessoa humana, as posições objetivas, que são o “reverso da medalha”²⁶⁰, são responsáveis pela transcendência das normas de proteção da perspectiva subjetiva, com o consequente reconhecimento da existência de conteúdos normativos e atribuições diferentes aos direitos fundamentais. E isto implica, conforme se viu, na necessidade de garantir uma tutela coletiva dos titulares à míngua de simetria com os agentes de tratamento, mas também pretende atender a interesses plurais, cuja finalidade última é dar eficácia ao sistema de proteção de dados pessoais.

²⁵⁷ LGPD, Art. 55-J. Compete à ANPD: [...] ; II - zelar pela observância dos segredos comercial e industrial, observada a proteção de dados pessoais e do sigilo das informações quando protegido por lei ou quando a quebra do sigilo violar os fundamentos do art. 2º desta Lei;

²⁵⁸ DONEDA, Danilo. Autoridade Nacional de Proteção de Dados e o Conselho Nacional de Proteção de Dados. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 463-464.

²⁵⁹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 1ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 109.

²⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 2020.

2.4 Conclusões parciais

Observou-se ao longo deste capítulo que o direito à proteção de dados pessoais difere da privacidade a partir de sua dinâmica normativa. Enquanto este direito, que surge como uma formulação burguesa de defesa do espaço particular em oposição ao público, aquele direito surge sobretudo como uma prerrogativa de controle do fluxo de informação que seu titular possui contra o processamento de dados pessoais por novas infraestruturas tecnológicas, o que veio a ser sedimentado ao longo da segunda metade do século XX, em especial com a decisão do Tribunal Constitucional Alemão que reconheceu o direito fundamental à autodeterminação informativa.

Não obstante esta diferença, viu-se também que a formulação do direito à privacidade, a levar em conta seu “marco fundador”, o artigo “The Right to Privacy”, já antecipava preocupações que se refletiriam como próprias da proteção de dados. Esta conclusão foi alcançada pela análise de provável motivador de referido artigo: a vida sexual do irmão de Samuel Warren. Embora seja uma hipótese crível, a possível história por trás do artigo revelou a preocupação coletiva da privacidade, a prenunciar o conteúdo relacional típica da proteção de dados pessoais.

Com vista a estas considerações, o presente capítulo passou a delinear o perfil do direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental. Embora reconhecido como tal na comunidade europeia desde fins do século XX, o direito à proteção de dados pessoais somente em 2020 veio a ser reconhecido como direito fundamental implícito na CF/88, a partir de decisão do STF em ADI proposta contra a MP 954/2020.

Na verdade, a consciência desse direito já se desenhava desde a constituinte, como demonstrado pelas proposituras em torno do assunto nos trabalhos de formação da CF/88. Tanto isto é evidente que o resultado dessas deliberações deu luz ao remédio constitucional do *habeas data*, cuja revitalização (após longos anos de ineficiências) ocorreu recentemente, também por decisão do STF (RE 673.707/MG).

Seja como for, o delineamento do direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental fez revelar a importância da LGPD como instrumento de concretização da proteção jurídica. Os artigos 17 e 18 de referida lei oferece, a partir de uma leitura sistemática da lei, a rede de proteção que resguarda as posições subjetivas da personalidade do titular, sobretudo pelo controle do fluxo informacional na economia movida a dados.

E foi sobre este aspecto que, frente à institucionalidade própria das posições objetivas do direito fundamental à proteção de dados, viu-se a importância da ANPD, cuja função é manter a higidez das relações de tratamento de dados pessoais para garantir o equilíbrio dinâmico entre os interesses opostos do titular e do agente de tratamento. E esse equilíbrio tem capital repercussão sobre o objeto desta pesquisa, o qual envolve a relação jurídica de tratamento de dados com base no legítimo interesse, conforme as previsões dos artigos 7, IX, 10 e 37 da LGPD, cuja perquirição será tema do próximo capítulo.

3 LEGÍTIMO INTERESSE E EQUILÍBRIO DINÂMICO COM A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A LGPD elege como objetivo de proteção, conforme visto, os direitos fundamentais de liberdade, da privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, esta considerada pela lei como sujeito de direito titular da proteção de dados pessoais (art. 5º, V, da LGPD²⁶¹). O contexto da proteção é, por sua vez, a relação jurídica que a pessoa natural estabelece com aquele a quem a lei intitula de agente de tratamento (o qual pode ser pessoa jurídica de direito público ou de direito privado e ainda pessoa natural, conforme disposição dos incisos VI, VII e IX do art. 5º²⁶²), tratando-se este vínculo de um liame jurídico entre estas duas categorias de sujeitos de direito referidos pela lei.

A pessoa natural, de um lado, é o eixo normativo da LGPD. Toda a sistemática da lei é destinada a assegurar o controle sobre o tratamento dos dados pessoais pelo titular, em conformidade com os direitos dispostos nos artigos 17 e 18, segundo discutido no capítulo anterior. E não poderia ser diferente. A considerar que a CF/88 tem na *dignidade da pessoa humana* um de seus fundamentos (art. 1º, III), trata-se, na verdade, de uma confirmação de que o ser humano (em que se inclui a pessoa natural, assim compreendida nos termos dos artigos 1º e 2º do CC²⁶³) é, antes de tudo, o *valor-fonte* da ordem jurídica brasileira²⁶⁴.

De outro lado, porém, a LGPD não descarta de outros valores fundamentais. Basta observar o que está delineado pelo art. 2º, o qual aponta como fundamentos da disciplina da proteção de dados (além daqueles que afetam a posição jurídica subjetiva do titular) também o *desenvolvimento econômico e tecnológico* e a *inovação*, assim como a *livre iniciativa* e a *livre concorrência* (art. 2º, V e IV²⁶⁵). Todos são valores fundamentais que, a par de estarem também associados à pessoa humana, relacionam-se com aqueles responsáveis pela atividade

²⁶¹ LGPD, Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...]V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento; [...];

²⁶² LGPD, Art. 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; [...]IX - agentes de tratamento: o controlador e o operador; [...].

²⁶³ CC, Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

²⁶⁴ REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 3. ed. (2º tiragem). São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁶⁵ LGPD, Art. 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; [...].

de tratamento, isto é, com os agentes de tratamento. Especificamente, dir-se-ia que tais valores relacionam-se com o *mercado* enquanto *instituição jurídica*, “uma vez que a ordem econômica constitucional está comprometida com a preservação do capitalismo”²⁶⁶. E, nisso, o Poder Público e o setor privado têm relevante participação.

A *inovação e a livre iniciativa* formam, por uma perspectiva, importante base pela qual o setor privado desenvolve suas atividades em busca de lucro em um ambiente de *liberdade ou livre concorrência*. Por outra perspectiva, o *desenvolvimento econômico e tecnológico*, sem deixar de lado a *inovação*, têm papel fundamental na atuação do Poder Público diante do mercado²⁶⁷. Basta ter em mente, para o último caso, a disposição constitucional dos artigos 218²⁶⁸ e 219²⁶⁹ da CF/88, cujo tratamento infraconstitucional é dado pela Lei nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004 – a Lei de Inovação (LI) – conforme as alterações da Lei nº 13.243, 11 de janeiro de 2016, em que se destacam estes fundamentos como instrumentos de políticas públicas na promoção do desenvolvimento²⁷⁰.

Estes dois dispositivos constitucionais, por oportuno, passaram a incluir, com as modificações da Emenda Constitucional de nº 85, de 26 de fevereiro de 2015, a *inovação* também como política de desenvolvimento do Estado, a par do desenvolvimento científico e

²⁶⁶ SANTOS, João Paulo de Farias. *Mercadorias fictícias, dignidade e preço. Reflexões sobre direito e mercado no século XXI*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. (Coord.). **Empresa, mercado e tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 59.

²⁶⁷ MORAES, Melina Ferracini de. *Inovação tecnológica como instrumento para o desenvolvimento no Brasil*. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 97/2016, p. 213-228, set. – out. 2016.

²⁶⁸ CF/88, 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.

²⁶⁹ CF/88, Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.

²⁷⁰ MORAES, Melina Ferracini de. *Inovação tecnológica como instrumento para o desenvolvimento no Brasil*. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 97/2016, p. 213-228, set. – out. 2016.

tecnológico. A alteração atendeu a uma necessidade de as políticas públicas serem voltadas a promoção de uma integração entre instituições científicas (públicas ou privadas), o setor produtivo e o Poder Público em torno da inovação, de maneira a construir, com base nos referenciados dispositivos constitucionais, “uma ordem econômica nacional baseada na promoção e no desenvolvimento da ciência e tecnologia e por consequência a proteção do mercado interno”²⁷¹.

Esta preocupação (em torno dos interesses do setor público e privado, relativamente ao tratamento de dados pessoais) ficou evidente no parecer do Senador Ricardo Ferraço acerca do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 53, de 2018, de autoria do Deputado Milton Monti. No tópico II.4, intitulado “Reflexos positivos a empresas e governos”, ao destacar a emergência do “processamento massivo de dados, inclusive pessoais” e a importância de “sistemas de análise de dados capazes de realizar estimativas e recomendações simples e objetivas”, o parlamentar relacionou estes fatos à “eficiência de empresas e governos”, à “inovação” e ao “progresso tecnológico”, com suas repercussões favoráveis ao trabalhador, aos negócios e à sociedade²⁷²:

Não resta dúvida da importância do processamento massivo de dados, inclusive pessoais, para qualquer empresa ou governo atualmente, sobretudo em razão da crescente automatização de suas atividades e processos. E, para auxiliar na tomada de decisões e na solução de problemas complexos, próprios da atividade econômica, são necessários sistemas de análise de dados capazes de realizar estimativas e recomendações simples e objetivas, o que amplia a eficiência de empresas e governos, proporcionando inovação, maior qualidade de vida e produtos e serviços mais seguros e confiáveis. O progresso tecnológico também aquece a economia, ampliando postos de trabalho, permitindo maior e melhor qualificação de trabalhadores e transformando negócios e a própria sociedade.

A disciplina da LGPD, portanto, do uso de dados pessoais pelos setores público e privado é de grande importância econômica, sobretudo para o setor privado. As regras dispostas para regular as relações jurídicas de tratamento são cruciais para alcançar-se um ambiente sadio de um mercado cada vez mais movido a dados – aqui mais uma vez ressalta a importância da ANPD, conforme observado no capítulo anterior. Além de gerar confiança nos titulares, o ambiente de negócios se racionaliza, haja vista os diversos benefícios que a conformidade pode trazer aos agentes de tratamento.

²⁷¹ Op. cit., 2016.

²⁷² BRASIL. Relatório Legislativo do Senador Ricardo Ferraço (PSDB/ES). Comissão de Assuntos Econômicos, 2018): “Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7751566&ts=1594012451098&disposition=inline>. Acessado em 22 set. 2020.

Com efeito, ao contrário da crença de que a LGPD teria o potencial de onerar e corroer o desenvolvimento econômico e tecnológico, a inovação e a livre iniciativa, a disciplina da proteção de dados garante um ambiente de maior *segurança jurídica*, a partir do estabelecimento de regras para o tratamento de dados pessoais de modo sustentável, como destacam Saad e Hiunes²⁷³. Segundo estes autores, antes do advento da LGPD, existia no Brasil “mais de 40 normas que direta e indiretamente tratam da proteção à privacidade e aos dados pessoais”, de modo que a lei “vem para completar e, em alguns casos, substituir este arcabouço regulatório setorial, garantindo um ambiente mais seguro para a atuação das empresas que exploram dados pessoais”²⁷⁴. De semelhante parecer é Oliveira e Cots²⁷⁵. Para estes autores, a LGPD deve ser vista como uma oportunidade regulatória para fomento de novos negócios em meio a um ambiente de mercado com segurança jurídica.

A considerar que os dados pessoais são insumo da economia movida a dados, pois como destaca Ana Frazão, eles são “hoje insumos essenciais para praticamente todas as atividades econômicas e tornaram-se [...] objeto de crescente e pujante mercado”²⁷⁶, é preciso reconhecer as diversas vantagens que a LGPD pode trazer em termos de organização interna da empresa e de competitividade, além da já indicada *segurança jurídica* (a partir de uma unidade normativa em torno da LGPD). Como mais uma vez acentuam Saad e Hiunes²⁷⁷, a lei confere maior *flexibilidade* às situações de tratamento de dados pessoais, porque passa a prever bases legais de tratamento além do *consentimento* do titular de dados, o que já era previsto na Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, o Marco Civil da Internet (MCI), conforme o art. 7º, IX²⁷⁸.

²⁷³ SAAD, Andrea; HIUNES, Antonio. *Ela, a LGPD, vista pelas empresas: uma proposta de visão prática – e otimista*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel (Coord.). **Lei geral de proteção de dados (Lei nº 13.709/2018): o caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

²⁷⁴ Op. cit., p. 23.

²⁷⁵ OLIVEIRA, Ricardo; COTS, Márcio (coord.). **O legítimo interesse e a LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

²⁷⁶ FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais – Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 24.

²⁷⁷ SAAD, Andrea; HIUNES, Antonio. *Ela, a LGPD, vista pelas empresas: uma proposta de visão prática – e otimista*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel (Coord.). **Lei geral de proteção de dados (Lei nº 13.709/2018): o caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 24.

²⁷⁸ MCI, Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: [...] IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; [...].

Numa perspectiva mais prática, a LGPD induz o setor privado a se *reorganizar internamente*, criando um cenário mais *integrado* entre os diversos departamentos. Isto ocorre pela necessidade de mapeamento do fluxo de dados dentro da estrutura do respectivo agente de tratamento, funcionando quase como um “conhece-te a ti mesmo”. É interessante notar, realmente, os benefícios que a gestão de dados pode proporcionar às empresas. Como pontuado por Saad e Hiunes, a LGPD incitará que os agentes de tratamento realizem uma “arrumação da casa” em torno de sua base de dados, a partir da implantação de programas de conformidade com a lei, cuja importante etapa de *mapeamento de dados* será útil à compreensão de que tipo de dados podem enriquecer o próprio modelo de atividade econômica explorada²⁷⁹.

Como consequência, os agentes de tratamento do setor privado que se conformarem com a LGPD tenderão a gerar maior *confiança* entre fornecedores e, em especial, entre os titulares a respeito dos produtos e serviços que ofertarem no mercado, com reflexos favoráveis à *competitividade*, porque, como ainda defendem Saad e Hiunes, “esta relação de confiança com titulares tende a se tornar uma vantagem competitiva sólida para as empresas dispostas a construí-la e cultivá-las”²⁸⁰.

Não é a LGPD, portanto, uma lei inimiga da *livre iniciativa* e da *inovação*, tampouco do desenvolvimento tecnológico e econômico, os quais ela mesma elenca como fundamentos de sua disciplina. Trata-se, ao contrário, de marco regulatório que visa o equilíbrio entre a defesa da pessoa humana dos titulares e a necessidade de garantir as liberdades de iniciativa e de inovação dos agentes de tratamento do setor privado. A própria função da Autoridade de Garantia, no rol de competências referidos no capítulo segundo (e.g. o inciso II do art. 55-J), sinaliza este “equilíbrio dinâmico” entre os interesses do setor produtivo e do titular dos dados pessoais. E, como destacou Frazão, este é o grande desafio da LGPD, a dizer, alcançar “um equilíbrio entre inovação e eficiências econômicas, por um lado, e preservação dos direitos dos indivíduos e da própria sociedade, por outro”²⁸¹.

²⁷⁹ SAAD, Andrea; HIUNES, Antonio. *Ela, a LGPD, vista pelas empresas: uma proposta de visão prática – e otimista*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel (Coord.). **Lei geral de proteção de dados (Lei nº 13.709/2018): o caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

²⁸⁰ Op. cit., 2020, p. 27.

²⁸¹ FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais – Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados, Op. cit., 2019, p. 25.

Estabelecidas estas premissas, a presente pesquisa buscará responder à pergunta principal: a base legal de tratamento de dados pessoais pelo legítimo interesse, no contexto da relação jurídica entre titular e agente de tratamento, tem regras que resguardam esse equilíbrio dinâmico dos interesses conflitantes entre os sujeitos de direito por ela vinculados? A hipótese que se considerou plausível, de partida, foi de responder à pergunta positivamente, em especial a se considerar o tratamento de dados pessoais segundo a lógica de uma relação jurídica em que a boa-fé (e seus deveres anexos) e a confiança, as quais têm relevante papel no equilíbrio dinâmico entre os valores fundamentais que a LGPD encerra.

Assim dito, o presente capítulo discorrerá, inicialmente, sobre as bases legais de tratamento previstas na LGPD, especificamente no art. 7º²⁸², exceto o legítimo interesse. Este, em seguida, será tratado em separado e especificamente, porque se trata do objeto de interesse desta pesquisa. Neste sentido, buscar-se-á abordar o legítimo interesse, para o fim de investigar se as regras em torno de referida base legal estabelecem parâmetros que promovem, em tese, o “equilíbrio dinâmico” entre os interesses em jogo.

3.1 Relação jurídica de tratamento de dados pessoais

A relação que se forma entre o agente de tratamento e o titular de dados pessoais ganha contornos mais pormenorizados com a LGPD. Não que isto signifique que apenas com a vigência da lei esta relação se *juridicizou*, a compreender por *juridicização* o fenômeno descrito por Pontes de Miranda como reconhecimento da relevância de um fato da vida para o mundo jurídico. A dizer de outra maneira, forma-se uma relação jurídica a partir da inclusão

²⁸² 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.

de uma relação inter-humana no núcleo do suporte fático de uma regra jurídica. É o que o citado autor chama de relação jurídica básica, em oposição à relação jurídica eficaz²⁸³.

Antes de avançar em relação à assertiva de que a LGPD não é a primeira lei a *juridicizar* a relação entre titular de dados pessoais e agente de tratamento, é importante esclarecer a diferença entre as espécies de relação jurídica, uma vez a importância que assume para compreender o vínculo obrigacional em torno do tratamento de dados. Assim, tem-se a relação jurídica básica ou fundamental, cujo fato que representa é desde já elemento do núcleo do suporte fático da regra jurídica, e tem-se a relação jurídica eficaz, que é aquela que se forma como efeito de um fato jurídico específico (e.g. de outra relação jurídica).

Exemplifica-se a relação jurídica básica ou fundamental a relação em torno do direito de propriedade²⁸⁴. Determinado sujeito de direito adquire um bem imóvel e se relaciona com todos os demais sujeitos de direito determináveis; isto é, ele não se relaciona com a *coisa* em si, que é insusceptível de relação, mas com todas as pessoas que são obrigadas a respeitar a esfera jurídica de propriedade do titular desse direito. Assim, reconhecido este fato (aquisição da propriedade) como relevante para o mundo jurídico, tem-se a formação da relação jurídica entre o titular do direito de propriedade e o *alter*, conforme observa Mello²⁸⁵, que corresponde a um sujeito passivo total.

A relação jurídica eficaz, por outro lado, corresponde a uma relação que se forma, não como integrante do núcleo do suporte fático de uma regra jurídica, mas como efeito ou produto de um fato jurídico (ou de outra relação jurídica) que desencadeia sua formação²⁸⁶. É exemplo disso a cessão de crédito, conforme previsão do art. 286 do CC²⁸⁷. Neste negócio jurídico, os sujeitos de direito que se relacionam diretamente – cedente e cessionário – partem de uma outra relação jurídica (entre o credor cedente e o devedor) para dar curso a uma nova relação, de maneira que sua formação tem como pressuposto a relação jurídica anterior (credor e devedor, diga-se).

²⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: Pessoas físicas e jurídicas. Atualização Judith Martins-Costa, Gustavo Haical, Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção Tratado de Direito Privado: parte geral, 1), p. 200.

²⁸⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: Pessoas físicas e jurídicas. Atualização Judith Martins-Costa, Gustavo Haical, Jorge Cesa Ferreira da Silva. Op. cit.

²⁸⁵ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia: 1ª parte. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁸⁶ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia: 1ª parte. Op. cit.

²⁸⁷ CC, Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

Compreendida em linhas gerais esta diferença entre as espécies de relação jurídica, a LGPD não inova ao judicizar a relação inter-humana entre o titular de dados pessoais e o agente de tratamento – antes, a pormenoriza, e nisto se revela sua novidade, como logo se verá. Precede nessa *juridicização*, de fato, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o MCI. No primeiro caso, tem-se a previsão do art. 43²⁸⁸, que disporá a respeito da formação de banco de dados dos consumidores. No segundo caso, tem-se a previsão explícita do consentimento como meio de tratamento de dados pessoais do usuário, conforme o já citado art. 7º, IX, do MCI.

Ilustrativa dessa afirmação é o caso da Drogaria Araújo S/A, ocorrido no ano de 2018²⁸⁹. O Programa Estadual de Proteção do Consumidor (PROCON), vinculado ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG), multou em sete milhões de reais referida empresa por irregularidade em seu programa de fidelidade. A infração consistiu na inobservância do art. 43, §2º, do CDC, que exige a comunicação por escrito do consumidor para a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo. A drogaria coletava os dados pessoais do consumidor (especificamente, o CPF), sem que informasse prévia e apropriadamente a finalidade de formação do perfil de consumo. À vista disso, o MPMG abriu a Investigação Preliminar de nº MPMG-0024.18.0211689-7, que terminou por ser resolvida com a celebração de Termo de Ajuste de Conduta²⁹⁰. Neste termo, estabeleceu-se uma série de obrigações para a empresa autuada observar, de maneira que pudesse voltar a fazer uso dos

²⁸⁸ CDC, Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 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.

²⁸⁹ Drogaria Araújo deverá pagar multa de R\$ 7 milhões por capturar CPF dos consumidores. **Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, 2018. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/drogaria-araujo-devera-pagar-multa-de-r-7-milhoes-por-capturar-cpf-dos-consumidores.htm>. Acesso em: 24 mar. 2021.

²⁹⁰ Termo de Ajustamento de Conduta. **Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, 2019. Disponível: https://mg.consumidorvencedor.mp.br/documents/82362/410250/decisao_410254.pdf. Acesso em: 24 mar. 2021.

dados pessoais de seus consumidores em seu programa de fidelidade, sem que incorresse na infração administrativa prevista no art. 13, XIII, do Decreto Federal nº 2.181/1997²⁹¹.

É de se ver que a relação inter-humana entre titular de dados (no caso, o consumidor) e o agente de tratamento (no caso, o fornecedor) já tinha relevância para o ordenamento jurídico, tratando-se de relação jurídica básica, porque fazia parte do núcleo do suporte fático da regra jurídica. Fortalece esta asserção o fato de o próprio artigo 43 do CDC já antecipar o requisito do consentimento informado e expresso, que seria sistematizado, conforme ressalta Miragem²⁹², na base legal do consentimento previsto nos artigos 5º, XII, e 7º, I, da LGPD²⁹³.

Pode-se dizer, a partir deste ponto, que a LGPD cumpre exatamente a função de agudizar a regulação dessa relação jurídica, que se forma em torno de um direito fundamental extremamente importante na contemporaneidade marcada por uma economia movida a dados – o direito fundamental à proteção de dados. E a novidade que a LGPD traz em relação àquelas leis setoriais (CDC e MCI) é a criação (além de novos direitos, conforme visto no segundo capítulo) de novos permissivos legais de tratamento de dados para além do consentimento, que passa igualmente a ter uma disciplina mais especificada, com nuances que fortalecem o instituto.

A relação jurídica básica entre titular de dados e agente de tratamento passa então a ser regida pela LGPD, sem deixar de observar as demais leis setoriais aplicáveis ao tipo de relação que se forma (se de consumo, o CDC; se de provedor e usuário, o MCI e também o CDC, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça – STJ²⁹⁴, ao equiparar este àquele; se de políticas públicas, a considerar a previsão do art. 23 da LGPD, as leis pertinentes a cada programa respectivo). Na verdade, como defendem Oliveira e Cots²⁹⁵, o fato de a LGPD regular com especialidade o tratamento de dados pessoais faz dela a norma que prevalece sobre as demais normas setoriais, sem que disso se extraia a conclusão de uma antinomia – antes, há uma convivência.

²⁹¹ Decreto Federal 2.181/1997, Art. 13. Serão consideradas, ainda, práticas infrativas, na forma dos dispositivos da [Lei nº 8.078, de 1990](#): [...] XIII - deixar de comunicar, por escrito, ao consumidor a abertura de cadastro, ficha, registro de dados pessoais e de consumo, quando não solicitada por ele; [...]

²⁹² MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 1009/2019, p. 173 – 222, nov. 2019.

²⁹³ LGPD, Art. 5º. [...] XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada; [...] Art. 7º Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; [...].

²⁹⁴ REsp 1.316.921/RJ.

²⁹⁵ OLIVEIRA, Ricardo; COTS, Márcio (coord.). **O legítimo interesse e a LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

Mas em que consiste esta relação jurídica básica (a delimitar, em razão do recorte desta pesquisa, às relações privadas)? Por envolver direito da personalidade, tem-se que a relação de tratamento é típica relação jurídica pessoal²⁹⁶, que pode ser de direito relativo ou de direito absoluto. É de direito pessoal, porque os direitos de personalidade dizem respeito a bens jurídicos existenciais²⁹⁷, conforme já mencionado no capítulo anterior (item 2.3), tendo por objeto prestações positivas ou negativas (de dar, fazer ou não fazer)²⁹⁸, haja vista serem os dados pessoais, assim como os demais bens jurídicos da personalidade, insusceptíveis de se submeterem como objeto da relação. É também de direito relativo²⁹⁹, porque, restringindo-se aos sujeitos de direito determinados do titular e do agente de tratamento, a relação jurídica aí havida gera direitos e deveres de parte a parte.

Porém, esta relação jurídica pode ser também de direito absoluto³⁰⁰. Neste particular, tem-se o reflexo da eficácia dos direitos fundamentais, a partir das posições jurídicas objetiva e subjetiva que suscitam o direito fundamental à proteção de dados. Com efeito, a relação jurídica de tratamento será de direito absoluto, quando envolver, de um lado, o sujeito ativo determinado (que é o titular do direito) e, de outro, um sujeito passivo indeterminado ou sujeito passivo total, ou o *alter*, alteridade, que vem a ser “qualquer um que entre em contato com a esfera jurídica do titular do direito absoluto”³⁰¹.

Esta indeterminação do sujeito, contudo, pode ser também uma indeterminação do sujeito ativo, pelo que se pode falar de *sujeito ativo total*. Considere a função que tem a ANPD. A partir das posições subjetivas e objetivas do direito fundamental à proteção de dados, a ANPD tem sobretudo (mas não somente, conforme já visto) o papel institucional de garantia dos direitos do titular de proteção de dados pessoais (art. 55-J, I, da LGPD)³⁰². Esta Autoridade de Garantia cumpre função assemelhada a de outros órgãos do Poder Público em relação a outros direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito fundamental à saúde (conforme art. 196

²⁹⁶ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia: 1ª parte. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁹⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. 3. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro, 2002

²⁹⁸ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia: 1ª parte. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015

²⁹⁹ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia: 1ª parte. Op. cit.

³⁰⁰ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia: 1ª parte. Op. cit.

³⁰¹ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia: 1ª parte. Op. cit. p. 223.

³⁰² LGPD, Art. 55-J. Compete à ANPD: I – zelar pela proteção dos dados pessoais, nos termos da legislação; [...]

da CF/88³⁰³) e o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (conforme art. 225 da CF/88³⁰⁴) – cada qual com seus órgão reguladores de garantia. A relação jurídica em torno do direito fundamental à proteção de dados, portanto, quando de direito absoluto, se forma entre um sujeito ativo total (*i.e.*, todos os titulares da proteção de dados pessoais) e o Estado, personificado na ANPD, pelo que é possível falar de *sustentabilidade* quando se trata de proteção de dados pessoais³⁰⁵.

O interesse deste trabalho, contudo, está focado na relação jurídica básica pessoal de direito relativo, entre titular e agente de tratamento, cujo objeto é as prestações reguladas pela LGPD e que dizem respeito ao *tratamento* de dados pessoais, cuja definição normativa está inserida no inciso X do art. 5º da lei³⁰⁶. Há também o interesse de abordar, ainda que de maneira reflexa, a relação jurídica eficaz havida quando há uso compartilhado de dados

³⁰³ CF/88, Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

³⁰⁴ CF/88, Art. 225. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. § 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. § 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. § 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas. § 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

³⁰⁵ VÉLIZ, Carissa. **Privacy is Power**. UK: Transworld, 2020. E-book, Kindle.

³⁰⁶ LGPD, Art. 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; [...]

peçoais entre o agente de tratamento e terceiros, segundo definição desse ato jurídico dada pelo inciso XVI do art. 5º da LGPD³⁰⁷.

Seja como for, a considerar que o objeto dessa relação jurídica é as prestações que dizem respeito ao ato jurídico de tratamento de dados pessoais, tem-se que a definição dada pela lei é ampla o suficiente para indicar que todo e qualquer ato jurídico que seja praticado pelo agente de tratamento e diga respeito aos dados pessoais será tomado como *tratamento* e, por isto, estará no campo de incidência da LGPD – e aqui se inclui a própria ideia de *datificação*, conforme exposto no primeiro capítulo. Como ressaltam Oliveira e Cots, há um claro objetivo da lei de indicar, mediante o elenco exemplificativo e extensivo (mas não exaustivo) de atos delineados no inciso XVI do art. 5º, que não está “de fora nenhum ato útil que se possa executar com dados pessoais”³⁰⁸.

O ato jurídico de tratamento, por sua vez, para ser válido no contexto do negócio jurídico em torno do qual se forma a relação jurídica entre titular de dados pessoais e agente de tratamento deverá observar os permissivos ou bases legais previstos no art. 7º da LGPD, sendo eles: I – o consentimento do titular; II – o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; III – a execução de políticas públicas pela Administração Pública; IV – estudos por órgão de pesquisa; V – execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato; VI – exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral; VII – proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; VIII – para a tutela da saúde; IX – legítimo interesse; ou X – para a proteção do crédito. Estes são os dez permissivos ou bases legais, em rol taxativo³⁰⁹, sobre os quais se passará a discorrer individualmente a seguir.

Observe-se, antes do estudo de cada base legal, que o consentimento será dispensado nas demais hipóteses do art. 7º, o que não implica em seu enfraquecimento, porque a própria

³⁰⁷ LGPD, Art. 5º. [...] XVI - uso compartilhado de dados: comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados;

³⁰⁸ OLIVEIRA, Ricardo; COTS, Márcio (coord.). **O legítimo interesse e a LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 48.

³⁰⁹ LIMA, Caio César Carvalho. Comentários ao Capítulo II – Do tratamento de Dados Pessoais. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei geral de proteção de dados comentada**. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book, Kindle.

LGPD buscará conferir ao titular meios de exercer sua autodeterminação informativa, a dizer, o controle sobre o fluxo informacional sobre os dados que são tratados³¹⁰.

3.1.1 Base legal do consentimento do titular

A relação jurídica de tratamento, sendo pessoal e de direito relativo, está encampada no negócio jurídico que se firma entre o titular do direito à proteção de dados e o agente de tratamento, nos limites em que a LGPD faculta à manifestação ou declaração de vontade de cada qual. Isto porque, conforme conceito de negócio jurídico dado por Mello³¹¹, este fato jurídico (o negócio jurídico) é produto da manifestação ou da declaração consciente da vontade dos sujeitos de direito relacionados, que corresponde “ao poder de escolha de categoria de jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico”. Isto quer dizer que, no momento em que os dois sujeitos da relação de tratamento conscientemente manifestam ou declaram a respectiva vontade, condicionados pelos limites da LGPD quanto às categorias jurídicas e o conteúdo eficaz da relação, surge o negócio jurídico entre eles.

Este poder de escolha é fruto de “manifestação ou de declaração consciente de vontade”³¹², o que implica dizer uma vontade qualificada³¹³, que não comporta vícios de consentimento (ou defeitos do negócio jurídico), tampouco desvios das exigências que a lei impõe (invalidades dos negócios jurídicos). Quando se fala de vícios de consentimento, evocam-se as categorias previstas no CC, como erro ou ignorância (art. 138³¹⁴), dolo (art. 145³¹⁵), coação (art. 151³¹⁶), estado de perigo (art. 156³¹⁷) ou lesão (art. 157³¹⁸); quando se trata de exigências da lei, refere-se às invalidades do negócio jurídico, na forma do art. 166 do CC³¹⁹.

³¹⁰ FRAZÃO, Ana. Nova LGPD: as demais hipóteses de tratamento de dados pessoais. In: Portal Jota. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-as-demais-hipoteses-de-tratamento-de-dados-pessoais-19092018>. Acesso em: 31 mar. 2021.

³¹¹ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 245. Em sentido similar: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

³¹² MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. Op. cit. idem.

³¹³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

³¹⁴ CC, Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

³¹⁵ CC, Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.

³¹⁶ CC, Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens. Parágrafo único. Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação.

No caso específico da relação jurídica de tratamento, esta manifestação ou declaração de vontade qualificada assume principal relevância na base legal do consentimento. Afinal de contas, como assevera Piveto³²⁰, o consentimento do titular a ser usado para fins de tratamento deve provir de “manifestação livre, informada e inequívoca pelo qual ele [o titular] concorda com o tratamento de seus dados pessoais pelo controlador, conforme a finalidade determinada”³²¹. Trata-se de exigência que reflete a autodeterminação informativa, fundamento da LGPD (art. 2º, II), como já visto.

Veja, neste sentido, que a própria LGPD, quando conceitua o consentimento no inciso XII do art. 5º, trata de estabelecer que se trata de categoria jurídica consistente em “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”. E aqui tem-se três elementos do suporte fático (requisitos) relativos à manifestação do titular que ratifica a vontade qualificada necessária para o negócio jurídico: ser livre, informada e inequívoca.

A situação em que o titular tem seus dados coletados para tratamento, a partir do consentimento, sem que tenha manifestado sua vontade com liberdade, de maneira suficientemente informada e sem que possa ter se traduzido inequivocamente gera a invalidade ou defeito do tratamento.

Será defeituoso, por exemplo, se a vontade for manifestada com vício, a partir das categorias já citadas de defeitos do negócio jurídico previstos no CC. Em verdade, em reforço a tais categorias, a LGPD preceitua em seu §3º do art. 8º ser “vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento”.

³¹⁷ CC, Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

³¹⁸ CC, Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1º - Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. § 2º - Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

³¹⁹ CC, Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

³²⁰ PIVETO, Lucas Colombero Vaiano. **O legítimo interesse na lei geral de proteção de dados**. Rio de Janeiro: Lummen Juris, 2020.

³²¹ PIVETO, Lucas Colombero Vaiano. O legítimo interesse na lei geral de proteção de dados. Op. cit., p. 114.

A vontade deve ser livre, longe de apeias que afetem a liberdade de escolha da “categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz [...] quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico”³²². Isto é, conforme defende Lima³²³ a propósito, “para que o consentimento seja ‘livre’, os titulares devem ter escolha efetiva sobre quais tipos de dados serão tratados em cada operação” – acrescente-se, ainda, que não só quais os dados a serem tratados, mas os limites da finalidade, da forma e da duração desse tratamento.

Daí exsurge a importância de ser o consentimento, além de livre, informado da finalidade específica do tratamento, haja vista a disposição do §4º do art. 8º da LGPD, que comina de invalidez a autorização genérica. Como defende Lima³²⁴, o consentimento para ser informado deverá conferir ao titular exatamente a certeza do ciclo de vida do tratamento dos dados pessoais coletados. Será inválido se não observar esta exigência.

Em sentido similar, defende Piveto³²⁵ (inclusive destacando que o objeto da relação jurídica entre titular e agente de tratamento não são os dados, mas o tratamento), para quem não serem os dados em si que importam, “mas quais são os limites em relação à coleta, o uso que se fará deles, a falta de transparência contida nos instrumentos contratuais, prestigiando, pois, o dever de informação e esclarecimento ao titular de dados”³²⁶.

Por fim, a manifestação livre e informada para o tratamento de dados deverá revestir-se da solenidade prevista no caput do art. 8º da LGPD, a dizer, deverá ser fornecido o consentimento, além de livre e informado, por escrito ou outro meio que inequivocamente retrate a manifestação ou declaração consciente de vontade (nas palavras da regra do referenciado art. 8º: “o consentimento... deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular”).

³²² MELLO, Marcos Bernardes. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 245.

³²³ LIMA, Caio César Carvalho. Comentários ao Capítulo II – Do tratamento de Dados Pessoais. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei geral de proteção de dados comentada**. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book, Kindle, posição 5687.

³²⁴ LIMA, Caio César Carvalho. Comentários ao Capítulo II – Do tratamento de Dados Pessoais. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei geral de proteção de dados comentada**. Op. cit.

³²⁵ PIVETO, Lucas Colombero Vaiano. **O legítimo interesse na lei geral de proteção de dados**. Rio de Janeiro: Lummen Juris, 2020.

³²⁶ PIVETO, Lucas Colombero Vaiano. **O legítimo interesse na lei geral de proteção de dados**. Op. cit. 116.

Os meios – como se vê – podem ser vários (por áudio, vídeo etc.), não somente por escrito³²⁷. A não ser assim, o tratamento de dados com base no consentimento estará cominado de invalidade, na forma do art. 166, V, do CC, pois que preterirá solenidade que a lei considere essencial para a sua validade.

A base legal do consentimento materializa o direito fundamental e o fundamento da própria LGPD da autodeterminação informativa, haja vista o substancial papel que a vontade do titular desempenha na formação do negócio jurídico na relação havida com o agente de tratamento. Mas não é a única base pela qual se pode tratar os dados pessoais, como já referido. Há outras, a exemplo daquela que decorre do cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador.

Estas hipóteses, conforme se verá, prescinde de consentimento, porque sua justificativa vai além da própria vontade dos sujeitos da relação jurídica de tratamento. Contudo, a superação do consentimento nestes casos não implica na perda do controle que é assegurado pela autodeterminação informacional.

Isto porque, em qualquer das hipóteses em que haja a dispensa 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”, conforme dispõe o §6º do art. 7º da LGPD.

3.1.2 Base legal de tratamento para cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador

Esta base legal, como todas as subsequentes previstas no art. 7º da LGPD, prescinde do consentimento do titular para que haja tratamento de dados pessoais. No entanto, mesmo que dispensado o consentimento, o agente de tratamento deve, na forma do §6º do art. 7º da LGPD, observar os princípios encartados no art. 6º, assim como os direitos do titular, em especial o disposto nos artigos 17 e 18 da LGPD.

De toda maneira, quando houver obrigação legal ou regulatória, o agente de tratamento estará dispensado de colher o consentimento do titular para tratar os dados pessoais. Como

³²⁷ LIMA, Caio César Carvalho. Comentários ao Capítulo II – Do tratamento de Dados Pessoais. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei geral de proteção de dados comentada**. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book, Kindle.

afirma Frazão, trata-se de permissivo legal fundamentado no interesse público, o que limita a vontade do titular em relação ao tratamento³²⁸.

Esta situação está relacionada, por exemplo, a casos como as relações de emprego, em que se permite ao empregador, na condição de controlador (agente de tratamento, portanto), tratar dados pessoais de seus empregados, com a finalidade legítima, específica e explícita (art. 6º, I, da LGPD³²⁹) de fornecer aos sistemas do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), cuja obrigação legal está materializada respectivamente na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e a Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, de informações dos respectivos beneficiários.

Também, a obrigação legal do setor hoteleiro (meios de hospedagem) de coletar dados dos hóspedes para informar ao Sistema Nacional de Registro de Hóspedes, vinculado ao Ministério do Turismo, conforme o art. 26 da Lei nº 11.771, de 17 de setembro de 2008³³⁰. Todas essas hipóteses cumpre o suporte fático do inciso II do art. 7º da LGPD, vinculado ao interesse público, em que se dispensa o consentimento.

Um aspecto de relevância sobre esta base legal diz respeito a saber se negócios jurídicos privados, a partir de obrigação disposto em contrato, autorizaria o agente de tratamento coletar, com base nesse permissivo legal, dados pessoais do titular. Segundo defende Lima³³¹, isto não seria possível, haja vista não poderem “relações privadas serem utilizadas como fundamento para tratamento de dados pessoais”³³². No mesmo sentido, Cordeiro³³³, que

³²⁸ FRAZÃO, Ana. Nova LGPD: as demais hipóteses de tratamento de dados pessoais. In: Portal Jota. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-as-demaix-hipoteses-de-tratamento-de-dados-pessoais-19092018>. Acesso em: 31 mar. 2021

³²⁹ LGPD, 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; [...].

³³⁰ Lei nº 11.771/2008, Art. 26. Os meios de hospedagem deverão fornecer ao Ministério do Turismo, em periodicidade por ele determinada, as seguintes informações: I - perfil dos hóspedes recebidos, distinguindo-os por nacionalidade; e II - registro quantitativo de hóspedes, taxas de ocupação, permanência média e número de hóspedes por unidade habitacional. Parágrafo único. Para os fins deste artigo, os meios de hospedagem utilizarão as informações previstas nos impressos Ficha Nacional de Registro de Hóspedes - FNRH e Boletim de Ocupação Hoteleira - BOH, na forma em que dispuser o regulamento.

³³¹ LIMA, Caio César Carvalho. Comentários ao Capítulo II – Do tratamento de Dados Pessoais. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei geral de proteção de dados comentada**. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book, Kindle.

³³² LIMA, Caio César Carvalho. Comentários ao Capítulo II – Do tratamento de Dados Pessoais. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei geral de proteção de dados comentada**. Op. cit. posição 5766.

³³³ CORDEIRO, A. Barreto Menezes. **Direito da proteção de dados: à luz do RGPD e da lei nº 58/2019**. Coimbra: Edições Almedina, 2020.

analisa a hipótese também verificada no Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu – Regulamento (UE) 2016/679, a partir da Opinião 6/2014, do Grupo de Trabalho 29 (GT 29).

3.1.3 Base legal de tratamento para a execução de políticas públicas pela Administração

O Poder Público, nos termos do que disporá o Capítulo IV da LGPD, poderá coletar dados pessoais do titular, com a finalidade específica de execução de políticas públicas. Em verdade, conforme dispõe o art. 23 da LGPD, que referencia a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, a Lei de Acesso à Informação (LAI), esclarece que o tratamento, nestes casos, “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”. A justificativa, portanto, para a superação do consentimento está exatamente na “persecução do interesse público”, os quais, no mais das vezes, interessam ou beneficiam o próprio titular.

É caso do tratamento de dados pessoais, com fundamento nessa base legal, para o Programa Minha Casa e Minha Vida, conforme regido pela Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009. O titular aqui tem seus dados tratados para cumprir a política pública vinculada ao direito fundamental de moradia, conforme o art. 6º da CF/88³³⁴. Igualmente, o programa de Auxílio Emergencial, que foi criado com a finalidade de combater os efeitos econômico-sociais da crise sanitária da COVID-19, no ano de 2020 e 2021, mediante respectivamente a Lei 13.982, de 2 de abril de 2020, e a Medida Provisória nº 1.039, de 18 de março de 2021. Aqui também o titular de dados tem benefícios com o tratamento, o que justifica a dispensa do consentimento.

3.1.4 Base legal de tratamento para a realização de estudos por órgão de pesquisa

O agente de tratamento, nesta hipótese, deve possuir as qualidades previstas no inciso XVII do art. 5º da LGPD, para poder tratar de dados pessoais com fundamento nessa base legal³³⁵. Terá de ser, portanto, pessoa jurídica de direito público (“órgão ou entidade da

³³⁴ CF/88, Art. 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.

³³⁵ LGPD, Art. 5. [...] 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

administração pública direta ou indireta”) ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras. Em ambos os casos, respectivamente, seja como missão institucional, seja como objetivo social ou estatutário, a pesquisa básica ou aplicada de caráter histórico, científico, tecnológico ou estatístico deverá estar presente.

Um aspecto importante que demonstra a relevância dessa base legal é ter sido uma situação relacionada ao moto para o reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados pelo STF, conforme já discutido no capítulo anterior (item 2.2.1). E nesse julgado destacou-se exatamente a obrigação contida no §6º do art. 7º da LGPD.

3.1.5 A base legal de tratamento para execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato

A previsão dessa base legal permite que o agente de tratamento, ao celebrar contrato com o titular, possa coletar dados pessoais independentemente do consentimento, haja vista a necessidade de ter esses dados como forma de viabilizar a execução do próprio contrato. Afinal, como se tornaria exequível um contrato sem que se tenha a determinação do sujeito, para saber, por exemplo, de sua capacidade e legitimação³³⁶(art. 104, I, do CC)³³⁷? Assim, observando a imperatividade disso, a LGPD pôs essa base legal como alternativa na coleta de dados pessoais, dispensado o consentimento.

Mas, em relação à segunda parte do dispositivo, em que se inclui os procedimentos preliminares relacionados ao contrato, conforme apontam Oliveira e Cots³³⁸, a previsão de que, nestes casos, o suporte fático inclui manifestação de vontade do titular na expressão “a pedido do titular” indica que tal base legal se assemelharia muito ao *consentimento*, pelo que seria recomendável – é possível acrescentar – ao agente de tratamento o atendimento do disposto nos artigos 8º e 9º, §§ 1º e 2º³³⁹, da LGPD.

foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter histórico, científico, tecnológico ou estatístico.

³³⁶ PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Título de posição e título de exercício de poderes jurídicos: uma reflexão a partir do conceito de legitimidade no Código Civil de 2002. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 49-62. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

³³⁷ CC, Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; [...].

³³⁸ OLIVEIRA, Ricardo; COTS, Márcio (coord.). **O legítimo interesse e a LGPD**: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

³³⁹ Art. 9º. [...]§ 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

3.1.6 Base legal de tratamento para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral

Esta base legal decorre³⁴⁰ do direito fundamental de inafastabilidade da prestação jurisdicional, da garantia do devido processo legal e do direito ao contraditório e ampla defesa, conforme previsão constitucional do art. 5º, XXXV, LIV e LV, da CF/88³⁴¹. Isto significa que os dados pessoais do titular podem ser tratados para a finalidade específica de exercício regular de direito em litígios judiciais, administrativos ou arbitrais – ressaltando-se, por oportuno, que a legalidade dessa hipótese ecoa o art. 188, I (segunda parte), do CC³⁴², sendo razoável, para o caso, dispensar-se o consentimento do titular.

3.1.7 Base legal de tratamento para proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro

Esta base legal pretende salvaguardar o direito fundamental à vida e à integridade física do titular ou de terceiro. Põe-se a vida independentemente da vontade consciente do titular de dados. Afinal, como afirmam Oliveira e Cots³⁴³, “[n]ão seria razoável permitir que uma pessoa morresse por não consentir o tratamento de seus dados pessoais. Assim, se, para salvar a vida de uma pessoa, for necessário tratar seus dados, o agente poderá fazê-lo”³⁴⁴. A desnecessidade do consentimento justifica-se, portanto, pela necessidade mesma de salvaguardar o direito à vida e ao corpo do titular ou de terceiro, a considerar, ademais, que o corpo “a condição essencial do que somos, do que sentimos, percebemos e agimos”³⁴⁵.

consentimento original, o controlador deverá informar previamente o titular sobre as mudanças de finalidade, podendo o titular revogar o consentimento, caso discorde das alterações. [...]

³⁴⁰ LIMA, Caio César Carvalho. Comentários ao Capítulo II – Do tratamento de Dados Pessoais. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei geral de proteção de dados comentada**. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book, Kindle.

³⁴¹ CF/88, Art. 5º. [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]

³⁴² CC, Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; [...]

³⁴³ OLIVEIRA, Ricardo; COTS, Márcio (coord.). **O legítimo interesse e a LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

³⁴⁴ OLIVEIRA, Ricardo; COTS, Márcio (coord.). **O legítimo interesse e a LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Op. cit., p. 54.

³⁴⁵ REALE, Miguel. **Política: ensaios**. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 89.

3.1.8 Base legal de tratamento para a tutela da saúde

A previsão dessa base legal de tratamento se destina aos serviços de tutela da saúde, na esfera do respectivo direito fundamental, conforme previsão do art. 196 da CF/88. Mas a redação original do inciso VIII do art. 7º foi alterado pela Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019, para especificar que o tratamento a se valer de tal permissivo estaria restrito, ou exclusivamente permitido, a procedimentos realizados por profissionais da saúde, por serviços de saúde ou pela autoridade sanitária.

Antes, a previsão não restringia, tampouco previa expressamente a figura da autoridade sanitária, como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Agora, tem-se que este permissivo legal poderá ser utilizado, para fins de tratamento de dados pessoais (predominantemente dados de saúde), desde que exclusivamente para fins de procedimentos que resguardem a saúde física e mental do titular de dados pessoais, seja pelos profissionais da área (médicos, enfermeiros, nutricionistas, psicólogos, dentre outros), seja pelas entidades vinculadas ao Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS)³⁴⁶.

Embora a LGPD só tenha entrado em vigor em 18 de setembro de 2020, esta previsão, com as modificações da Lei 13.853/2019, ganhou relevo com a pandemia do novo coronavírus, em especial pelo importante papel desempenhado pela Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), na pesquisa e desenvolvimento de vacinas, e dos Laboratórios Centrais de Saúde Pública (LACENS), os quais tiveram e têm papel essencial na vigilância epidemiológica. Mas aqui cabe uma ressalva, pelo que o §6º do art. 7º da LGPD ganha em importância.

Como destacou Véliz³⁴⁷, assim como no caso do evento do *ataque às torres gêmeas*, em 11 de setembro de 2001, em que se passou a fazer uso de tecnologias de vigilância como forma de coibir novos ataques terroristas, a utilização de semelhante tática no combate à pandemia do Sars-Cov-2, com o uso de dados pessoais (especialmente sensíveis, como dados de saúde, conforme o inciso II do art. 5º da LGPD³⁴⁸), com a dispensa do consentimento, exige redobrada *vigilância* dos titulares e da ANPD, porque, o que é excepcional, pode tornar-se duradouro e o “novo normal”.

³⁴⁶ LIMA, Caio César Carvalho. Comentários ao Capítulo II – Do tratamento de Dados Pessoais. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei geral de proteção de dados comentada**. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book, Kindle.

³⁴⁷ VÉLIZ, Carissa. **Privacy is Power**. UK: Transworld, 2020. E-book, Kindle.

³⁴⁸ LGPD, Art. 5º [...]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; [...]

3.1.9 Base legal de tratamento para a proteção do crédito

Esta base legal permite que o agente de tratamento trate os dados pessoais do titular com a finalidade de tomada de decisão a propósito de crédito a ser concedido. São informações pessoais de adimplência e inadimplência, cuja relevância para o direito (em defesa do titular na condição de consumidor) já era reconhecida desde o CDC, especificamente nos §§ 4º e 5º do art. 43, em que se menciona expressamente o Serviço de Proteção ao Crédito. Igualmente, tem-se a previsão da Lei 12.414, de 09 de junho de 2011, a Lei do Cadastro Positivo (LCP), a qual disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, para formação de histórico de crédito.

É interessante notar, conforme Piveto³⁴⁹, que, dentre as leis de proteção de dados existentes no mundo, a LGPD foi a única que cuidou de conceder permissão aos agentes de tratamento de tratar dados pessoais, mediante formação de banco de dados (art. 43 do CDC e art. 4º da Lei 12.414/2011³⁵⁰), com a finalidade de formação do histórico de crédito do devedor.

3.1.10 Base legal de tratamento pelo legítimo interesse

O legítimo interesse, embora seja um conceito sem definição na LGPD (a considerar que o art. 5º não o especifica), tem seu suporte fático delineado no art. 7º, IX, e no art. 10. Assim como as demais bases legais, o legítimo interesse dispensa o consentimento e, diferentemente

³⁴⁹ PIVETO, Lucas Colombero Vaiano. **O legítimo interesse na lei geral de proteção de dados**. Rio de Janeiro: Lummen Juris, 2020.

³⁵⁰ Art. 4º O gestor está autorizado, nas condições estabelecidas nesta Lei, a: I - abrir cadastro em banco de dados com informações de adimplemento de pessoas naturais e jurídicas; II - fazer anotações no cadastro de que trata o inciso I do caput deste artigo; III - compartilhar as informações cadastrais e de adimplemento armazenadas com outros bancos de dados; e IV - disponibilizar a consulentes: a) a nota ou pontuação de crédito elaborada com base nas informações de adimplemento armazenadas; e b) o histórico de crédito, mediante prévia autorização específica do cadastrado. § 1º (Revogado) § 2º (Revogado) § 3º (VETADO) § 4º A comunicação ao cadastrado deve: I - ocorrer em até 30 (trinta) dias após a abertura do cadastro no banco de dados, sem custo para o cadastrado; II - ser realizada pelo gestor, diretamente ou por intermédio de fontes; e III - informar de maneira clara e objetiva os canais disponíveis para o cancelamento do cadastro no banco de dados. § 5º Fica dispensada a comunicação de que trata o § 4º deste artigo caso o cadastrado já tenha cadastro aberto em outro banco de dados. § 6º Para o envio da comunicação de que trata o § 4º deste artigo, devem ser utilizados os dados pessoais, como endereço residencial, comercial, eletrônico, fornecidos pelo cadastrado à fonte. § 7º As informações do cadastrado somente poderão ser disponibilizadas a consulentes 60 (sessenta) dias após a abertura do cadastro, observado o disposto no § 8º deste artigo e no art. 15 desta Lei. § 8º É obrigação do gestor manter procedimentos adequados para comprovar a autenticidade e a validade da autorização de que trata a alínea b do inciso IV do caput deste artigo.

de todas aquelas, tem seus contornos mais flexíveis³⁵¹. Esta flexibilidade, a partir da experiência europeia desde a Diretiva 95/46/CE, trouxe consideráveis reservas à previsão da base legal, em especial pela não uniformidade de sua aplicação pelos países do bloco³⁵².

Neste cenário, sobreveio os esforços do Grupo de Trabalho do art. 29º (GT29), que, mediante o Parecer 06/2014³⁵³, sugeriu diretrizes para a aplicação do legítimo interesse a serem adotadas pelos países-membros. Destaque-se, dentre as sugestões formuladas, o *teste de ponderação*, o qual visava servir como ferramenta para a correta aplicação dessa base legal de tratamento de dados pessoais. Para o GT29, a aplicação correta do teste traria um duplo benefício: de um lado, asseguraria “aos responsáveis pelo tratamento a necessária flexibilidade em situações nas quais não se verifique um impacto indevido nas pessoas em causa”; de outro, proporcionaria a essas pessoas (titulares) “segurança jurídica e garantias suficientes de que esta disposição aberta não será utilizada de forma abusiva”³⁵⁴.

A lógica do legítimo interesse impressa no referido parecer, inclusive a sugestão do teste de ponderação, foi incorporada no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (RGDP)³⁵⁵, o Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016. Os Considerandos 47 e 49³⁵⁶ dispuseram sobre o instituto, mas, assim como a Diretiva 95/46/CE,

³⁵¹ JAEISON, Marcela. O legítimo interesse do controlador no tratamento de dados pessoais e o teste de proporcionalidade europeu: desafios e caminhos para uma aplicação no cenário brasileiro. In: **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, vol. 8/2020, jul. – set., 2020.

³⁵² JAEISON, Marcela. O legítimo interesse do controlador no tratamento de dados pessoais e o teste de proporcionalidade europeu: desafios e caminhos para uma aplicação no cenário brasileiro. Op. cit.

³⁵³ GRUPO DE TRABALHO DO ART. 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS. **Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento dos dados na aceção do artigo 7.º da Diretiva 95/46/CE**. 2014. Disponível em: https://www.uc.pt/pt/protecao-de-dados/suporte/20140409_wp_217_partecer_2_2014_conceito_interesses_legitimos_resp_trat_diretiva_95. Acesso em 02 abr. 2021.

³⁵⁴ GRUPO DE TRABALHO DO ART. 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS. Op. cit., p.79.

³⁵⁵ JAEISON, Marcela. O legítimo interesse do controlador no tratamento de dados pessoais e o teste de proporcionalidade europeu: desafios e caminhos para uma aplicação no cenário brasileiro. In: **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, vol. 8/2020, jul. – set., 2020.

³⁵⁶ RGDP, CONSIDERANDO 47. Os interesses legítimos dos responsáveis pelo tratamento, incluindo os dos responsáveis a quem os dados pessoais possam ser comunicados, ou de terceiros, podem constituir um fundamento jurídico para o tratamento, desde que não prevaleçam os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais do titular, tomando em conta as expectativas razoáveis dos titulares dos dados baseadas na relação com o responsável. Poderá haver um interesse legítimo, por exemplo, quando existir uma relação relevante e apropriada entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento, em situações como aquela em que o titular dos dados é cliente ou está ao serviço do responsável pelo tratamento. De qualquer modo, a existência de um interesse legítimo requer uma avaliação cuidada, nomeadamente da questão de saber se o titular dos dados pode razoavelmente prever, no momento e no contexto em que os dados pessoais são recolhidos, que esses poderão vir a ser tratados com essa finalidade. Os interesses e os direitos fundamentais do titular dos dados podem, em particular, sobrepor-se ao interesse do responsável pelo tratamento, quando que os dados pessoais sejam tratados em circunstâncias em que os seus titulares já não esperam um tratamento adicional. Dado que incumbe ao legislador prever por lei o fundamento jurídico para autorizar as autoridades a procederem ao tratamento de

também não deram uma definição concreta de legítimo interesse, embora *densificassem* sua compreensão a partir do Parecer 06/2014³⁵⁷.

A permanência dessa porosidade quanto ao legítimo interesse levou doutrina e órgãos locais responsáveis pela proteção de dados a se dedicarem a respeito. No primeiro caso, cite-se Cordeiro³⁵⁸, que adapta os critérios adotados por Constantin Herfurth (ao contrário de ser um teste com ênfase em quatro etapas, dividia-se em três dimensões de abordagem: dados pessoais, partes e tratamento) para o teste de ponderação, tendo em vista a reserva quanto ao modelo do GT29, “não tanto em relação ao conteúdo, i.e., aos elementos substantivos a considerar, mas em relação à sistematização proposta”³⁵⁹. No segundo caso, tem-se o órgão independente de proteção de dados da Grã-Bretanha *Information Commissioner’s Officer* (ICO), que estabeleceu sistematização própria³⁶⁰ a partir de decisão da Corte de Justiça da União Europeia C-13/2017³⁶¹, cuja controvérsia se referia a utilização de dados pessoais do titular em legítimo interesse de terceiro³⁶².

dados pessoais, esse fundamento jurídico não deverá ser aplicável aos tratamentos efetuados pelas autoridades públicas na prossecução das suas atribuições. O tratamento de dados pessoais estritamente necessário aos objetivos de prevenção e controlo da fraude constitui igualmente um interesse legítimo do responsável pelo seu tratamento. Poderá considerar-se de interesse legítimo o tratamento de dados pessoais efetuado para efeitos de comercialização direta. [...] CONSIDERANDO 49. O tratamento de dados pessoais, na medida estritamente necessária e proporcionada para assegurar a segurança da rede e das informações, ou seja, a capacidade de uma rede ou de um sistema informático de resistir, com um dado nível de confiança, a eventos acidentais ou a ações maliciosas ou ilícitas que comprometam a disponibilidade, a autenticidade, a integridade e a confidencialidade dos dados pessoais conservados ou transmitidos, bem como a segurança dos serviços conexos oferecidos ou acessíveis através destas redes e sistemas, pelas autoridades públicas, equipas de intervenção em caso de emergências informáticas (CERT), equipas de resposta a incidentes no domínio da segurança informática (CSIRT), fornecedores ou redes de serviços de comunicações eletrónicas e por fornecedores de tecnologias e serviços de segurança, constitui um interesse legítimo do responsável pelo tratamento. Pode ser esse o caso quando o tratamento vise, por exemplo, impedir o acesso não autorizado a redes de comunicações eletrónicas e a distribuição de códigos maliciosos e pôr termo a ataques de «negação de serviço» e a danos causados aos sistemas de comunicações informáticas e eletrónicas.

³⁵⁷ JELSON, Marcela. O legítimo interesse do controlador no tratamento de dados pessoais e o teste de proporcionalidade europeu: desafios e caminhos para uma aplicação no cenário brasileiro. Op. cit.

³⁵⁸ CORDEIRO, A. Barreto Menezes. **Direito da proteção de dados**: à luz do RGPD e da lei nº 58/2019. Coimbra: Edições Almedina, 2020.

³⁵⁹ CORDEIRO, A. Barreto Menezes. **Direito da proteção de dados**: à luz do RGPD e da lei nº 58/2019. Op. cit. p. 231.

³⁶⁰ ICO. Guide to the General Data Protection Regulation (GDPR). 01 January 2021 - 1.1.100. Disponível em: <https://ico.org.uk/media/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr-1-1.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2021.

³⁶¹ CASE C-13/16. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=04F64195DEE5226696F5D920D0DCB41A?text=&docid=187183&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6689930>. Acesso em: 02 abr. 2021.

³⁶² MATIUZZO, Marcela; PONCE, Paula Pedigoni. O legítimo interesse e o teste de proporcionalidade: uma proposta interpretativa. In: **Internet & sociedade**. V. 1, n. 2, dezembro de 2020, pp. 54 a 76. Disponível em: <https://revista.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2020/12/O-legi%CC%81timo-interesse-e-o-teste-da-proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2021.

Seja como for, o legítimo interesse, por influência da RGPD, veio a ser adotado pela LGPD. Embora não estivesse previsto no anteprojeto³⁶³, essa base legal foi incluída na versão final da lei, por ocasião da segunda consulta pública, cujas propostas, se não ficaram inteiramente híidas, preservaram a “essência em balancear os interesses do titular de dados e dos agentes de tratamento de dados pessoais”³⁶⁴ com a previsão de critérios para o teste de balanceamento de interesses entre os dois sujeitos de direito na relação jurídica de tratamento, como será visto ao se abordado a dinâmica normativa do instituto logo mais.

A considerar, portanto, o objeto desta pesquisa, a seguir buscar-se-á abordar o legítimo interesse no contexto da LGPD, para o fim de investigar se as regras em torno de referida base legal estabelecem parâmetros que promovem o “equilíbrio dinâmico” entre os interesses em jogo do titular e o agente de tratamento de dados pessoais.

3.2 Legítimo interesse e o equilíbrio dinâmico com o direito à proteção de dados pessoais

A relação jurídica de tratamento de dados pessoais, como relação jurídica básica de direito pessoal e relativo congrega diferentes e, a princípio, interesses opostos. A considerar que o tratamento (como o objeto de prestação dessa relação jurídica) possui, em regra, natureza de atividade econômica, conforme se deduz por exclusão do disposto no art. 4º do referido diploma legal³⁶⁵, ele se insere como prática de *mercado*, e, como tal, pela natureza de instituição deste último, é fator fundamental de extração de valor dos dados pessoais na

³⁶³ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 1ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2019

³⁶⁴ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Op. cit. p. 252.

³⁶⁵ LGPD, 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.

economia de dados, servindo a condicionar o comportamento social, de maneira a reificar este aspecto da personalidade humana e torná-lo mercadoria³⁶⁶.

Esta tendência de condicionalmente social do mercado, já visto desde o alvorecer das Revoluções Industriais³⁶⁷ (a partir dos elementos estruturantes, conforme delineado no capítulo primeiro deste trabalho), promoveu transformações relevantes na base material da sociedade, as quais, no entanto, podem redundar em distorções que afetam a dinâmica do próprio mercado. Estas distorções, com efeito, atentam contra a concorrência e, por consequência, prejudicam a cadeia final das relações encetadas com os destinatários da produção de bens e serviços, geralmente os mais vulneráveis.

Diante deste cenário, surge a necessidade de regulação do mercado pelo direito, para garantir a segurança jurídica aos sujeitos envolvidos. É o que defende Forgioni, para quem regulação jurídica do mercado, mediante regras exógenas, perfaz a função de “catalisar o fluxo de relações econômicas, destinando-se, por exemplo, [...] a aumentar a segurança jurídica ou mesmo a eliminar falhas de mercado”³⁶⁸.

Para a autora³⁶⁹, o mercado possui um perfil poliédrico, a partir de quatro dimensões: o econômico, o político, o social e o jurídico. A primeira dimensão se refere ao *locus* em que o mercado se desenvolve; mais especificamente, significa a arena de interações entre os agentes econômicos que desenvolvem as práticas de mercado e decidem sobre a alocação dos recursos. A dimensão política refere-se às decisões exógenas ao mercado na definição sobre a alocação dos recursos – decisões estas tomadas a partir do direito, com o intuito de preservar o *modus operandi* do próprio mercado. A terceira dimensão – a dimensão social do mercado – trata de condicionar as decisões políticas a partir de objetivos sociais constitucionalmente consagradas, os quais pretendem salvaguardar a dignidade da pessoa humana. Por fim, a dimensão jurídica, que direciona-se exatamente na configuração da estrutura de regras exógenas que conferem ordem ao mercado, no sentido de preservar a uniformidade, a regularidade e a normalidade, em uma palavra, a segurança jurídica das transações, para evitar o descarrilhar das relações econômicas havidas³⁷⁰.

³⁶⁶ FORGIONI, Paula Andrea. **Evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Thomsom Reuters do Brasil, 2019.

³⁶⁷ FORGIONI, Paula Andrea. **Evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. Op. cit.

³⁶⁸ FORGIONI, Paula Andrea. **Evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. Op. cit. p. 167.

³⁶⁹ FORGIONI, Paula Andrea. **Evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. Op. cit.

³⁷⁰ FORGIONI, Paula Andrea. **Evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. Op. cit.

A LGPD, neste sentido, e a taxatividade de bases legais de tratamento de dados pessoais, em que há uma preponderante abertura de tratamento de dados com a dispensa de consentimento, insere-se nessa lógica poliédrica do mercado. Ao tempo em que reconhece o *locus* das transações em torno de dados pessoais (dimensão econômica), a lei encerra o objetivo de racionalizar o uso de dados pessoais (dimensão políticas), para que esteja garantida a finalidade expressa pelo art. 1º da LGPD (dimensão social). Há uma decisão política de regular a atividade econômica em torno dos dados pessoais (dimensão jurídica), para que se cumpra o fundamento constitucional de proteção da pessoa humana.

Certamente, reconhece-se a possibilidade de tratamento de dados pessoais como atividade econômica, mas pretende-se resguardar a segurança jurídica dessa *atividade*, com vistas à proteção da pessoa humana, a partir dos limites impostos pela legalidade (art. 170, parágrafo único, da CF/88³⁷¹). De sorte que a taxatividade das bases legais de tratamento representa esta reafirmação da legalidade no âmbito das relações jurídica de tratamento de dados pessoais, de maneira que se salvguarde a funcionalidade do mercado dentro dos parâmetros que se espera de uniformidade, regularidade e normalidade. Na verdade, pretende-se que a livre iniciativa por trás da atividade de tratamento responda ao valor social que se espera, no sentido de “produção de contributos aos agentes que a exercem e a terceiros que deles se beneficiam”³⁷².

A figura do consentimento, nesta ordem de ideias, cumpre um papel fundamental no equilíbrio da relação jurídica que se forma entre o titular de dados pessoais e o agente de tratamento. Conforme já foi visto, os predicados do consentimento, conforme descritos em lei (livre, informado e inequívoco), assume importante função na catalisação do fluxo de informação do titular. Em especial por cumprir o fundamento da autodeterminação informativa na origem, para além dos direitos garantidos nos termos do art. 17 e 18 da LGPD. Mas submeter ao consentimento qualquer tratamento de dados iria igualmente tonar o *locus* do mercado disfuncional, pela impossibilidade mesma de dar curso à atividade econômica correspondente. Imagine-se a necessidade, para cada operação desta natureza, de pedir o consentimento do titular? E a possibilidade da revogação, direito previsto no art. 18, IX, da

³⁷⁰ FORGIONI, Paula Andrea. **Evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. Op. cit.

³⁷¹ CF/88, 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: [...] É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei [...].

³⁷² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovisk. O valor social da livre iniciativa e a função social dos contratos na MP 881. **Portal Jota**, 2019 Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-valor-social-da-livre-iniciativa-e-a-funcao-social-dos-contratos-na-mp-881-15052019>. Acesso em: 03 abr. 2021.

LGPD? Para superar esta dificuldade, preveem-se outras bases legais para o tratamento de dados pessoais. E, em cada uma delas, há subjacente um imperativo de interesse público ou da lógica do próprio tratamento (como é o caso da execução de contrato e dos procedimentos preliminares, mas ainda assim que se submete ao consentimento, ainda que indiretamente), pelo que se pode afastar o consentimento como meio legal para o tratamento de dados.

Há, no entanto, a especificidade da base legal do legítimo interesse. Não há, a princípio, um interesse público declara, tampouco há uma lógica que pudesse dar curso livre a atividade de tratamento com a dispensa do consentimento. Contudo, a apesar disto, é possível compreender que o próprio valor social da livre iniciativa, que prestigia uma gama de liberdades públicas da pessoa humana³⁷³, ressoa no legítimo interesse como fundamento para o tratamento. Afinal, como se verá a seguir, é por meio do legítimo interesse que a livre iniciativa enquanto liberdade econômica cumpre a qualidade que a torna socialmente vantajosa, no sentido apreendido por Ruzyk³⁷⁴. Sobretudo quando se pensa em *inovação*, que, para utilizar o conceito normativo do ordenamento jurídico brasileiro, significa introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho (art. 2º, IV, da LI)³⁷⁵.

Seja como for, o legítimo interesse, conquanto não deixe entrever com nitidez e imediatamente o interesse público que eventualmente o informe, cumpre uma função de permitir que o mercado possa fazer uso dos dados pessoais com maior liberdade, quer seja para finalidade última da liberdade econômica (o desenvolvimento econômico pessoal do agente de tratamento materializado pelo lucro³⁷⁶), quer seja para os fins de promoção do

³⁷³ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

³⁷⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. O valor social da livre iniciativa e a função social dos contratos na MP 881. In: **Portal Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-valor-social-da-livre-iniciativa-e-a-funcao-social-dos-contratos-na-mp-881-15052019>. Acesso em: 02 abr. 2021.

³⁷⁵ LI, Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se: [...]IV - inovação: introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho; [...]

³⁷⁶ OLIVEIRA, Ricardo; COTS, Márcio (coord.). **O legítimo interesse e a LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, os quais compõem a substância constitucional do desenvolvimento nacional (art. 3º da CF/88)³⁷⁷.

3.2.1 Dinâmica normativa do legítimo interesse na LGPD

A permissão de utilização da base legal do legítimo interesse, conforme previsão do inciso IX do art. 7º da LGPD, enuncia os dois polos cujo equilíbrio de interesses deve ser buscado, conforme sugeriu o Parecer 06/2014 (item 3.1.10). Isto porque, se de um lado é permitido tratar dados pessoais para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, de outro se espera que, nesse tratamento, não prevaleçam direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais. Há na expressão normativa uma clara decisão de somente impedir o tratamento de dados pessoais por meio dessa base legal em caso de comprometimento do sistema de proteção que a lei dispensa ao titular de dados.

Esta leitura, porém, não resolve o desconforto que a expressão “legítimo interesse” causa – desconforto compartilhado, como visto, pelo cenário normativo europeu de proteção de dados pessoais. A assumida subjetividade pelo uso de conceito jurídico indeterminado³⁷⁸ gerou na RGDP a formulação do teste de ponderação ou proporcionalidade, a cujo respeito doutrina e entidades independentes europeias tomaram a liberdade de reformular, não pelo conteúdo, mas pela sistematização (item 3.1.10). No caso brasileiro, coube à disposição do art. 10 da LGPD o estabelecimento dos critérios pelos quais o legítimo interesse se operará. A dizer de outra maneira, a avaliação do legítimo interesse (*legitimate interests assessment/LIA*) deve levar em conta a coerência normativa entre o art. 7º, IX, o art. 10 e o 37³⁷⁹.

Lido desta maneira, tem-se que o agente de tratamento poderá fazer uso do legítimo interesse para tratar os dados pessoais, em seu favor ou em favor de terceiro, desde que o faça com a *finalidade legítima*, consideradas a partir de situações concretas, de apoio e promoção de sua atividade principal e de proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus

³⁷⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006; BERCOVICI, Gilberto. *Ciência e Inovação sob a Constituição de 1988*. In: **Revista dos Tribunais**. Vol. 916/2012, Fev. 2012. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2012.

³⁷⁸ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 1ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

³⁷⁹ BIONI, Bruno Ricardo. Legítimo interesse: aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 166-176. Também: BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 1ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

direitos ou a prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas do titular, os direitos e liberdades fundamentais deste.

Basicamente, segundo o disposto no art. 10 da LGPD, o teste de proporcionalidade³⁸⁰ deverá, em um primeiro momento, identificar se a finalidade está legitimada pelo ordenamento jurídico. A dizer de outra maneira, as finalidades exigidas pelo citado dispositivo devem ser compreendidas a partir do art. 6º, I, de referida lei, que define finalidade como “realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades”.

O tratamento deve estar destinado a objetivos que a lei não vede (devem ser lícitos, de modo a não contrariar a lei), sejam determinados ou determináveis (não podem ser genéricos, de modo a conferir carta branca ao agente de tratamento; antes devem ser articulados para situações concretas, como deixa explícito o próprio *caput* do art. 10), não sejam velados (ou segredados) e, portanto, devem ser suficientemente informados ao titular (se o legítimo interesse dispensa o consentimento, deverá ter suas finalidades específicas informadas, conforme ainda exigem o princípio da transparência previsto no art. 6º, VI, e também os artigos 7º, §6º, e 9º, I, da LGPD).

Com a identificação das finalidades legítimas do controlador no horizonte de seu legítimo interesse, ainda é preciso avaliar a necessidade estrita dos dados que serão tratados, conforme exige o §1º do art. 10 da LGPD. Aqui entre em cena a previsão do art. 6º, III, do mesmo diploma, que fala do princípio da *necessidade*. Segundo referido dispositivo, o tratamento de dados deve se limitar “ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento”. A validade do uso do legítimo interesse estará condicionada também a este aspecto, cuja finalidade é diminuir eventual impacto que o tratamento por esta base legal possa afligir às liberdades e direitos fundamentais do titular de dados.

Sobre este aspecto, Bioni³⁸¹ destaca que a necessidade imporá ao controlador, além da avaliação da estrita necessidade dos dados pessoais a serem tratados, o dever de avaliar também se esses dados não poderiam ser tratados a partir de outra base legal diversa do legítimo interesse. E isto faz sentido, porque, se o equilíbrio dinâmico advindo da

³⁸⁰ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 1ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

³⁸¹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Op. cit.

flexibilidade do legítimo interesse se justifica apenas quando, no balanceamento entre a liberdade econômica do controlador (agente de tratamento) e os direitos e liberdades fundamentais do titular de dados, estes não prevaleçam sobre aqueles, a base legal do legítimo interesse deve ser reputada como uma exceção, não uma regra frente às demais bases legais. Assim, na aferição da necessidade, a consideração de saber se não haveria outra forma de tratar esses dados, que não por meio do legítimo interesse, é medida que se impõe.

Em sequência a isto, ainda na esteira de Bioni³⁸², que é reputado como o principal responsável pela articulação³⁸³ do teste de proporcionalidade do legítimo interesse no contexto da LGPD, a partir do art. 10, uma vez avaliada a necessidade estrita dos dados pessoais para tratamento sob o legítimo interesse, descartada todas as demais bases legais, tem-se imperiosa a efetiva avaliação do equilíbrio entre os interesses envolvidos – observe que o suporte fático do princípio da necessidade (art. 6º, III) é enfático ao mencionar “dados [...] proporcionais”, o que denota a intenção da mens legis por um equilíbrio dinâmico.

Sob este aspecto, revela-se importante a compreensão de que a legítima expectativa do titular de dados com o tratamento a ser realizado cumpre um papel complementar de legitimação do interesse do controlador. Isto porque o uso de dados pessoais com base no legítimo interesse deve ser estabelecido com observância da boa-fé e seus deveres anexos (o que inclui a cooperação, a probidade e a lealdade), como deve atender à confiança que o titular de dados deposita no contexto da relação de tratamento. E aqui tem papel também fundamental a compreensão da privacidade contextual, a qual suaviza o impacto da dispensa do consentimento pela manutenção do controle do fluxo informacional pelo titular a partir dos direitos que lhes são assegurados e pela observância de sua legítima expectativa. Conforme assevera Bioni³⁸⁴:

A privacidade contextual reside justamente na fidelidade depositada pelo emissor de uma informação ao(s) seu(s) recipientes(s), na legítima expectativa de que seus dados pessoais serão usados e compartilhados de acordo com o contexto de uma relação preestabelecida ou a razão pela qual foi publicizado um dado; particularmente, na esperança de que o trânsito das suas informações pessoais não minará e trairá sua capacidade de livre desenvolvimento da personalidade e de participação social.

³⁸² BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Op. cit.

³⁸³ MATTIUZO, Marcela; PONCE, Paula Pedigoni. O legítimo interesse e o teste da proporcionalidade: uma proposta interpretativa. In: Revista Internetlab. Volume 1 / número 2 / dez 2020. Disponível em: <https://revista.internetlab.org.br/o-legitimo-interesse-e-o-teste-da-proporcionalidade-uma-proposta-interpretativa/>. Acesso em: 04 abr. 2021.

³⁸⁴ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 1ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 247.

Nesta ordem de ideias, cabe ao agente de tratamento, identificadas as finalidades legítimas e a estrita necessidade (pertinência, proporcionalidade e não excessividade) dos dados coletados, ponderar se seus interesses, além de não vedados em lei, estão de acordo com as legítimas expectativas do titular de dados, a partir da confiança gerada pela boa-fé que lhe é exigida, no curso da relação jurídica de tratamento com o titular de dados. Ou seja, como posto no CONSIDERANDO 49, para a adoção do legítimo interesse, cabe “saber se o titular dos dados pode razoavelmente prever, no momento e no contexto em que os dados pessoais são recolhidos, que esses poderão vir a ser tratados com essa finalidade”.

Adicionado a esta etapa de avaliação da conformidade do uso do legítimo interesse, há ainda obrigação do controlador de adotar medidas para garantir a transparência do tratamento de dados baseado em seu legítimo interesse, conforme o disposto no §2º do art. 10.

O princípio da transparência, explicitado do art. 6º, VI, refere-se a medidas que garantam ao titular de dados “informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento”. O art. 9º, por sua vez, desdobra essa obrigação na garantia do direito de acesso, porquanto exige que o titular de dados deve ter acesso facilitado às informações sobre o tratamento de dados, as quais deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva, de maneira a descortinar toda a engrenagem respectiva. Como afirmam Melo e Sniesko³⁸⁵:

[...] o controlador que se valer do legítimo interesse [...] precisará ser transparente para com o titular de dados, informando-o sobre o que é feito com os dados pessoais, resguardando aqui os segredos comerciais e industriais, e sobre eventuais mecanismos para controle, segurança e mitigação de danos.

Ressalte-se, a partir dessa afirmação, que a transparência exigida do controlador que fará uso da base legal do legítimo interesse, na lógica do equilíbrio dinâmico desse instituto, ressalva a possibilidade de fazer-se reserva do segredo comercial e industrial, de maneira que não haja prejuízo de competitividade ao controlador. É um direito deste, ademais, que a própria ANPD deve zelar, conforme sua competência delineada no inciso II do art. 55-J da LGPD, conforme referido no capítulo segundo.

³⁸⁵ MELOR, Leonardo Albuquerque; SNIESKO, Thiago Reys. Equacionando o legítimo interesse na LGPD. **IBCA.com**, 2019. Disponível em: <https://ibca.com.br/equacionando-o-legitimo-interesse-na-lgpd/>. Acesso em: 05 abr. 2021.

Não faria sentido, com efeito, a pretexto de proteger o direito de acesso do titular de dados, desbaratar um dos garantidores de eficiência do mercado³⁸⁶, que é a livre concorrência, a cujo respeito a LGPD não descurou de adotar como fundamento ao lado da livre iniciativa e da defesa do consumidor (art. 2º, VI) – todos igualmente garantidores de eficiência do mercado³⁸⁷.

Seja como for, a adoção de medidas que garantam a transparência, respeitados o segredo comercial e o industrial, permite que o titular possa exercer o direito de oposição³⁸⁸ (*opt-out*), conforme previsão do art. 18, §2º, da LGPD³⁸⁹. Este direito permite ao titular de dados, com a dispensa do consentimento, manter o controle sobre o fluxo informacional (autodeterminação informativa) de seus dados pessoais tratados pelo legítimo interesse. Contudo, o exercício desse direito, no contexto da relação jurídica de tratamento, deve atender também à boa-fé; a dizer, o titular não pode exercer este além dos limites da boa-fé, conforme defende Bioni³⁹⁰.

Outro aspecto da transparência que Melo e Sniesko³⁹¹ apontam está na adoção de medidas de segurança, prevenção e mitigação de danos. Para Bioni, aliás, isso está vinculado ao disposto no §3º do art. 10, que prevê a possibilidade de a ANPD exigir do controlador, no caso específico do legítimo interesse, o Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (RIPDP). Trata-se de um instrumento de *compliance*³⁹², cuja definição está no inciso XVII do art. 5º da LGPD³⁹³.

Segundo referido dispositivo, o RIPDP, refere-se à documentação elaborada pelo controlador, em que este fará constar a descrição dos processos de tratamento de dados

³⁸⁶ FORGIONI, Paula Andrea. **Evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Thomson Reuters do Brasil, 2019.

³⁸⁷ FORGIONI, Paula Andrea. **Evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. Op. cit.

³⁸⁸ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 1ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

³⁸⁹ LGPD, Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: [...]§ 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. [...].

³⁹⁰ BIONI, Bruno Ricardo. Legítimo interesse: aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 166-176.

³⁹¹ MELO, Leonardo Albuquerque; SNIESKO, Thiago Reys. Equacionando o legítimo interesse na LGPD. Disponível em: <https://lbc.com.br/equacionando-o-legitimo-interesse-na-lgpd/>. Acesso em: 05 abr. 2021.

³⁹² BRAZ JR, Marcílio. Das etapas de elaboração de um DPIA. In: **Portal Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/das-etapas-de-elaboracao-de-um-dpia-27042019>. Acesso em: 05 abr. 2021.

³⁹³ LGPD, Art. 5º. [...]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; [...]

personais, das salvaguardas dos direitos do titular e dos mecanismos de mitigação de risco. Inclui-se, portanto, como uma obrigação correlativa à obrigação de registro das operações de tratamento prevista no art. 37 da LGPD. Segundo Bruno³⁹⁴, ambas as obrigações se reforçam mutuamente, como forma de garantir a eficácia de medidas de segurança, prevenção e mitigação de danos.

Aqui assume importância o disposto no art. 46, §2º, da LGPD, que traz o conceito de *Privacy by Design*, que, em linhas gerais, significa a adoção de medidas de segurança e prevenção em todas as fases de concepção de um produto ou serviço posto à disposição do titular³⁹⁵. E esta prática, conforme disposta em lei, permite que o controlador possa gozar de confiança do titular de dados, porque estabelece de partida uma relação de tratamento em que a regra é a proteção de dados, e não o contrário.

Dessume-se que o cumprimento de todas estas obrigações materializadas em etapas de avaliação do legítimo interesse representa uma contrapartida exigida do controlador à permissão mais flexível de tratamento de dados pessoais. E, ao conquanto se compreenda haver a necessidade de especificação pela ANPD de como deve se dar a operação de tratamento com base no legítimo interesse, o certo é que tal deverá se extraída da própria realidade de eficácia da LGPD e de institutos já conhecidos da ordem jurídica nacional. Afinal, conforme adverte Melo e Sniesko³⁹⁶, “interpretações tropicalizadas de entendimentos importados da Europa e exercícios de futurologia podem ser deixados em segundo ou terceiro plano, dando vez para o endosso pragmático de opiniões e guidelines brasileiras”³⁹⁷.

3.3 Conclusões parciais

A dinâmica normativa do legítimo interesse, a partir do cumprimento das obrigações compostas pelo teste de proporcionalidade, tende a garantir segurança jurídica ao titular de dados pessoais – o qual, por meio do controle da atividade do agente de tratamento, terá

³⁹⁴ BRUNO, Marco Gomes da Silva. Comentários ao Capítulo VI – Dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei geral de proteção de dados comentada**. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book, Kindle.

³⁹⁵ SOUSA, Carlos Affonso Pereira de. Segurança e sigilo dos dados pessoais: primeiras impressões à luz da lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 417-441.

³⁹⁶ MELO, Leonardo Albuquerque; SNIESKO, Thiago Reys. Equacionando o legítimo interesse na LGPD. Disponível em: <https://lbca.com.br/equacionando-o-legitimo-interesse-na-lgpd/>. Acesso em: 05 abr. 2021.

³⁹⁷ Op. cit. sem paginação.

ciência de como os dados pessoais são tratados –, ao mesmo tempo em que oferece ao controlador maior flexibilidade no tratamento de dados.

Como afirmam Melo e Sniesko³⁹⁸, o legítimo interesse, tal como colmatado pela LGPD, concilia a “autodeterminação informativa e o respeito à privacidade com o desenvolvimento econômico e tecnológico”, criando um cenário em que que “a inovação dê o tom para as mais variadas formas de relacionamentos e negócios jurídicos no Brasil”.

Se todas as obrigações extraídas da interpretação sistemática dos artigos 7º, IX, 10 e 37 da LGPD representam um ônus ao controlador, a base legal do legítimo interesse é também um bônus³⁹⁹, pois dela se abre um campo de possibilidades para a livre iniciativa, com reflexos para o desenvolvimento econômico e para a inovação.

Não apenas isto, ressalte-se. Conforme visto a partir de Forgioni⁴⁰⁰, o mercado de dados demanda de regras taxativas sobre o tratamento de dados pessoais para que se garanta a higidez do próprio *modus operandi*.

A regras de direito são exógenas ao mercado, mas, a partir de decisões políticas, podem dar curso à integridade do *locus mercatário*, garantindo os princípios de ordem econômica incluídos nos fundamentos da LGPD (sobretudo a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor), como podem auxiliar no objetivo de proteção da pessoa humana, a partir dos direitos de liberdade, privacidade e livre desenvolvimento da personalidade.

³⁹⁸ Op. cit. sem paginação.

³⁹⁹ BIONI, Bruno Ricardo. Legítimo interesse: aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 166-176.

⁴⁰⁰ FORGIONI, Paula Andrea. **Evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Thomsom Reuters do Brasil, 2019.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O grande volume de dados pessoais que são cotidianamente produzidos, a partir da utilização massiva pelas pessoas naturais de utilitários tecnológicos interconectados (i.e., smartphones, IoT), gerou respostas do direito no intuito de regular as relações jurídicas baseadas nas prestações em torno de dados pessoais.

A LGPD se afigura como uma dessas respostas. Disciplinando o tratamento de dados pessoais, o que constitui o objeto prestacional das relações jurídicas entre o agente de tratamento e o titular de dados pessoais, esse marco regulatório brasileiro estabeleceu como objetivo a proteção da pessoa humana em relação aos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e livre desenvolvimento da personalidade. Mas, ao mesmo tempo que criou a partir disso uma rede de proteção composta por outros direitos, a LGPD não descurou de dar curso, sob o ponto de vista dos entes privados, às necessidades de um mercado cada vez movido a dados pessoais.

Esta escolha ambivalente da LGPD é demonstrável pelos fundamentos elegidos da disciplina de tratamento de dados pessoais. Se, de um lado, vê-se a autodeterminação informativa e a privacidade, e, de outro, os fundamentos da livre iniciativa, do desenvolvimento econômico e tecnológico e inovação, tem-se que a relação jurídica de tratamento deve atender às regras que garantam o equilíbrio dinâmico de interesses entre os sujeitos jurídicos envolvidos.

Por óbvio que o fim último declarado pela própria LGPD é a proteção do valor-fonte do ordenamento jurídico, que é a pessoa humana. Tanto que as possibilidades de tratamento de dados pessoais são em rol taxativo, com finalidades estritas e em grande parte atreladas ao interesse público, quando há a dispensa do consentimento – que é o instrumento jurídico maior de controle da pessoa natural sobre o tratamento de dados pessoais.

Diz-se “grande parte”, porque há hipóteses em que, dispensado o consentimento, o interesse público não cumpre papel de protagonismo. Estas hipóteses são a de proteção do crédito, execução de contrato e de procedimentos preliminares a estes, e o legítimo interesse. É dentre estes o legítimo interesse, no entanto, que carrega a maior indeterminação, porque os dois primeiros têm significados estritos quanto a suas finalidades.

Sem dúvida o legítimo interesse, por sua carga de indeterminação, é o que mais atrai a tentativa de a LGPD conferir o equilíbrio dinâmico das relações de tratamento em vista aos

fundamentos declarados pela própria lei. E, neste sentido, investigar a dinâmica normativa do legítimo interesse (cuja base são os artigos 7º, IX, 10 e 37) é crucial para entender se este equilíbrio dinâmico tem parâmetros suficientes para a regulação voltada a este fim.

À vista do que foi exposto em toda a pesquisa, em especial no último capítulo, a LGPD propõe uma dinâmica normativa atrelada ao legítimo interesse que, além de possibilitar o tratamento de dados pessoais mais flexível, incentiva a livre iniciativa, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação. Este bônus, porém, não vem sem o ônus de cumprimento de várias obrigações pelo agente de tratamento, no âmbito da relação jurídica fundada no legítimo interesse, que resguarde as liberdades e direitos fundamentais do titular de dados.

Nesta ordem de ideias, a LGPD traz instrumentos suficientes para equilibrar os interesses dos sujeitos jurídicos da relação jurídica de tratamento de dados pessoais. Tem-se o estabelecimento de direitos e obrigações que visam a alcançar o equilíbrio dinâmico entre esses interesses, o que é essencial para a manutenção da segurança e da sustentabilidade do próprio mercado nesta era dos dados.

REFERÊNCIAS

ABREU, Giovanna Oliveira Lima de. **A soberania dos dados versus a autonomia do usuário**: Big Data, Internet das Coisas e as estratégias afirmativas do anonimato. 2015. 120 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2015.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

BALKIN, Jack M. The Constitution in the National Surveillance State. **Minnesota Law Review**, vol. 93, n. 1, 2008; **Yale Law School, Public Law Working Paper** n. 168. Disponível: <https://ssrn.com/abstract=1141524> Acesso em: 13 abr. 2021

BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e provas ilícitas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Habeas Data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BERCOVICI, Gilberto. Ciência e Inovação sob a Constituição de 1988. In: **Revista dos Tribunais**. Vol. 916/2012, Fev. 2012. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2012.

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

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 1ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. Legítimo interesse: aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 166-176.

Bit. **Wikipedia**, 2009. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Bit>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. The Right to Privacy. In: **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, dec. 15, 1890, pp. 193-220.

BRASIL. A construção do artigo 5º da Constituição de 1988 [recurso eletrônico]. **Brasília**: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/15176>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: **Planalto**, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. Lei 10.406, 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro). Brasília: **Planalto**, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). Brasília: **Planalto**, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. Lei 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Brasília: **Planalto**, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. Lei 12.954, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília: **Planalto**, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. Lei 13.709, de 18 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados). Brasília: **Planalto**, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. Relatório Legislativo do Senador Ricardo Ferraço (PSDB/ES). Comissão de Assuntos Econômicos, 2018). Brasília: **Senado**, 2018. “Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7751566&ts=1594012451098&disposition=inline>. Acessado em 22 set. 2020.

_____. Decreto Federal 2.181, de 20 de março de 1997. Brasília: **Planalto**, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

BRAZ JR, Marcílio. Das etapas de elaboração de um DPIA. **Portal Jota**, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/das-etapas-de-elaboracao-de-um-dpia-27042019>. Acesso em: 05 abr. 2021.

BRUNO, Marco Gomes da Silva. Comentários ao Capítulo VI – Dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei geral de proteção de dados comentada**. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book, Kindle.

BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia**: história de deuses e heróis. 19 ed. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações, 2001.

BYTE. **Wikipedia**, 2021. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Byte#Multiple-byte_units. Acesso em: 16 abr. 2021.

CAMPOS, Diogo Leite de. Os direitos e os direitos de personalidade. **Revista da Ordem dos Advogados**, a. 53, abr./jun. 1993. P. 201-224.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 20 ed. ver. ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2019.

CAVANILLAS, José Maria; CURRY, Edward; WAHLSTER, Wolfgang. The Big Data value opportunity. In: CAVANILLAS, José Maria; CURRY, Edward; WAHLSTER, Wolfgang. (Coord.). **New Horizons for a Data-Driven Economy**. 1. Ed. UE: Springer Open, 2016 (edição Kindle).

COLMAN, Charles E. About Ned. In: **Harvard Law Review**, v. 129, jan. 29, 2016, pp. 128-152.

Comitê Gestor da Internet no Brasil. Painel Tic Covid-19: pesquisa sobre o uso de internet no Brasil durante a Pandemia do novo coronavírus. **CETIC.BR**, 2020. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20200817133735/painel_tic_covid19_ledicao_livro%20eetr%C3%B4nico.pdf Acesso: 13 out. 2020.

CONTREIRAS, Helio. Constituinte: mais direitos aos cidadãos. In: **Estado de São Paulo**. Edição de 30 jun. 1986. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/111241/1986_JAN%20a%20JUL_092.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 07 abr. 2021

COOLEY, Thomas McIntyre. **A treatise on the law of torts, wrongs wich arise independente of contract**. Chicago: Callaghan na company, 1879. Disponível em: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=inu.39000007718278&view=1up&seq=3>.

CORDEIRO, A. Barreto Menezes. **Direito da proteção de dados**: à luz do RGPD e da lei nº 58/2019. Coimbra: Edições Almedina, 2020.

CORDEIRO, Gustavo Henrique de Andrade; ESTEVÃO, Roberto da Freiria; OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges. Direitos do homem e biopoder: a captura da vida pelo soberano. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 1027/2021, maio 2021.

CRUZ, Bruna Souza; RIBEIRO, Gabriel Francisco. Evolução dos iPhones: Da tela sensível ao toque, ao impulsionamento do mercado de apps até o reconhecimento facial. **UOL Tecnologia**, 2018. Disponível em: <https://www.uol/tecnologia/especiais/a-evolucao-do-iphone.htm#tematico-2>. Acesso em: 13 out. 2020

CUPIS, Adriano. **Os direitos de personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. Autoridade Nacional de Proteção de Dados e o Conselho Nacional de Proteção de Dados. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 459-469.

Drogaria Araújo deverá pagar multa de R\$ 7 milhões por capturar CPF dos consumidores. **Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, 2018. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/drogaria-araujo-devera-pagar-multa-de-r-7-milhoes-por-capturar-cpf-dos-consumidores.htm>. Acesso em: 24 mar. 2021

FERGUSON, Nial. **A ascensão do dinheiro**: a história financeira do mundo. 1º ed. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2009.

FORGIONI, Paula Andrea. **Evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Thomsom Reuters do Brasil, 2019.

Frequency of WhatsApp usage among smartphone owners in Brazil in 2020 and 2021. **STATISTA.com**, 2021. Acesso em: <https://www.statista.com/statistics/1076956/brazil-frequency-whatsapp-usage/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

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

_____. *Direitos básicos dos titulares de dados pessoais*. In: BIONI, Bruno Ricardo (Coord.). **Revista do Advogado**. Ano XXXIX, nº 144, nov. 2019, p. 33-46.

_____. Nova LGPD: as demais hipóteses de tratamento de dados pessoais. **Jota**, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-as-demas-hipoteses-de-tratamento-de-dados-pessoais-19092018>. Acesso em: 31 mar. 2021

Furacão Florence: ‘extremamente perigoso’, fenômeno se aproxima dos EUA e deixa país em alerta. **BBC.com**, 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-45482087>. Acesso em: 04 de outubro de 2020.

Furacão Michael: como tempestade 'menosprezada' se tornou a 3ª mais forte a atingir os EUA. **BBC.com**, 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45820913>. Acesso em: 04 de outubro de 2020.

George Eastman history. **KODAK.com**, 2020. Disponível em: <https://www.kodak.com/en/company/page/george-eastman-history>. Acesso em: 20 out. 2020.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo**: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRUPO DE TRABALHO DO ART. 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS. **Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento dos dados na seção do artigo 7.º da Diretiva 95/46/CE.** 2014. Disponível em: https://www.uc.pt/protecao-de-dados/suporte/20140409_wp_217_partecer_2_2014_conceito_interesses_legitimos_resp_trat_diretiva_95. Acesso em 02 abr. 2021.

GUIMARÃES, Marcelo César. Repercussões concorrenciais da internet das coisas. In: FRANZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.) **Empresa, mercado e tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 309-334.

HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder**. Belo Horizonte: Âyiné, 2018.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens – uma breve história da humanidade**. 15ª ed., Porto Alegre: L&PM, 2016.

_____. **Homo Deus – uma breve história do futuro**. 1. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HILBERT, Martin. **Mapping out the transition toward information societies: social nature, growth, and policies**. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação da Universidade da Carolina do Sul como requisito parcial à titulação de Doutor em Filosofia (comunicação). 2012. Disponível em: <http://digitallibrary.usc.edu/cdm/ref/collection/p15799coll3/id/122978>.

HOBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções**. 25 ed. rev. 4 imp. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2012.

HOFFMAN-REIM, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-book, Kindle.

ICO. **Guide to the General Data Protection Regulation (GDPR)**. 01 January 2021 - 1.1.100. Disponível em: <https://ico.org.uk/media/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr-1-1.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2021.

IDC's Global DataSphere Forecast Shows Continued Steady Growth in the Creation and Consumption of Data. **IDC.com**, 2020. Disponível em: <https://www.idc.com/getdoc.jsp?containerId=prUS46286020>. 12 abr. 2020

JAELSON, Marcela. O legítimo interesse do controlador no tratamento de dados pessoais e o teste de proporcionalidade europeu: desafios e caminhos para uma aplicação no cenário brasileiro. In: **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, vol. 8/2020, jul. – set., 2020.

Leading countries based on Facebook audience size as of January 2021. **STATISTA.com**, 2020. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/268136/top-15-countries-based-on-number-of-facebook-users/>. Acesso em: 13 abr. 2021.

Lei Geral de Proteção de Dados entra em vigor. **Senado.leg**, 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/18/lei-geral-de-protecao-de-dados-entra-em-vigor>. Acesso em: 21 out. 2020.

LEMOS, Ronaldo. O que o distanciamento social nos ensinou sobre o home office? **Jota**, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-o-distanciamento-social-nos-ensinou-sobre-o-home-office-19062020>. Acesso em: 10 out. 2020.

LIMA, Caio César Carvalho. Comentários ao Capítulo II – Do tratamento de Dados Pessoais. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei geral de proteção de dados comentada**. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book, Kindle.

LUGATI, Lys Nunes. O uso da inteligência artificial e a redução do “ser” ao “data”. In: **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, vol. 9/2020, Out – Dez, 2020.

MAIA, Roberta Mauro Medina. A titularidade de dados pessoais prevista no art. 17 da LGPD: direito real ou pessoal? In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coords.). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 131-156

MALDONADO, Viviane Nóbrega. Comentários ao Capítulo II – Dos direitos do titular. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei geral de proteção de dados comentada**. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book, Kindle.

MATIUZZO, Marcela; PONCE, Paula Pedigoni. O legítimo interesse e o teste de proporcionalidade: uma proposta interpretativa. In: **Internet & sociedade**. V. 1, n. 2, dezembro de 2020, pp. 54 a 76. Disponível em: <https://revista.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2020/12/O-legi%CC%81timo-interesse-e-o-teste-da-proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2021.

MAYER-SCHONBERGER, Viktor. General development of data protection in Europe. In: AGRE, Philip; ROTENBERG, Marc. (orgs.). **Technology and privacy: the new landscape**. Cambridge: MIT Press, 1997, pp. 219-242.

_____; CUKIER, Kenneth. **Big Data: a revolution that will transform how we live, work, and think**. New York: First Mariner Books edition, 2014 (edição Kindle).

_____; RAMGE, Thomas. **Reinventing capitalism in the age of big data**. New York: Basic Books, 2018

MCAFEE, Andrew; BRYNJOLFSSON, Erik. *Big Data: the management revolution*. In: **Harvard Business Review**. October 2012 issue. Disponível em: <https://hbr.org/2012/10/big-data-the-management-revolution>. Acesso em: 12 out. 2020..

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia: 1ª parte. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELOR, Leonardo Albuquerque; SNIESKO, Thiago Reys. Equacionando o legítimo interesse na LGPD. **IBCA.com**, 2019. Disponível em: <https://lbca.com.br/equacionando-o-legitimo-interesse-na-lgpd/>. Acesso em: 05 abr. 2021

MENDES, Laura Schertel Ferreira. **Transparência e privacidade**: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo. 2008. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

_____. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014 (edição Kindle).

_____. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018

_____; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares. O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 61-72.

_____. Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Jota**. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020#_ftnref2. Acesso em: 21 out. 2020.

MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 1009/2019, p. 173 – 222, nov. 2019

MORAES, Melina Ferracini de. *Inovação tecnológica como instrumento para o desenvolvimento no Brasil*. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 97/2016, p. 213-228, set. – out. 2016.

Most popular global mobile messenger apps as of January 2021, based on number of monthly active users. **STATISTA.com**, 2021. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/258749/most-popular-global-mobile-messenger-apps/>. Acesso em: 16 abr. 2021

NETFLIX. **The Great Hacked**. EUA, 2019.

_____. **Connected: the hidden Science of everything**. EUA, 2020.

_____. **The Social Dilemma**. EUA, 2020.

Number of monthly active Facebook users worldwide as of 4th quarter 2020. **STATISTA.com**, 2020. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/264810/number-of-monthly-active-facebook-users-worldwide/>. Acesso em: 08 out. 2020.

OLIVEIRA, Ricardo; COTS, Márcio (coord.). **O legítimo interesse e a LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ONU. II Comissão da 68ª Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/3436-resolu%C3%A7%C3%A3o-sobre-o-direito-%C3%A0-privacidade-na-era-digital>. Acesso em: 21 out. 2020.

PEIXOTO, Erik Lucena Campos; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Os desafios da compreensão do direito à privacidade no sistema jurídico brasileiro em face das novas tecnologias. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (Coord.) **Privacidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Pp. 33-54.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Título de posição e título de exercício de poderes jurídicos: uma reflexão a partir do conceito de legitimidade no Código Civil de 2002. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 7. ano 3. p. 49-62. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. 3. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro, 2002.

PHELIPE, André; MEDEIROS, Israel. Covid-19 muda a rotina do mercado de trabalho com o home office. **Correio Braziliense**, 2020. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/03/21/internas_economia,835717/covid-19-muda-a-rotina-do-mercado-de-trabalho-com-o-home-office.shtml Acesso em: 10 out. 2020.

PIVETO, Lucas Colombero Vaiano. **O legítimo interesse na lei geral de proteção de dados**. Rio de Janeiro: Lummen Juris, 2020.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: Pessoas físicas e jurídicas**. Atualização Judith Martins-Costa, Gustavo Haical, Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção Tratado de Direito Privado: parte geral, 1).

_____. **Tratado de direito privado: direito de personalidade**. Direito de família: direito matrimonial (Existência e validade do casamento). Atualização Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial, 7.)

PRAZERES, Tatiana. Made in China na era do 5G. In: **Folha de São Paulo**, edição de 04 mar. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/tatiana-prazer/2021/03/made-in-china-na-era-do-5g.shtml?origin=folha>. Acesso em: 12 abr. 2021

Primeira trans a realizar cirurgia de mudança de sexo no Brasil foi chamada de "eunuco estilizado" na Justiça. **Portal Migalhas**, 2019. Fonte: <https://www.migalhas.com.br/quentes/296792/primeira-trans-a-realizar-cirurgia-de-mudanca-de-sexo-no-brasil-foi-chamada-de-eunuco-estilizado-na-justica>. Acesso: 09 mar. 2021

PROSSER, William L. *Privacy*. In: **California Law Review**, vol. 18, n. 3, ago. 1960, pp. 383-423.

QUEIROZ, Eça. Civilização. **NEAD** – Núcleo de Educação a distância. Universidade da Amazônia (Unama). Disponível em: http://www.portugues.seed.pr.gov.br/arquivos/File/leit_online/eca9.pdf. Acesso: 07 ago. 2021.

REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 3. ed. (2ª tiragem). São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Política: ensaios**. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

RESENDE, Rodrigo. CI aprova primeira direção da Autoridade Nacional de Proteção de Dados. **Senado.leg**, 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/ci-aprova-primeira-direcao-da-autoridade-nacional-de-protecao-de-dados>. Acesso em: 21 out. 2020

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luís. **Direito civil contemporâneo: Estatuto Epistemológico, Constituição e direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: GEN, 2019.

REINSEL, David; GANTZ, John; RYDNING, John. The Digitalization of the World: from the edge to core. **IDC White paper**, Nov. 2018. Disponível em: <https://www.seagate.com/files/www-content/our-story/trends/files/idc-seagate-dataage-whitepaper.pdf>.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovisk. O valor social da livre iniciativa e a função social dos contratos na MP 881. **Portal Jota**, 2019 Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-valor-social-da-livre-iniciativa-e-a-funcao-social-dos-contratos-na-mp-881-15052019>. Acesso em: 03 abr. 2021.

SAAD, Andrea; HIUNES, Antonio. *Ela, a LGPD, vista pelas empresas: uma proposta de visão prática – e otimista*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel (Coord.). **Lei geral de proteção de dados (Lei nº 13.709/2018): o caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SANTOS, João Paulo de Farias. *Mercadorias fictícias, dignidade e preço. Reflexões sobre direito e mercado no século XXI*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. (Coord.). **Empresa, mercado e tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. (edição Kindle).

_____. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020.

SCHAWB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2019 (edição Kindle).

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 238. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf/view.

SCHREIBER, Mariana. Coronavírus: uso de dados de geolocalização contra a pandemia põe em risco sua privacidade? **BBC.com**, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52357879>. Acesso em: 13 abr. 2021.

SOUSA, Carlos Affonso Pereira de. Segurança e sigilo dos dados pessoais: primeiras impressões à luz da lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 417-441.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Direitos do titular de dados pessoais na Lei nº 13.709/2018: uma abordagem sistemática. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coords.). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 243-286

SUSSKIND, Daniel. **A world without work: technology, automation, and how we should respond**. New York, NY: Henry Holt & Company, 2020. (Edição Kindle).

Termo de Ajustamento de Conduta. **Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, 2019. Disponível: https://mg.consumidorvencedor.mp.br/documents/82362/410250/decisao_410254.pdf. Acesso em: 24 mar. 2021.

The Punched Card Tabulator. **IBM.com**, 2020. Disponível em: <https://www.ibm.com/ibm/history/ibm100/us/en/icons/tabulator/>. Acesso em: 20 out. 2020.

VAINZOF, Rony. Comentários ao Capítulo I – Disposições Preliminares. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei geral de proteção de dados comentada**. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book, Kindle.

VÉLIZ, Carissa. **Privacy is power** – why and how you should take back control of your data. London, UK: Transworld, 2020. (E-book, Kindle)

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007.

WRIGHT, A.; DE FILIPPI, P. Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia. **SSRN.com**, 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664. Acesso em: 12 abr. 2021

ZUBOFF, Shoshana. Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. In: **Journal of Information Technology**, vol. 30, p. 75-89, 2015.