

A PROTEÇÃO DE DADOS E A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR SOB A PERSPECTIVA DO CONSENTIMENTO E PRIVACIDADE NA INTERNET

THE PROTECTION OF DATA AND THE GREAT VULNERABILITY OF THE CONSUMER FROM THE POINT OF VIEW OF CONSENT AND PRIVACY ON THE INTERNET

LA PROTECCIÓN DE DATOS Y LA HIPER VULNERABILIDAD DEL CONSUMIDOR BAJO LA PERSPECTIVA DEL CONSENTIMIENTO Y PRIVACIDAD EN LA INTERNET

* Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário de Guanambi (UniFG-BA), Brasil.

Elpídio Paiva Luz Segundo*

Eliane Lopes Couto**

** Bolsista de Iniciação Científica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado da Bahia (FAPESB). Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Guanambi (UniFG/BA), Brasil.

SUMÁRIO: *Introdução; 2 Situando o debate: a privacidade do consumidor na internet; 3 A Lei Geral de Proteção de Dados frente ao consentimento do consumidor; 4 Considerações finais; Referências.*

RESUMO: Este trabalho busca compreender a proteção de dados e a hipervulnerabilidade do consumidor sob a perspectiva do consentimento e da privacidade na rede mundial de computadores. A hipótese é que a noção de hipervulnerabilidade é um ponto de partida quando se aborda a proteção de dados do consumidor na internet. Outro aspecto é que em um contexto informacional o consentimento não pode ser atribuído apenas ao aderente. Há necessidade de ressignificação de suas premissas liberais que parecem insuficientes para lidar com a tecnologia da informação. Nesse contexto, o objetivo geral é identificar as mudanças advindas da sociedade informacional. Já os objetivos específicos são identificar a condição de hipervulnerabilidade do consumidor e discutir os problemas do consentimento e da privacidade na internet, que são apenas alguns elementos para esse debate. A metodologia é a jurídico-projetiva, que tenta situar tendências da área de estudo. Por fim, sugere reflexões que podem contribuir para o avanço do entendimento do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção de dados; Hipervulnerabilidade do consumidor; Consentimento; Privacidade.

ABSTRACT: Current paper deals with the protection of data and the consumers' great vulnerability with regard to consent and privacy on the Internet. Hypervulnerability is the starting point when dealing with consumers' data protection on the Internet. Another aspect that should be taken into account is that, within an information context, consent should not be attributed to the supporter. The resignification of liberal premises should be highlighted since they seem to be insufficient to cope with information technology. The paper aims at identifying changes from information society and the condition of hypervulnerability of the consumer whilst discussing the issue of consent and privacy on the

Internet. Juridical and projective methodology is employed to pinpoint trends in the area under analysis. Several discussions contribute towards an in-depth analysis of the theme.

KEY WORDS: Consumer´s hypervulnerability; Consent; Privacy; Protection of data.

RESUMEN: En este estudio se busca comprender la protección de datos y a la hiper vulnerabilidad del consumidor bajo la perspectiva del consentimiento y de la privacidad en la red mundial de computadores. La hipótesis es que la noción de hiper vulnerabilidad es un punto de partida cuando se aborda la protección de datos del consumidor en la internet. Otro aspecto es que en un contexto informacional el consentimiento no puede ser atribuido solamente al adherente. Hay la necesidad de resignificación de sus premisas liberales que parecen insuficientes para lidiar con la tecnología de la información. En ese contexto, el objetivo general es identificar los cambios advenidas de la sociedad informacional. Los objetivos específicos son identificar la condición de hiper vulnerabilidad del consumidor y discutir los problemas del consentimiento y de la privacidad en la internet, que son solo algunos elementos para ese debate. La metodología es la jurídico-proyectiva, que intenta posicionar tendencias del área de estudio. Por fin, se sugiere reflexiones que puedan contribuir al avance del entendimiento del tema.

PALABRAS CLAVE: Consentimiento; Hiper vulnerabilidad del consumidor; Protección de datos; Privacidad.

INTRODUÇÃO

Um primeiro pressuposto deste trabalho é o de que a sociedade informacional que se estabelece a partir dos anos 1970 tem exigido a reorganização de conceitos e procedimentos para a proteção do titular dos dados pessoais, especialmente considerando a condição de hipervulnerabilidade do consumidor em um contexto de transformações do consentimento e do direito à privacidade.

Se o acesso às tecnologias facilitou aos seres humanos a realização de atividades que passaram a ser compiladas nos celulares, tomando o lugar das calculadoras, dos aparelhos de GPS, das câmeras fotográficas, dos telefones fixos e muitas vezes até dos próprios computadores¹, hoje parece haver pouco espaço para os não iniciados em computadores e para territórios não atualizados com a comunicação o que coloca problemas sobre a desconexão e a recusa da lógica unilateral das empresas de *big data*, que por ausência de espaço não serão objeto deste texto.

Nesse contexto, a tecnologia compreendida como o uso de conhecimentos científicos de modo reproduzível transforma técnicas de produção existentes ou potenciais por meio de uma linguagem digital em expansão, que possui a capacidade de gerar, armazenar, recuperar, processar e transmitir informações².

Porém, se ela é condição necessária para uma nova forma de organização social baseada em redes de comunicação digital, não é suficiente para fornecer as bases a uma velha forma de organização social: as redes³. Se por um lado são flexíveis e adaptáveis, por outro, apresentam dificuldades em relação a arranjos complexos que têm objetivo definido com base em uma autoridade central, tais como os Estados, igrejas, exércitos e empresas. Porém, as redes de comunicação digital⁴ têm-se colocado como a base da sociedade em rede. Desse modo, deve-se evitar o exagero profético das mudanças, mas não se pode ignorar sua importância.

Por essas razões, um segundo pressuposto deste trabalho é que não há um deslocamento de um dirigismo contratual⁵, que seria próprio da sociedade pós-industrial do século XX, para um dirigismo informacional característico da sociedade de consumo. Isso seria admitir que o regramento geral do mercado brasileiro é o Código de Defesa do Consumidor, o que não parece adequado, especialmente, em relação aos contratos empresariais, às relações civis, administrativas e aos contratos de trabalho. Contudo, isso não afasta a noção de hipervulnerabilidade do consumidor, que é um conceito de partida para compreender a informação no espaço da internet tendo em vista a potencialidade do sujeito assim identificado ser muito mais suscetível a sofrer danos, o que enseja a existência de normas protetivas ao cidadão em um âmbito informacional⁶.

Um terceiro pressuposto é que a sociedade informacional não está centrada propriamente na informação, mas na possibilidade de transformá-la em conhecimento aplicado. Aqui se destacam os dados pessoais dos indivíduos que passam a ser a nova lógica de acumulação de capital⁷, orientada pela possibilidade de êxito junto ao público alvo, seja na melhoria da concepção ou segmentação de produto ou serviço, seja em relação à abordagem publicitária, que é estratégica para a atividade empresarial⁸.

¹ ROSA, Alexandre Moraes da. A questão digital. Revista de Direito da Faculdade Guanambi, v. 6, n. 2, p. 4, 2019. Disponível em: <http://revistas.faculdade-guanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/259/147>. Acesso em: 12 ago. 2022.

² CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede, v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 67-68.

³ CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: do conhecimento à política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (org.). A sociedade em rede: do conhecimento à ação política. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 2005, p. 17.

⁴ Ibidem, 2005, p. 18.

⁵ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Morte e vida da Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 18: "Em termos gerais e sucintos, dirigismo contratual pode ser compreendido como o conjunto de ações de interferência do Estado nas relações contratuais de consumo no intuito de proteger as partes mais fracas e assegurar os interesses sociais". Um exemplo disso é o Código de Defesa do Consumidor.

⁶ BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 184.

⁷ Ibidem, 2020, p. 32.

⁸ Idem, 2020, p. 32.

O quarto pressuposto é que o consentimento tem sido mais um meio para legitimar modelos de negócios da economia digital do que um meio eficiente para proteção de dados pessoais⁹. Além disso, sua apresentação genérica como expressão da livre vontade não tem contribuído para melhor entendimento de sua função. As reflexões não pretendem dar adeus ao consentimento mesmo porque não parece o melhor caminho. De todo modo, o texto não oferecerá uma reformulação sobre consentimento. Pretende apenas situar o debate.

Por fim, é necessário esclarecer o emprego da expressão privacidade no texto. Há uma indeterminação do conceito. Porém não se trata de um problema local. Diferentes países e tradições de direito usam o termo de modo distinto¹⁰. Mas, em lugar da tentativa de captura da realidade em conceito, observa-se, desde os anos 1970, que a privacidade passou a ser associada a casos de informações armazenadas em bancos de dados¹¹. Como o interesse pelo tema não deve ser estritamente acadêmico mas articulado com a práxis, a privacidade passa a ser concebida não só como um escudo contra o arbítrio mas indutora da autonomia, dos direitos de liberdade, da cidadania e da atividade política em sentido amplo¹², como um elemento característico da sociedade moderna.

O texto, organizado em quatro tópicos, pretende compreender as relações entre a proteção de dados com a hipervulnerabilidade do consumidor, especialmente na perspectiva do consentimento e de sua privacidade. A abordagem é feita, especialmente, a partir de uma leitura constitucional, no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Geral de Proteção de Dados.

Para a pesquisa foi construído um quadro teórico de referência com aderência à temática e o instrumento de pesquisa foi o levantamento bibliográfico. A opção metodológica é de tipo jurídico-projetivo em que se parte de premissas para tentar detectar tendências de determinados institutos jurídicos¹³, apontando perspectivas para o consentimento e a privacidade na internet em um contexto de proteção de dados e hipervulnerabilidade do consumidor. As contribuições específicas do texto dizem respeito à necessidade de reposicionar os debates sobre os temas na sociedade informacional. Conclui que o consentimento não pode ser compreendido apenas na manifestação de vontade de seu titular. Requer um arranjo complexo para que seja efetivo. De outro lado, a privacidade não pode ser lida em sentido restrito. Com o deslocamento do direito de propriedade e ascensão da personalidade, é necessário repensar outros contornos para manter íntegro um núcleo intangível de sua expressão. Por último, o esforço intelectual de articulação entre as ideias é direcionado para a práxis.

2 SITUANDO O DEBATE: A PRIVACIDADE DO CONSUMIDOR NA INTERNET

O debate sobre privacidade não é novo. Ela se funda em uma percepção do indivíduo em relação à sociedade com o estabelecimento de uma esfera privada livre da intromissão do ente público como reação ao absolutismo. Mais tarde, passa a ser prerrogativa burguesa que se utiliza desse conceito para marcar sua identidade e passa a ser associada com a proteção à propriedade. No século XX, a propriedade se torna condição para alcançar a privacidade¹⁴.

⁹ BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 186.

¹⁰ DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 77-78.

¹¹ Ibidem, 2020, p. 92.

¹² Ibidem, 2020, p. 93.

¹³ GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 29.

¹⁴ DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto, op cit., 2020, p. 87-88.

Já a noção de *privacy* é desenvolvida por John Stuart Mill na conjuntura das mudanças provocadas pela sociedade industrial. Trata-se do reconhecimento à individualidade típica da burguesia que defendia a diminuição ou neutralidade da intrusão em relação à vida privada do sujeito¹⁵.

Em *Sobre a liberdade*, o filósofo sustenta que a razão para não interferir nos atos voluntários de uma pessoa é a consideração pela sua liberdade. A escolha voluntária indica o que é desejável ou ao menos suportável para ela, que pode escolher os meios de alcançá-la¹⁶. Porém, em uma época em que os indivíduos estão perdidos na multidão que toma suas opiniões no calor do momento¹⁷, a esfera pública deixa de ser considerada uma garantia da razão contra o poder.

A possibilidade da opinião pública estabelecer um caráter coercivo com base em um interesse supostamente geral nada mais seria que a fabricação de opinião pelas mídias com seus interesses privados concorrentes¹⁸. Quando as opiniões de massas se tornam o poder dominante o antídoto seria a existência de uma elevada individualidade¹⁹.

Nesse percurso, o que se esperava é que a liberdade apontaria um caminho não para forçar alguém a segui-lo mas que fosse consistente com a liberdade de desenvolvimento de todos²⁰.

Para a compreensão desse debate é indispensável captar os contornos atuais do tema. Há uma correlação entre opinião pública e o princípio da publicidade²¹. Na agenda moderna, só a publicidade estaria em condições de transformar uma questão de vontade (*matter of will*) em uma questão de razão (*matter of reason*)²².

A publicidade garantiria o acordo da política com a moral, coadjuvando a ordenação jurídica como método²³. Na privacidade, por meio do mecanismo da livre concorrência, haveria chances iguais para aquisição da propriedade, o que implica em uma ficção de justiça que seria imanente ao intercâmbio de mercadorias dos proprietários e indivíduos autônomos. Vícios privados seriam traduzidos em virtudes públicas em uma perspectiva de que mercadorias estão submetidas a interesses privados e, ao mesmo tempo, a seres humanos livres²⁴, o que reforçaria a ideia de esfera pública.

No programa iluminista cada um está convocado a ser publicador que fala por meio de textos ao mundo²⁵, o que constitui em uma aposta em humanidade enquanto gênero, como público pensante, base da esfera pública sob um Estado liberal de Direito que estabeleceu a sociedade civil burguesa como esfera da autonomia privada²⁶, com o esquecimento da pessoa em si como um poder²⁷.

¹⁵ DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 88-90.

¹⁶ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 92.

¹⁷ *Ibidem*, 2011, p. 65.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. Esfera pública burguesa: ideia e ideologia. In: HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, cap. IV, p. 158-159, adaptado.

¹⁹ MILL, John Stuart, *op cit.*, 2011, p. 66.

²⁰ *Idem*.

²¹ HABERMAS, Jürgen. Esfera pública burguesa: ideia e ideologia. In: HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, cap. IV, p. 123.

²² *Ibidem*, 2003, cap. IV, p. 123-124.

²³ *Ibidem*, 2003, cap. IV, p. 128.

²⁴ *Ibidem*, 2003, cap. IV, p. 135-136.

²⁵ *Ibidem*, 2003, cap. IV, p. 130.

²⁶ *Ibidem*, 2003, cap. IV, p. 130-131.

²⁷ MILL, John Stuart. *op cit.*, 2011, p. 65, adaptado.

Passados cerca de duzentos anos do Iluminismo, a questão da informação está no âmago do debate público²⁸. Com o avanço da tecnologia a privacidade se tornou hipervulnerável à violação. A vida da pessoa está submetida a câmeras de vídeo e técnicas biométricas, sendo possível, por meio da emissão e recebimento de pulsos esquadrihar valores, hábitos, contatos, que influenciam a autonomia das pessoas²⁹.

Hoje, o comércio pela internet pode chegar mais longe do que o bazar medieval ou burgo (feira) moderno. A facilidade da comunicação mudou o equilíbrio de poder. A procura foi automatizada. Robôs rastreiam negociantes *on line* em busca do melhor preço. Isso não significa que a internet tenha tornado a informação gratuita. Ela oferece pacotes de serviços e produtos em troca de informações pessoais³⁰, o que dilata o conceito de privacidade de uma noção estritamente individualista, o “ficar ou estar só” para a possibilidade de contenção de informações pessoais para que cada um possa ter controle delas. Porém parece equívoco que o indivíduo possa exercer essa fiscalização, em razão das assimetrias existentes seja em relação aos governos e empresas.

Se a privacidade não pode ser entendida estritamente como uma cotação de mercado, de modo a ser um serviço pago por quem dele precise, é certo que a disparidade entre o fornecedor e o utente não permite falar em vontade livremente manifestada, o que requer intervenção legislativa que se projetou com maior ênfase no direito do consumidor³¹.

Nesse campo, o que se busca tutelar é a equalização das forças no mercado. Em um contexto de relações assimétricas, seja de informação ou econômica, o paradigma protetivo reconhece a vulnerabilidade de certos grupos, dedicando-lhes normas especiais para tutela na medida de suas fraquezas³².

Na lógica da economia digital, os dados pessoais são a moeda de troca pelo bem de consumo. Na incerteza do alcance de seus dados pessoais e do que pode ser extraído deles, o consumidor ignora os mecanismos dessas transações econômicas³³. A complexidade do fluxo informacional coloca em risco sua privacidade mesmo sem sabê-lo, o que evidencia sua hipervulnerabilidade. Assim como a privacidade, o direito do consumidor também foi desenhado inicialmente nos Estados Unidos da América do Norte, o que traz implicações para o debate no cenário legislativo, jurisdicional e administrativo.

No Brasil, a constitucionalização das relações privadas após 1988 elevou os direitos fundamentais de disposições jurídicas para direitos com aplicação efetiva nas relações humanas, notadamente no que diz respeito aos direitos dos consumidores vulneráveis.

O mesmo texto constitucional atribuiu o *status* de fundamental ao direito à privacidade no art. 5º inc. X, ao asseverar que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação³⁴”.

O art. 5º, XII, estabeleceu inviolabilidade dos dados, trazendo consigo os primeiros indícios do compartilhamento de dados, ainda que naquela época não fosse possível imaginar a dimensão que tomou a partir

²⁸ Se no século XVIII, a discussão pública era restrita apenas aos estamentos superiores, o século XIX viu nascer a economia de mercado e sua correspondente igualdade formal, que permitiu a expansão do debate público e a dicotomia esfera pública e privada. Nesse caminhar, o século XX foi o lugar da produção e consumo de massa por excelência e, dos anos 1990 em diante, há uma difusão global dos veículos de comunicação que coloca várias questões, dentre elas, a privacidade e o consentimento.

²⁹ RODOTÁ, Stefano. Transformações do corpo. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro, n. 19, p. 95, 2004.

³⁰ MCMILLAN, John. A informação quer ser livre. In: MCMILLAN, John. A reinvenção do bazar: uma história dos mercados. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, cap. 4, p. 51-52.

³¹ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8078-11-setembro-1990-365086-norma-pl.html>. Acesso em: 11 ago. 2022.

³² BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 184.

³³ *Ibidem*, 2020, p. 185.

³⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-norma-pl.html>. Acesso em: 30 mai. 2022.

do século XXI, mesmo porque ainda que o direito brasileiro contasse com algumas normas setoriais de proteção de dados, não havia um suporte legal a abranger todos os setores econômicos como ocorre hoje³⁵.

O texto constitucional também previu o *habeas data*³⁶, que tem como objetivo a disponibilização de informações acerca de dados pessoais dos cidadãos que estão inseridos em bancos de dados públicos³⁷.

Além de ser um meio para o acesso às informações, o *habeas data* também é utilizado para a retificação de dados no âmbito público, sendo considerado uma cláusula pétreia³⁸.

Por sua vez, o Código Civil, no art. 21, trata da privacidade e dos desdobramentos da violação no direito privado, assegurando que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma³⁹”.

Com o advento da internet, o direito à privacidade ganha destaque por conta do uso indiscriminado do acesso à rede associado ao compartilhamento de dados. Se a privacidade pode ser conceituada como a possibilidade que tem cada pessoa de obstar o ingresso de estranhos em sua vida privada e familiar, impedindo o acesso e divulgação de informações sobre a privacidade de cada um, hoje parece difícil o controle das informações que alguém deseja expor sobre a própria vida.

Isso porque a privacidade não diz respeito apenas a questões emocionais e afetivas, mas também à proteção de informações e preferências próprias de cada indivíduo, que devem, quando for da sua vontade, permanecer em sigilo, o que aponta para sua compreensão como liberdade negativa. Porém, é necessário considerá-la em sua função promocional, isto é, como uma situação subjetiva complexa que se dá não pelo poder de seu titular mas abarca um complexo de interesses tanto do titular como da coletividade, o que enseja poderes, deveres, obrigações e ônus ao envolvidos⁴⁰.

Assim, a privacidade não é algo dado por meio do habitat. Precisa ser estabelecida. Com a privacidade sob holofotes, há uma redução da esfera privada. Na mesma proporção a esfera pública tem perdido a condição de referência ao se dissolver em uma privacidade aparente reduzida ao indivíduo⁴¹.

A mudança na matéria mostra que sua leitura não pode ser adstrita à reserva, ao segredo e ao isolamento. Esses parâmetros estão debilitados pela coleta e uso de informações na rede. À medida que um direito à privacidade parece ser substituído pela administração de escolhas pessoais, a construção de uma esfera pessoal que possibilite a liberdade de escolha e o desenvolvimento da personalidade como forma de projetar o modo pelo qual a pessoa determina sua inserção e exposição no mundo exterior afasta-se do elemento individualista-possessivo de suas origens para um caráter relacional que possibilite a construção da individualidade⁴².

³⁵ MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, p. 22 – 23, 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/42740879/Coment%C3%A1rio_%C3%A0_nova_Lei_de_Prote%C3%A7%C3%A3o_de_Dados_lei_13_709_2018_o_novo_paradigma_da_prote%C3%A7%C3%A3o_de_dados_no_brasil. Acesso em: 17 ago. 2022.

³⁶ Art. 5º, inc. LXXII - conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (BRASIL, 2022).

³⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-norma-pl.html>. Acesso em: 30 maio 2022.

³⁸ RUARO, Regina Linden; RODRIGUES, Daniel Piñeiro; FINGER, Brunize. O direito à proteção de dados pessoais e a privacidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba*, n. 53, p. 45-66, 2011. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30768/19876>. Acesso em: 17 ago. 2022.

³⁹ BRASIL. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-norma-pl.html>. Acesso em: 11 ago. 2022.

⁴⁰ DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 94.

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. Mudança na estrutura social da esfera pública. In: HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, cap. V, p. 186-187.

⁴² DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 95 – 96.

Nesse novo contexto é necessário levar a sério a tecnologia e o contexto social em que ela ocorre, considerando que a sociedade não pode ser entendida ou representada sem suas ferramentas tecnológicas que estão a conformar um novo estilo de produção, comunicação, gerenciamento e vida⁴³.

A ênfase nos dispositivos personalizados, na interatividade, na formação de redes e busca de novas descobertas tecnológicas em diferentes países, organizações e culturas e com objetivos distintos se expandiram para diversos tipos de aplicações e usos, produzindo inovação tecnológica e diversificando suas fontes⁴⁴, culminou na reestruturação do sistema capitalista a partir da década de 1980 que tem moldado o informacionalismo como base material e tecnológica da organização social e da atividade econômica⁴⁵.

A especificidade do informacionalismo é a possibilidade de acumular conhecimentos em maiores níveis de complexidade e processamento de informações que possam resultar em melhores níveis de produção por unidade de insumos⁴⁶. Porém, ainda que não se possa falar de sociedade informacional de modo homogêneo, considerando a diversidade cultural e institucional de diferentes sociedades, os principais processos de geração de conhecimentos, produtividade econômica, poder político e comunicação de mídia estão lastreados pela concepção informacional, que pode ser entendida como um modo de desenvolvimento que articula a cultura e as forças produtivas, produzindo novas formas de interação, controle e transformação social⁴⁷.

Talvez a imagem da cabeça programada por computador seja retrato da crise do ser abalado pela conectividade. A possibilidade de reconstrução de individualidades e vida comunitária passa a ser ancorada em ferramentas tecnológicas em que o sujeito parece disposto a renunciar parte de sua privacidade com a entrega de informações às redes. E, mesmo na ausência de consentimento, o armazenamento de dados ocorre no emprego de aplicativos de localização, em compras via internet, no uso de cartões de crédito para pagamento, entre outras atividades realizadas cotidianamente.

558

Com o compartilhamento de dados, muitas empresas identificam o perfil de cada usuário, ao largo da proteção ao consumidor, sem seu consentimento, ignorando o direito à privacidade⁴⁸. As preferências do usuário e perfil de consumo têm sido objeto de comercialização, tornando o consumidor um produto⁴⁹. A captura de ações e discursos por computador, sejam de textos, vídeos, fotos, compras, redes, localizações, são tornados abstratos, analisados e vendidos⁵⁰, estabelecendo uma nova forma de poder em que direitos de privacidade passam a situar entre atores de vigilância privada e pública. Esse entrelaçar de categorias sociais, políticas e econômicas é problemático para a preservação do direito à privacidade⁵¹.

As implicações disso na vida em sociedade nem sempre são discutidas, no entanto, há riscos principalmente aos consumidores, que são considerados vulneráveis em relações de consumo. À medida que as receitas das empresas

⁴³ CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede, v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 42-43.

⁴⁴ CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede, v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 43-44.

⁴⁵ Ibidem, 2002, p. 50-51.

⁴⁶ Ibidem, 2002, p. 54.

⁴⁷ Ibidem, 2002, p. 54.

⁴⁸ ZUBOFF, Shoshana. Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização da informação. In: BRUNO, Fernanda et al. Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018, cap. 1, p. 28.

⁴⁹ BASAN, Arthur Pinheiro; OLIVEIRA, Andréa Luísa; COUTO, José Henrique de Oliveira. O elemento volitivo do consumidor frente à coleta de dados pessoais nos contratos eletrônicos e o paradigma do consentimento. Revista Jurídica Cesumar, Maringá, v. 21, n. 3, p. 712, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/9848/6889>. Acesso em: 17 ago. 2022.

⁵⁰ ZUBOFF, Shoshana. Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização da informação. In: BRUNO, Fernanda et al. Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018, cap. 1, p. 31-32.

⁵¹ Ibidem, 2018, cap. 1, p. 48.

de comunicação cresçam, especialmente do *Google*, a coleta de dados se tornou cada vez mais abrangente, o que deu ênfase à ciência da análise do *big data*⁵².

Nesse âmbito, a Lei Geral de Proteção de Dados, que tem o “objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural⁵³”, especialmente o direito dos consumidores nas relações tecnológicas. Assim, o que se buscou avaliar foi a perspectiva da privacidade do hipervulnerável na internet.

3 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS FRENTE AO CONSENTIMENTO DO CONSUMIDOR

Em 14 de agosto de 2018 foi sancionada a Lei nº 13.709, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados que estabeleceu o marco normativo relativo à proteção de dados, visando resguardar os direitos fundamentais dos indivíduos.

Os principais fundamentos da LGPD estão elencados no art. 2º. São eles: o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais⁵⁴.

Para entender o papel da LGPD no tratamento de dados dos consumidores, é necessário identificar as hipóteses estabelecidas para que os dados pessoais sejam tratados, ou seja, somente é permitido o tratamento de dados dentro das dez possibilidades elencadas no art. 7º da Lei⁵⁵.

Este tópico destaca o consentimento do titular (inc. I), principalmente no que diz respeito às relações de consumo, pois visa à autorização por parte do consumidor para que seus dados sejam analisados, podendo este, alterá-los, retificá-los ou até mesmo retirá-los caso não concorde com as informações ali contidas ou com a destinação a ser dada aos dados⁵⁶.

O consentimento do consumidor é necessário para legitimar o processamento de dados pessoais, considerando sua condição de vulnerabilidade. Da mesma forma, os princípios da adequação e segurança previstos no art. 6º da LGPD devem ser observados. A adequação tem como objetivo compatibilizar o tratamento com as finalidades informadas ao titular, no contexto do tratamento. Logo, está adstrito às informações e limites informados ao consumidor, nos casos de relações de consumo. Já a segurança atrai o dever de utilizar medidas técnicas e administrativas aptas à proteção dos dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração,

⁵² ZUBOFF, Shoshana, op cit., 2018, cap. 1, p. 32.

⁵³ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 10 abr. 2022.

⁵⁴ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 10 abr. 2022.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ ARCENO, Taynara Silva; HOFER, Jaqueline. Proteção de dados pessoais e direito do consumidor: novos contornos da proteção do consumidor na sociedade em rede. Anais dos Congressos Estaduais de Magistrados do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: v. 1, n. 1, p. 103-119, jan. 2020. Disponível em: <http://ajuris.kingghost.net/OJS2/index.php/Anais-dos-Congressos/article/view/1093/635#>. Acesso em: 17 ago. 2022.

comunicação ou difusão, o que enseja o dever de zelo e proteção dos dados pessoais pelos responsáveis, podendo inclusive serem responsabilizados em casos de vazamento ou qualquer outro dano ao titular⁵⁷.

O propósito da Lei é gerar um contexto de segurança jurídica nas situações em que envolvam compartilhamento de dados. Seu intuito, além de proteger os dados dos cidadãos, é de promover o desenvolvimento econômico através de atividades ligadas à manipulação de dados, característica oriunda da influência da União Europeia, que buscou harmonizar as leis de cada Estado membro com a proteção de dados de modo a beneficiar seu mercado interno⁵⁸, para que o crescimento econômico esteja aliado à privacidade das pessoas.

Porém, a falta de diálogo e de consentimento tem sido obstáculo à proteção de direitos do usuário. Isso porque as empresas se ocupam do consumidor como fonte de extração de dados de modo a eleger ações a partir dos dados produzidos, desconsiderando a subjetividade dos indivíduos e centrando-se na possibilidade de mercantilização de preferências. Em uma frase, o usuário é apenas um *bit*⁵⁹ em uma crescente lista de empresas que têm como negócio o volume de informações, tais como as de telecomunicações e pagamentos globais⁶⁰.

Por essa razão, garantir artificialmente qualificadores para o consentimento talvez não seja adequado. Buscar outras ferramentas regulatórias para equalizar a assimetria do mercado informacional parece indispensável ao redesenho da dinâmica do poder⁶¹ para que informações pessoais sejam protegidas. A tutela jurídica não pode se basear apenas em uma suposta escolha racional do indivíduo consentir ou não com o tratamento de dados pessoais. Admitir essa condição seria requestrar uma premissa liberal incoerente com a hipervulnerabilidade do consumidor. Daqui se segue a necessidade de maior intervenção, seja do ponto de vista do desenho normativo e do arranjo de políticas públicas que possam proteger o vulnerável substantivamente e não só com a instrumentalização do controle de dados pessoais⁶².

560

A questão é complexa e não se vislumbra uma resposta unívoca. É certo que há um anacronismo entre arranjos normativos de uma sociedade de controle e a atual demanda pela proteção de dados pessoais. Hoje, a fluidez das informações pessoais torna a modelagem moderna da autodeterminação e do consentimento, próprias do iluminismo jurídico, mitos no sentido de preencherem o vazio que pode se tornar arriscado para a estrutura da sociedade civil⁶³. Se o Iluminismo ampliou a capacidade humana de conceber e diminuir a complexidade do mundo⁶⁴ torna-se difícil teorizar a redução em uma conjectura em que nem mesmo a distópica ficção orwelliana pode se igualar à realidade contemporânea⁶⁵.

Se a fluidez é por si mesma contrária a uma perspectiva de controle considerando a existência de uma vigilância que se multiplica em pequenos irmãos, o romance 1984⁶⁶, com suas teletelas é ultrapassado para as atuais microtelas, aparelhos celulares, *smartphones*, a datificação da vida e a internet das coisas, o que torna a vigilância algo que não

⁵⁷ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/13709.htm. Acesso em: 10 abr. 2022.

⁵⁸ RUARO, Regina Linden. Algumas reflexões em torno da RGD, em especial quanto ao consentimento, com alusões à LGPD (um exercício interpretativo). Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, v. 14, n. 42, p. 225 – 226, 2020. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/760/992>. Acesso em: 3 jun. 2022.

⁵⁹ ZUBOFF, Shoshana. Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização da informação. In: BRUNO, Fernanda et al. Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018, cap. 1, p. 34.

⁶⁰ Ibidem, 2018, cap. 1, p. 39.

⁶¹ BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 187.

⁶² Idem.

⁶³ GROSSI, Paolo. Além das mitologias jurídicas da modernidade. In: GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, cap. II, p. 52.

⁶⁴ Ibidem, 2007, cap. II, p. 64.

⁶⁵ BIONI, Bruno Ricardo, op cit., 2020, p. 174.

⁶⁶ ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 78: “A vida — era só olhar em torno para constatar — não tinha nada a ver com as mentiras que manavam das teletelas”. O trecho mostra o ceticismo em uma sociedade distópica controlada por telas.

tem uma única face, mas, antes, é opaca, dispersa, intensiva e extensiva em uma economia de dados cujo modelo de negócio é vigiar os potenciais cidadãos-consumidores de modo a desenhar uma arquitetura de vigilância ubíqua com a permanente visibilidade da pessoa seja *on line* e *off line*⁶⁷.

Nessa nova forma de mercado, o capitalismo de informação se torna o modelo de negócios de empresas em que as estimativas de valor dependem da constante vigilância para abranger fatos iminentes de comportamentos econômicos, sociais, físicos e biológicos mediados pelo computador⁶⁸. Em lugar do panóptico ou do *Big Brother*, a automatização ingressa em todos os aspectos da vida humana, deslocando a identificação do poder com a propriedade dos meios de produção para a propriedade dos meios de modificação comportamental⁶⁹.

O encadeamento desses fatores com o uso de transações mediadas por computador afastaria a incerteza do contrato e retiraria a própria possibilidade de se desenvolver a confiança no sentido de que os contratos seriam descolados do social e repensados como processos de máquinas⁷⁰. Aqui, a participação consensual é substituída pelo equivalente universal do prisioneiro considerando que sistemas impessoais de controle produzem conhecimento e são independentes de consentimento.

O contrato, característica substantiva do direito moderno, especialmente, do direito privado como fonte de reivindicações garantidas por coerção legal, seria suplantado pela técnica do computador que ultrapassa o mundo conformado pelo contrato, permitindo novos modelos de negócio em um contexto de desconstratualização. Alguns exemplos seriam⁷¹:

se alguém parar de pagar as parcelas mensais do carro, o credor pode “instruir o sistema de monitoramento veicular a não permitir que o veículo seja iniciado e sinalizar o local onde ele pode ser retirado”. As companhias de seguros, ele sugere, podem contar com sistemas de monitoramento similares para verificar se os clientes estão dirigindo com segurança e, assim, determinar se devem ou não manter o seguro dele ou lhe pagar o prêmio da apólice. Ele também sugere que se podem contratar agentes locais remotos para executar tarefas e usar dados de seus *smartphones*—geolocalização, marcação de horário, fotos — para “provar” que eles realmente realizaram suas atividades conforme previsto no contrato.

Para ilustrar o argumento, no caso do *Google*, a prática de varredura de *e-mails* de usuários que não são do gmail, a captura de comunicações de voz, de configurações de privacidade, de práticas unilaterais de agrupamento de dados *on line*, a retenção de dados de pesquisa, o rastreamento de dados de localização dos *smartphones* e as capacidades de reconhecimento facial⁷² apontam, dentre outros, o problema da autonomia e consentimento do consumidor no direito brasileiro. Ainda que o titular dos dados tenha direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade⁷³, a ideia de que o cidadão é sujeito racional e capaz de decidir livremente sobre o controle de seus dados pessoais parece difícil de sustentar tendo em vista a complexidade existente no fluxo de informações pessoais⁷⁴. Seguramente,

⁶⁷ BIONI, Bruno Ricardo, op cit., 2020, p. 173.

⁶⁸ ZUBOFF, Shoshana. *Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização da informação*. In: BRUNO, Fernanda et al. *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018, cap. 1, p. 41; 44.

⁶⁹ *Ibidem*, 2018, cap. 1, p. 45.

⁷⁰ *Ibidem*, 2018, cap. 1, p. 42.

⁷¹ *Ibidem*, 2018, cap. 1, p. 41.

⁷² *Ibidem*, 2018, cap. 1, p. 34 - 35.

⁷³ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: ww.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 10 abr. 2022.

⁷⁴ BIONI, Bruno Ricardo, op cit., 2020, p. 176.

o consumidor está em situação de hipervulnerabilidade em um contexto assimétrico a abranger pelo menos uma dimensão informacional, financeira, técnica, jurídica e política.

Mesmo que o sujeito possa revogar o consentimento para tratamento de dados pessoais, a decisão avaliará mais a perda do que o ganho de retomar seus dados pessoais. Se o serviço ou produto for gratuito haverá maior valorização deles no processo de tomada de decisão. Assim, nesse jogo de perdas e ganhos, a busca de uma zona de conforto coloca a questão do paradoxo da privacidade, ou seja, a economia dos dados pessoais se movimenta entre decisões, gratificações e prejuízos que expõem a hipervulnerabilidade do titular de dados⁷⁵.

Em tese, o controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial. Em caso de não oferecimento de informações baseado na observância de segredo comercial e industrial, a autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais⁷⁶.

Esse arranjo normativo parece insuficiente para abranger a hipervulnerabilidade do consumidor no mercado informacional. Observe-se que não se trata de uma vulnerabilidade subjetiva que considera a condição pessoal do consumidor, assim como acontece com crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência. Ela é aspecto objetivo de uma economia que tem uma dinâmica própria e que vulnera o consumidor, especialmente, seus dados pessoais⁷⁷.

Agora, a integridade da esfera privada no mundo criado pelos meios de comunicação seria ilusória⁷⁸ e com o público transformado em massa há uma desprivatização material da autonomia que dilui as fronteiras entre a esfera pública e a privada⁷⁹, o que é obstáculo para que se possa promover a tutela do sujeito hipervulnerável.

562 Nessas condições, as garantias da individuação da pessoa ancorada no projeto moderno da autonomia parecem frágeis e não se vislumbra um novo fundamento para isso⁸⁰. Pontos de vista de estratégias de vendas no mercado constituem a base para o mercado consumidor que substitui a autonomia da pessoa para a comunicação pública de massa.

Ainda que a proteção de dados tenha tido expansão qualitativa e quantitativa, sendo mesmo elevada à norma constitucional em algumas situações, como a do Brasil, o emergir da sociedade informacional não tem sido acompanhado por instituições jurídicas adequadas. Há necessidade de estabelecer não só regulamentações restritivas mas impulsionar ou ressignificar institutos jurídicos que possam assegurar a efetividade da proteção de dados.

Isso implica um renascer do consentimento que proteja direitos individuais fundamentais e sua indisponibilidade. Distinguir interesse privado como privacidade e interesse coletivo como publicidade, característico do projeto iluminista, falhou, mesmo porque há uma mudança estrutural das relações entre setor privado e esfera pública⁸¹.

Nesse novo ambiente, a circulação de dados é orientada por funções, associações e contextos. Sua amplitude possibilita que sejam traçados perfis que passam a ser apresentados como mercadoria. Aqui o consentimento precisa do suporte de uma proteção integrada com disciplinas jurídicas e arranjos institucionais que possam restringir a coleta

⁷⁵ BIONI, Bruno Ricardo, op cit., 2020, p. 175-176.

⁷⁶ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/13709.htm. Acesso em: 10 abr. 2022.

⁷⁷ BIONI, Bruno Ricardo, op cit., 2020, p. 186.

⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. Mudança na estrutura social da esfera pública. In: HABERMAS, Jürgen. Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, cap. V, p. 202.

⁷⁹ Ibidem, 2003, cap. V, p. 208.

⁸⁰ Ibidem, 2003, cap. V, p. 191-192.

⁸¹ Ibidem, 2003, cap. V, p. 171.

e difusão de informações sensíveis para evitar a categorização de pessoas e grupos, ignorando suas nuances, o que poderia produzir mais desigualdade.

O consentimento não pode depender apenas da manifestação de um indivíduo hipervulnerabilizado, o que não quer dizer o retorno a um estado paternalista mas um enfoque global (internacional, público, estatal, social e privado) que possibilite a proteção de dados e o fortalecimento do poder individual.

Em uma época em que a passagem da informação deixa de ser interpessoal e passa a ser abstrata (coleta da informação), com o aumento da importância do controle de informações que ingressam na esfera privada, tais como o direito de não saber e de não receber publicidade, há necessidade de propiciar um desenvolvimento autônomo da personalidade, especialmente, com a diluição de fronteiras entre o público e o privado.

A ampliação da tutela da esfera privada tornou-se elemento constitutivo da cidadania, que não pode ser feita apenas com base na autoregulamentação ou em relações contratuais. É necessário que o consentimento seja efetivamente livre o que é tarefa difícil considerando que a proteção da informação pode ser relegada por outras lógicas, o que dificulta o exercício da cidadania.

A Lei 13.709/2018 parece apostar no titular de dados como controlador dos dados pessoais, o que não se justifica em um debate sobre consentimento e privacidade em uma sociedade informacional. A movimentação, seja no espaço real ou virtual, debilita as noções estabelecidas sobre esses conceitos.

Em fechamento, a Lei Geral de Proteção de Dados traz consigo um arcabouço jurídico técnico e complexo, que visa o desenvolvimento tecnológico, comercial e a proteção da privacidade das pessoas, em reforço ao texto constitucional. Contudo, além da necessidade da fiscalização ser efetiva, o que não pode ficar a cargo somente da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais, urge um esforço coletivo (de caráter internacional, público, estatal, social e privado) para que os cidadãos possam oferecer o consentimento sem risco à privacidade que não pode ser compreendida em uma ótica estritamente privada por conta das transformações ocorridas desde os anos 1970. De outro lado, há um núcleo de intangibilidade (os dados sensíveis) que devem ser protegidos. Eles compreendem pelos menos na LGPD: a origem racial e étnica, as convicções religiosas, as opiniões políticas, a filiação a organização religiosa, filosófica ou política, saúde, dados genéticos e biométricos. Nessas situações o consentimento deverá ser para finalidades específicas e explícito para proteger os direitos da personalidade, o que obsta que bancos de dados possam funcionar sem controle das informações.

563

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para um texto que pretende apenas situar um debate é difícil apresentar um fechamento. Parece melhor reunir alguns argumentos extraídos do trabalho e indicar as pistas que se oferecem no momento, reconhecendo os limites da exposição.

Pode-se perguntar: o que se pode considerar sobre a proteção de dados e a hipervulnerabilidade do consumidor sob a ótica do consentimento e privacidade na internet? Tanto os pontos de partida, com seus pressupostos, como o de chegada são marcados por um enquadramento jurídico-projetivo que tenta demarcar tendências do campo de estudo. São eles:

1) As tecnologias da informação, processamento e comunicação têm ingressado em todos os domínios em que a atividade humana é exercida. O que caracteriza a sociedade informacional não é a centralidade dos conhecimentos e da informação mas sua aplicação, que se situa entre o uso e a inovação.

2) A expansão do acesso à internet trouxe a necessidade da criação de novas legislações que tratassem da proteção de dados de modo atualizado, levando em consideração as alterações provocadas pela tecnologia, especialmente, devido ao comércio internacional.

3) No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor foi o pioneiro na proteção de dados na legislação infraconstitucional. Porém, pouco oferecia ao consentimento e privacidade na internet.

4) Em 2014, o Marco Civil da Internet, trouxe de modo mais específico o debate sobre consentimento. Além disso, previu a possibilidade de exclusão dos dados quando não houver vontade de manter a relação. Porém, a Lei Complementar nº 166/2019 retirou o consentimento como requisito para a manipulação dos dados, o que aponta para o risco de violação a direitos fundamentais.

5) Repensar o consentimento além de suas bases individualistas é uma necessidade na sociedade informacional. Conforme exposto, isso precisa estar articulado a outras esferas (internacional, pública, estatal, social e privada) para que seja efetivo.

6) A privacidade como parte exclusiva da esfera privada parece não fazer sentido em uma época que composições institucionais e estruturais acenam para o apagamento das fronteiras entre o público e o privado. Contudo, continua a ser oponível ao Estado, à sociedade e aos particulares ainda que a proteção seja relativa. Hoje sobressai seu caráter extrapatrimonial e não mais o direito de ficar ou estar só como expressão da propriedade individual.

7) Em uma sociedade informacional, o acesso e privacidade na internet são direitos fundamentais. Pessoas que têm sua privacidade violada podem requerer danos em juízo, tendo em vista que a vida privada da pessoa natural é inviolável e que há necessidade de equilíbrio entre a esfera pública e a privada. Assim, o direito à privacidade do consumidor na internet está relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana e seu desenvolvimento.

8) A proteção de dados e a hipervulnerabilidade do consumidor sob as lentes do consentimento e privacidade na internet abrangem: a) a possibilidade de modificar ou apagar as informações que empresas guardam sobre eles; b) a coleta de dados sensíveis exige consentimento explícito para finalidades específicas; c) nas condições atuais, os dados pessoais não sensíveis parecem hipervulneráveis pois podem ser manipulados e a dificuldade para o consumidor impedir seu fluxo é considerável.

9) Metadados podem mostrar informações pessoais e fornecer elementos sobre a conduta individual, preferências literárias, artísticas, sociais, gastronômicas, doenças eventualmente existentes, medicamentos utilizados, lugares frequentados, relações sociais. As possibilidades de invasão de arquivos pessoais e o risco crescente de manipulação por meio de *chips* podem colocar em risco não só a proteção de informações de uma pessoa, mas o próprio Estado Constitucional de Direito.

10) Se a lógica do signo muda com o tempo e hoje é o da informação, há uma teoria das relações a desvelar que teria por papel elucidar sua onipresença. Porém, com a substituição do “penso” pelo “consumo”, há um esvaziamento do humano que vê escapar o espaço do sentido que pode ser programado por não humanos.

REFERÊNCIAS

ARCENO, Taynara Silva; HOFLEER, Jaqueline. Proteção de dados pessoais e direito do consumidor: novos contornos da proteção do consumidor na sociedade em rede. **Anais dos Congressos Estaduais de Magistrados do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 103-119, jan. 2020. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/Anais-dos-Congressos/article/view/1093/635#>. Acesso em: 17 ago. 2022.

BASAN, Arthur Pinheiro; OLIVEIRA, Andréa Luísa; COUTO, José Henrique de Oliveira. O elemento volitivo do consumidor frente à coleta de dados pessoais nos contratos eletrônicos e o paradigma do consentimento. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 21, n. 3, p. 705-718, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/9848/6889>. Acesso em: 17 ago. 2022.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-norma-pl.html>. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8078-11-setembro-1990-365086-norma-pl.html>. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-norma-pl.html>. Acesso em: 30 mai. 2022.

BRASIL. Lei Complementar 166, de 8 de abril de 2019. Altera a Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001, e a Lei n. 12.414, de 9 de junho de 2011, para dispor sobre os cadastros positivos de créditos e regular a responsabilidade civil dos operadores. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 abr. 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/2019/leicomplementar-166-8-abril-2019-787932-norma-pl.html>. Acesso em: 17 ago. 2022.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**, v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: do conhecimento à política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (org). **A sociedade em rede: do conhecimento à ação política**. Lisboa: Imprensa Nacional; Casa da Moeda, 2005, p. 17-30.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

GROSSI, Paolo. Além das mitologias jurídicas da modernidade. In: GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, cap. II, p. 49-84.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HABERMAS, Jürgen. Esfera pública burguesa: ideia e ideologia. In: HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, cap. IV, p. 110-168.

HABERMAS, Jürgen. Mudança na estrutura social da esfera pública. In: HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, cap. V, p. 169-212.

MCMILLAN, John. A informação quer ser livre. In: MCMILLAN, John. **A reinvenção do bazar**: uma história dos mercados. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, cap. 4, p. 45-56.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 120, p. 555-587, 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/42740879/Coment%C3%A1rio_%C3%A0_nova_Lei_de_Prote%C3%A7%C3%A3o_de_Dados_lei_13_709_2018_o_novo_paradigma_da_prote%C3%A7%C3%A3o_de_dados_no_brasil. Acesso em: 17 ago. 2022.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

RODOTÁ, Stefano. Transformações do corpo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, n. 19, p. 91-107, 2004.

ROSA, Alexandre Morais da. A questão digital. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 6, n. 02, 2019. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/259/147>. Acesso em: 12 ago. 2022.

RUARO, Regina Linden. Algumas reflexões em torno da RGPD, em especial quanto ao consentimento, com alusões à LGPD (um exercício interpretativo). **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 14, n. 42, p. 219-249, 2020. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/760/992>. Acesso em: 3 jun. 2022.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUES, Daniel Piñeiro; FINGER, Brunize. O direito à proteção de dados pessoais e a privacidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 53, p. 45-66, 2011. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30768/19876>. Acesso em: 17 ago. 2022.

ZUBOFF, Shoshana. *Big Other*: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização da informação. In: BRUNO, Fernanda *et al.* **Tecnopolíticas da vigilância**: perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018, cap. 1, p. 17-68.

Recebido em: 23 de agosto de 2022

Aceito em: 14 de novembro de 2022