

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Rafael Scaroni Garcia

O MERCADO DE DADOS NO BRASIL: FUNDAMENTOS E DIRETRIZES

Porto Alegre

2023

Rafael Scaroni Garcia

O MERCADO DE DADOS NO BRASIL: FUNDAMENTOS E DIRETRIZES

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Doutor Fabiano Menke.

Porto Alegre

2023

Rafael Scaroni Garcia

O MERCADO DE DADOS NO BRASIL: FUNDAMENTOS E DIRETRIZES

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Doutor Fabiano Menke.

Aprovada em (dia) de (mês) de 2023.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Fabiano Menke

Orientador

Prof. Dr. Leonardo Netto Parentoni

Prof. Dr. Bruno Miragem

Prof. Dra. Daniela Copetti Cravo

AGRADECIMENTOS

Eu tenho a sorte de estar rodeado de professores desde que me conheço por gente. De conviver com professores em casa, na escola, nos ambientes sociais. Essa é, talvez, a característica da minha vida que carrego há mais tempo – e que se tornou indissociável da minha própria ideia de ser.

A especialização do saber ao longo do nosso tempo de vida me ensinou outra lição preciosa: é preciso aprender com os grandes mestres. Com aqueles que estudam a fundo uma área do conhecimento. Que entendem que o saber é sobre fazer as perguntas certas, não sobre ter todas as respostas – do contrário, de que adianta a resposta correta da pergunta errada? Que ficam anos com dúvidas intermináveis até que, num belo dia, no mais inesperado dos momentos, tudo passa a fazer sentido.

Minha primeira sorte é serem meus pais, Ana Paula e Jaime, professores. Existe fortuna melhor que ser criado por quem tem, como objetivo de vida, educar? Eu tenho certeza que não. Uma das primeiras frases que lembro de ter escutado em casa foi que o conhecimento é a única coisa que alguém jamais poderá tirar de mim - cresci com isso se desdobrando em todas as áreas da minha vida. Com isso, os dois me fizeram um curioso insaciável, me mostrando que o conhecimento é um paradoxo: quanto mais a gente aprende, mais coisas conhecemos e muitas outras mais descobrimos que não sabemos. É aquela coisa: quanto mais a gente sabe, mais a gente sabe que não sabe. Me mostraram, também, que nada disso adianta se mantivermos só para nós mesmos. O mais importante, eles sempre disseram, é a nossa generosidade. A partilha do conhecimento é a única divisão que multiplica. Assim eles moldaram minha vida e a de tantas outras pessoas que passaram, e continuam a passar, pela vida deles. A maior retribuição que se pode dar a tudo isso é continuar esse caminho tão lindo. Muitas vezes não poderemos retribuir todo esse bem a quem fez - mas sempre poderemos agir, dessa mesma forma, com todos que encontrarmos. Talvez essa seja a mais bonita forma de retribuição: espalhar, por todos os cantos, o melhor dos exemplos que temos. É muita sorte mesmo.

Ao Fabiano Menke – amigo, professor, orientador, companheiro de advocacia, enfim, uma personalidade invejavelmente desenvolvida. Este trabalho tem muito de Fabiano, desde as concepções jurídicas até o fato de ele mesmo existir – uma vez que o professor Fabiano confiou num Rafael, aluno do 4º semestre da graduação, pra assistir e discutir os temas da primeira cadeira por ele ministrada neste PPGD. Ali eu tive a certeza de cursar o mestrado e, depois, o doutorado. Minha obrigação com o Fabiano é uma obrigação antidoral; a única maneira de

agradecê-lo por tudo que fez, e segue fazendo, por mim, é ser, com todos que cruzarem meu caminho, o exemplo de pessoa que o Fabiano me representa. É um privilégio imenso conviver e compartilhar grandes momentos – e questões complexas – com alguém tão sábio a ponto de ser generoso. Se Dante foi guiado por Virgílio, eu posso dizer, sem sombra de dúvidas, ser o Fabiano meu guia, meu grande mestre, aquele a quem recorro, e sempre recorrerei, tanto nos momentos de grandes dúvidas, quando nos de grandes felicidades - um verdadeiro porto seguro.

À Jessica Jung, pelo apoio incondicional, por estar ao meu lado nos melhores nos e piores momentos e sempre me lembrar do que sou capaz – e do que podemos, juntos, alcançar. A vida sem ti seria mera passagem de tempo. Se, como diz a autora de um dos nossos livros preferidos, o que mais existe no mundo são pessoas que nunca vão se conhecer, que é preciso uma coincidência qualquer pra que o amor se instale e que, por isso, existe um milagre nos encontros, o nosso é, realmente, sagrado.

Ao Igor Scaroni, meu irmão mais novo. Catorze anos de diferença já pareceram muito mais – e parecerão cada vez menos. Os meus sentimentos por ti, por outro lado, só crescem. Ainda não sei como é ter um filho, mas acompanhar o crescimento de alguém que amamos tanto é uma experiência incrível.

O conteúdo lógico-filosófico do trabalho – e o amor à literatura russa, que se reflete em diversos pontos desse trabalho - se deve essencialmente ao Marcus Boeira – excetuados, evidentemente, os erros de interpretação, que são meus. Muitas foram as aulas que tive com ele – na graduação, no grupo de estudos, na Bella Morano e nas voltas à Canoas. A erudição e o profundo conhecimento do Marcus me encantam e me mostram que o conhecimento efetivamente ilumina o mundo, abrindo janelas que nem sabíamos existir.

Ao Bruno Miragem, cada uma das nossas conversas me transforma de maneiras que eu nem sabia ser possível. Aprender contigo é um privilégio; teu equilíbrio e teu profundo conhecimento dos problemas – e do retrato – social que vivemos constroem em mim pilares robustos a ponto de, ao mesmo tempo, enriquecer a doutrina e torna-la eficaz no mundo real.

Ao professor Leonardo Parentoni que, com as contribuições compartilhadas na banca de qualificação, efetivamente alterou a visão que eu tinha em relação ao objeto deste trabalho e possibilitou uma significativa melhora desta dissertação.

São muitos outros os agradecimentos, e muitas as pessoas a quem agradecer. Filipe Speck, Lorenzo Barros, Leonardo Facini, Gustavo Gasparotto, Lucas De Conti, Gustavo Francisco, Bruno Tabosa, Marcelo Bier, Rodrigo Vilella, Diego Krainovic, Luiz Miguel. Poderia – e deveria – expor as razões de cada um deles aqui, mas, se assim fosse, jamais adentraríamos ao trabalho.

A todos, meu muito obrigado. Esse trabalho seria muito diferente sem vocês.

Aos meus avós, Maria do Carmo Romero Scaroni,
Amador Antônio Scaroni, Francelício José Garcia, *in*
memoriam, e Maria Santa Gross Garcia, que
construíram o caminho para que eu pudesse estar
escrevendo estas palavras.

Porque o homem sempre e em toda parte gostou de agir a seu bel-prazer e nunca segundo lhe ordenam a razão e o interesse (...) Como foi que imaginaram que ele, obrigatoriamente, precisa de uma vontade sensata, vantajosa? O homem precisa unicamente de uma vontade *independente*, custe o que custar essa independência e leve aonde levar.
(Fiódor Dostoiévski, em Memórias do Subsolo)

No mundo há muitas armadilhas
e o que é armadilha pode ser refúgio
e o que é refúgio pode ser armadilha
(Ferreira Gullar, em Dentro da Noite Veloz)

tende paciência e brio: jamais
é vão sofrer pena severa
quando são altos os ideais.
Constante irmã da desventura,
logo a esperança propicia
júbilo e ardor na furna escura;
há de chegar o ansiado dia.
(Púchkin, em Mensagem à Sibéria)

RESUMO

O presente estudo tem, por objetivo, estabelecer diretrizes aptas a equilibrarem o fluxo e a proteção dos dados no mercado de dados pessoais, especificamente no âmbito do Direito Privado. Por meio do método dedutivo de abordagem, e pela pesquisa bibliográfica como método de procedimento, as duas hipóteses levantadas são, por um lado, a impossibilidade de existência de um mercado de dados, uma vez que os princípios e as normas de proteção de dados vedam essa prática e, por outro, a possibilidade, desde que observadas determinadas diretrizes desenvolvidas a partir do ordenamento jurídico já existente. Para responder à questão, optou-se pela divisão em dois capítulos, divididos em dois subcapítulos. O primeiro subcapítulo da primeira parte aborda a ascensão dos dados enquanto principal ativo da sociedade da informação e seus impactos no Direito, dialogando com autores que buscam explicar essa nova organização, além de definir o que seja o mercado de dados pessoais. O segundo subcapítulo versa especificamente da maneira pela qual este assunto deve ser tratado pelo Direito, debatendo a natureza jurídica dos dados pessoais, as implicações desta caracterização a partir do Código Civil, além da crise do consentimento e o conseqüente impacto da utilização das demais bases legais na autodeterminação informativa. O segundo capítulo conceitua mercado de dados econômica e juridicamente, buscando alcançar o que denominamos de fluxo protetivo de dados pessoais. No primeiro subcapítulo desta parte, trata-se do problema da gestão de risco na seara da proteção de dados. Ao defendermos uma abordagem à LGPD baseada no risco, identificamos os fundamentos a esta sustentar esta posição. No segundo subcapítulo, exploramos os fundamentos legais a sustentar um mercado de dados no Brasil, demonstrando o papel das bases legais na licitude do tratamento em um mercado de dados, com a legitimidade do estabelecimento da vantagem econômica como finalidade a informar o tratamento de dados. Ainda, aplica-se a ideia de atos de autodeterminação também às relações jurídicas envolvendo dados pessoais. Ao final, concluiu-se pela hipótese da possibilidade de existência de um mercado de dados nos termos da LGPD, sendo lícito, ao controlador, estabelecer a vantagem econômica como finalidade no tratamento de dados pessoais.

Palavras-chave: Mercado de dados pessoais. Vantagem Econômica. Fluxo protetivo de dados pessoais. Autodeterminação Informativa.

ABSTRACT

This study aims to establish guidelines able to balance the flow and protection of data in the personal data market, specifically within the scope of Private Law. Through the deductive method of approach, and through bibliographical research as a method of procedure, the two hypotheses raised are, on the one hand, the impossibility of the existence of a data market, since the principles and norms of data protection prohibit this practice and, on the other hand, the possibility, as long as certain guidelines developed from the existing legal system are observed. To answer the question, it was decided to divide it into two chapters, divided into two subchapters. The first subchapter of the first part addresses the rise of data as the main asset of the information society and its impacts on Law, dialoguing with authors who seek to explain this new organization, in addition to defining what the personal data market is. The second subchapter deals specifically with the way in which this matter should be dealt with by the Law, debating the legal nature of personal data, the implications of this characterization from the Civil Code, in addition to the crisis of consent and the consequent impact of the use of other legal bases. in informative self-determination. The second chapter conceptualizes the economic and legal data market, seeking to achieve what we call the protective flow of personal data. In the first subchapter of this part, the issue of risk management in the area of data protection is addressed. By advocating a risk-based approach to the LGPD, we identify the rationale behind this position. In the second subchapter, the legal foundations supporting a data market in Brazil are explored, demonstrating the role of legal bases in the lawfulness of the treatment in a data market, with the legitimacy of establishing the economic advantage as a purpose to inform the treatment of data. data. Still, the idea of acts of self-determination also applies to legal relationships involving personal data. In the end, it was concluded by the hypothesis of the possibility of the existence of a data market under the terms of the LGPD, being lawful, for the controller, to establish the economic advantage as a purpose in the processing of personal data.

Keywords: Personal data market. Economic advantage. Protective flow of personal data. Informative self-determination.

Sumário

Introdução	10
1 Mercado de dados: entre a liberdade do titular e a previsão de comportamentos	13
1.1 A ascensão do dado pessoal enquanto ativo econômico	13
1.2 A vontade do titular e a natureza jurídica da proteção de dados	29
2. O mercado de dados na LGPD: entre riscos e direitos a harmonizar o desenvolvimento econômico e a proteção de dados pessoais.....	29
2.1 A autodeterminação informativa a partir da simetria informacional: entre riscos e deveres fiduciários	29
2.2 O equilíbrio existente no Brasil: das bases legais aos atos de autodeterminação.....	29
Conclusão	29
Bibliografia.....	30

Introdução

Normatizar uma sociedade em transformação por diversas revoluções simultâneas tendo como ponto focal a tecnologia da informação é tarefa difícil. Estabelecer ordem e previsibilidade em um mundo intrinsecamente volátil é quase uma contradição em termos. Às vezes, entretanto, não há escolha possível; para não chegarmos ao caos, o Direito precisa regular o mundo do ser, mesmo que de forma incipiente, correndo o risco de ser ineficaz. Uma vez que o objetivo central do Direito é evitar o arbítrio, o papel da doutrina é o de densificar o texto legal produzindo normas aptas a organizarem e a trazer previsibilidade à vida social.

Ao surgir neste contexto, a LGPD busca estabelecer um tenuous, difícil equilíbrio entre o fluxo de dados e a proteção do titular a quem eles digam respeito. A multiplicação dos riscos de dano ao titular - desde o uso indevido até o aumento das chances de um incidente de dados pessoais - é a principal fonte de dificuldade no encontro desta proporção. Quem garante que o agente de tratamento de destino concederá a mesma proteção aos dados atribuída pelo agente remetente?

É a partir destes desafios que este trabalho estabelecerá diretrizes que auxiliem justamente neste contexto de aplicação da LGPD. Partimos do pressuposto de ser a informação o ativo mais importante da sociedade contemporânea, que possibilita um valioso diferencial competitivo aos agentes depositários destas informações. Consequência direta disto é a formação de um mercado de dados, onde agentes econômicos transacionam informações pessoais.

Que o mercado de dados existe, não se discute. Que ele vá crescer nos próximos anos, há poucas dúvidas. Que são necessários critérios a adequá-lo à legislação de proteção de dados, não há qualquer dúvida. Este é o grande mote que motivou esta dissertação; afinal, são as necessidades práticas - não a lei, nem a doutrina - as verdadeiras tecelãs do Direito¹. Na normatização de novas tecnologias, o mundo do ser se dissocia do mundo do dever-ser com muito mais rapidez quando comparada com as demais áreas jurídicas. Com isto, afirmamos ter partido de uma constatação fática a escolha do tema deste trabalho.

A revolução digital é muito mais uma revolução das tecnologias de medição do que, efetivamente, uma revolução de dados. Situações que anteriormente se perdiam com o tempo hoje são eternizadas a partir do armazenamento e do tratamento, em uma bola de neve que não

¹ MARTINS-COSTA, Judith. Contrato, conceito e evolução. In: LOTUFO, Renan *et al.* (org.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 30 – 31.

cessa nem mesmo com a morte do titular. Em outras palavras, os dados sempre existiram - o a diferença fundamental de nosso tempo é a melhoria na capacidade de medição e armazenamento de informação.

Essa circunstância não pode ser tomada como intrinsecamente ruim. Ao longo da história, o avanço tecnológico sempre assustou e o ser-humano invariavelmente teve uma atitude primeiro hostil, depois de insegurança, para só então efetivamente utilizar as ferramentas, quando pode entender os efeitos de longo prazo.

Assim, este trabalho visa responder à seguinte pergunta: é possível a existência de um mercado de dados nos termos da LGPD? Se sim, a partir de quais fundamentos e diretrizes? São duas as hipóteses possíveis: i) não há como existir um mercado de dados, uma vez que os princípios e as normas de proteção de dados vedam essa prática; ii) é possível que exista um mercado de dados, desde que observados determinados fundamentos e diretrizes desenvolvidas a partir do ordenamento jurídico já existente.

O objetivo desta dissertação é verificar se o mercado de dados já existente se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro, essencialmente a partir da harmonização entre a proteção do titular e o fluxo de dados pessoais. O método de abordagem a ser utilizado para solucionar o problema é o dedutivo, construindo diretrizes para um fluxo protetivo de dados pessoais no mercado de dados. O método de procedimento é essencialmente a pesquisa bibliográfica, com o propósito de buscar textos doutrinários e jurisprudência que possam, com base no objetivo, responder à pergunta de pesquisa.

Ainda em relação à metodologia, o âmbito de estudo e aplicação deste trabalho é exclusivamente o do Direito Privado. Tal delimitação é necessária tanto porque a regulação da proteção de dados tem sido uma atribuição do Direito Civil², quanto porque é esta área do Direito que teve a capacidade para se adaptar e oferecer soluções a novos problemas a partir da sua tradição histórico-romanística³. Eventuais aplicações em outras áreas jurídicas dos argumentos e critérios aqui expostos devem ser tomadas como contingências, tendo em vista as diferentes hermenêuticas e principiologias a informar áreas diversas do Direito. Nesse sentido, a técnica jurídica utilizada na densificação e no aprofundamento dos conceitos e institutos inerentes à proteção de dados pessoais é a historicamente produzida e desenvolvida pelo Direito Privado, apenas buscando amparo no Direito Público se, e somente se, os institutos do ordenamento civil forem absolutamente insuficientes na resposta dos problemas colocados.

² RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 120.

³ *Ibid*, p. 115.

Para dividir o trabalho, optou-se pelo método francês, com dois capítulos subdivididos em dois subcapítulos. No primeiro capítulo, explicar-se-á o a formação de um mercado de dados a partir da ascensão da informação como ativo econômico mais importante do nosso tempo. Para isto, o primeiro subcapítulo buscará organizar um diálogo entre os autores que procuram explicar como socialmente nos organizamos a partir das informações pessoais e os inerentes impactos que isto implica. Além disso, se analisará brevemente no que diz respeito a maneira de lidar com o processo formativo da sociedade da informação.

Ainda na primeira parte, o segundo subcapítulo tratará especificamente do problema da vontade do titular e da natureza jurídica do direito à proteção de dados pessoais. Com o propósito de ser possível um controle na aplicação principiológica, adotar-se-á a teoria de Humberto Ávila como vetor interpretativo desta espécie normativa, a fim de evitar seu uso indiscriminado a justificar qualquer tipo de decisão. Ademais, será feita uma pequena regressão histórica para se entender a razão da centralidade dos princípios nas legislações de proteção de dados.

O segundo capítulo conceitua mercado de dados econômica e juridicamente, buscando alcançar o que denominamos de fluxo protetivo de dados pessoais. Para isto, o primeiro subcapítulo trata do problema da gestão de risco na seara da proteção de dados. Ao defendermos uma abordagem à LGPD baseada no risco, identificaremos os fundamentos a esta sustentar esta posição e descrevemos as diretrizes a serem utilizadas, pelos controladores, no adequado gerenciamento dos riscos relacionados aos tratamentos de dados, especialmente aqueles existentes no mercado de dados. Por fim, tratamos do mecanismo de *data trust* – parte do Projeto Europeu de Espaço de Compartilhamento Seguro e Confiável de Dados – como possibilidade a auxiliar na garantia da autodeterminação informativa mesmo quando o titular dos dados pessoais não houver manifestado vontade a respeito do tratamento.

O quarto, e último, subcapítulo, explora os fundamentos legais a sustentar um mercado de dados no Brasil. Demonstramos, neste ponto, o papel das bases legais na licitude do tratamento em um mercado de dados, afirmando a legitimidade do estabelecimento da vantagem econômica como finalidade a informar o tratamento de dados. Além disso, reforçamos a ideia da proteção de dados enquanto direito da personalidade para aplicar a ideia de atos de autodeterminação também às relações jurídicas envolvendo dados pessoais. Por fim, trazemos a expectativa razoável de proteção de dados como um dos critérios possíveis a nortear o tratamento de informações pessoais em um mercado de dados.

1 Mercado de dados: entre a liberdade do titular e a previsão de comportamentos

1.1 A ascensão do dado pessoal enquanto ativo econômico

O objetivo desta primeira parte é a construção de um esquema conceitual que estabeleça uma ontologia apta a auxiliar a doutrina⁴ na aplicação da legislação de proteção de dados pessoais brasileira. Manter a ligação entre o mundo do ser e do dever-ser, para que as normas de proteção de dados sejam efetivas, é a principal preocupação deste trabalho. Faremos isto a partir dos conceitos e da linguagem do Direito Privado e da proteção de dados.

Muitos são os termos utilizados para conceituar a sociedade em que vivemos: sociedade da informação⁵, sociedade de redes⁶, capitalismo da vigilância⁷, era da psicopolítica⁸, sociedade

⁴ Neste sentido, ver QUINE, Willard Van Orman. **De um ponto de vista lógico: nove ensaios lógico-filosóficos**. São Paulo: Editora Unesp, 2011, p. 30 - 31: “Ora, como decidir entre ontologias rivais? Olhamos para variáveis ligadas em sua vinculação com a ontologia não para saber o que há, mas para saber o que uma dada observação ou doutrina, nossa ou de outro, *diz* que há; e esse é propriamente um problema que diz respeito à linguagem. Mas o que há é outra questão. Ao discutir acerca do que há, ainda existem razões para trabalhar em um plano semântico. Uma razão é escapar do embaraço apontado no início deste ensaio: o embaraço de não poder admitir que há coisas que McX sustenta e eu não. Enquanto estiver preso à minha ontologia, como ontologia oposta à de McX, não posso permitir que minhas variáveis ligadas façam referência a entidades que pertencem à ontologia de McX e não à minha. Posso, porém, descrever coerentemente nossa divergência, caracterizando os enunciados que McX afirma. Desde que minha ontologia admita formas linguísticas ou, ao menos, inscrições e enunciações concretas, posso falar sobre as sentenças de McX. Outra razão para se limitar a um plano semântico é encontrar um terreno comum para argumentar. A divergência quanto à ontologia envolve a divergência básica quanto ao esquema conceitual (...) Na medida em que nossa divergência básica acerca da ontologia puder ser traduzida em uma controvérsia sobre palavras e o que fazer com elas, a ruína da controvérsia quanto à petição de princípios poderá ser adiada. Não é de admirar, pois, que a controvérsia ontológica levasse a uma controvérsia sobre a linguagem”.

⁵ Também conhecida como 4ª Revolução Industrial, advinda com a internet e a digitalização da sociedade, como esclarece Otávio Luiz Rodrigues Jr. em RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 49.

⁶ CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, e-book, posição 382. O autor também usa o termo *sociedade-rede*.

⁷ *Age of surveillance capitalism*, no original, em inglês: ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power**. Londres: Profile Books, 2019. A definição é a seguinte: “*A new economic order that claims human experience as free raw material for hidden commercial practices of extraction, prediction and sales; a parasitic economic logic in which the production of goods and services is subordinated to a new global architecture of behavioral modification; a rogue mutation of capitalism marked by concentrations of wealth, knowledge, and power unprecedented in human history; the foundational framework of a surveillance economy; as significant a threat to human nature in the twenty-first century as industrial capitalism was to the natural world in the nineteenth and twentieth; the origin of a new instrumentarian power that asserts dominance over society and presents startling challenges to market democracy; a movement that aims to impose a new collective order based on total certainty; an expropriation of critical human rights that is best understood as a coup from above: an overthrow of the people’s sovereignty.*” *Ibid*, p. V.

⁸ Enunciada pela possibilidade de decifrar modelos de comportamento a partir do Big Data. HAN, Byung-Chul. **No exname: perspectivas do digital**. 2 reimpr. Petrópolis: Vozes, 2019, p. 132.

do desempenho⁹, capitalismo na era do *Big Data*¹⁰ ou mesmo economia do *Big Data*¹¹. Neste trabalho, utilizaremos *sociedade da informação* por ser o termo mais utilizado pela doutrina¹², uma vez que as facilidades trazidas pelas novas tecnologias estão alterando os fundamentos da nossa economia¹³.

Uma das manifestações mais claras da difusão da informação como característica central do atual conceito de sociedade é a difusão de leis de proteção de dados ao redor do mundo. Vivemos a era de ouro da proteção de dados. Entre 1973 e 2009, a média de novas legislações a respeito do tema era de 2.7 por ano; entre 2010 e 2019, a média foi de 5.3, chegando a um total de 134 leis em abril de 2019¹⁴.

⁹ “A sociedade do século XXI não é mais a sociedade disciplinar, mas uma sociedade de desempenho. Também seus habitantes não se chamam mais 'sujeitos da obediência', mas sujeitos de desempenho e produção” HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. 2 ed. ampliada. Petrópolis: Vozes, 2017, p.23 e, ainda, “(...) a sociedade do desempenho e a sociedade ativa geram um cansaço e esgotamento excessivos. Esses estados psíquicos são característicos de um mundo que se tornou pobre em negatividade e que é dominado por um excesso de positividade” *Ibid.*, p. 70. “A era do digital não é uma era do ócio, mas sim do desempenho” HAN, Byung-Chul. **No enxame: perspectivas do digital**. 2 reimp. Petrópolis: Vozes, 2019, p. 63.

¹⁰ No original em inglês, *reinventing capitalism in the age of Big Data*. Os autores o defendem da seguinte maneira: “The reboot of the Market fueled by data will lead to a fundamental reconfiguration of our economy, one that will be arguably as momentous as the Industrial Revolution, reinventing capitalism as we know it”. MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; RAMGE, Thomas. **Reinventing Capitalism in the Age of Big Data**. Londres: John Murray, 2019, p. 4 -5.

¹¹ O’NEIL, Cathy. **Weapons of Math Destruction: how big data increases inequality and threatens democracy**. Londres: Penguin Books, 2017, p. 3.

¹² Toma-se, por todos: BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 5 e ss.; 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. 47 e ss., DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, v. 12, n. 2, jul./dez. 2011, p. 92.

¹³ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; RAMGE, Thomas. **Reinventing Capitalism in the Age of Big Data**. Londres: John Murray, 2019, p. 9.

¹⁴ GREENLEAF, Graham. **Countries with data privacy laws – by year 1973-2019**. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=3386510>> Acesso em 8 set 2020, p. 2. O mesmo autor possui um artigo com uma tabela tratando a respeito de todas essas leis: GREENLEAF, Graham. **Global tables of privacy laws and bills. Privacy Laws & Business International Report**, fev. 2019. Na América do Sul, a Argentina é o país que apresenta, no momento, a experiência mais rica em proteção de dados pessoais (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. 279. Para uma explicação a respeito da experiência argentina, vide RAMINELLI, Francieli Puntel; RODEGHERI, Leticia Bodanese. A Proteção de Dados Pessoais na Internet no Brasil: Análise de Decisões Proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, v. 11, n. 2, 2016, p. 142 – 151.). Além dela, o Chile já possui uma lei protetiva desde 1999 (CHILE. **Ley nº 19.628 – Sobre protección de la vida privada**. Santiago, 18 de agosto de 1999. Disponível em: <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=141599>>. Acesso em 9 dez. 2022.) com incorporação, em 2018, da proteção de dados no rol de direitos fundamentais da Constituição (CHILE. **Ley nº 21.096 – Consagra el derecho a protección de los datos personales**. Santiago, 5 de junho de 2018. Disponível em: < <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1119730>> Acesso em 9 dez. 2022). Importante salientar que a população chilena rejeitou, em 2022, o texto de nova Constituição, e está sendo instaurada, no momento de conclusão deste trabalho, uma nova Constituinte. O Uruguai possui uma lei desde 2008 (URUGUAY. **Ley nº 18.331 – Ley de Protección de Datos Personales**. Montevideu, 11 de agosto de 2008. Disponível em: < <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18331-2008>> Acesso em 10 dez. 2022), o Peru desde 2011 (PERU. **Ley nº 29733 - Ley de Protección de Datos Personales**. Disponível em: <<https://www.gob.pe/institucion/congreso-de-la-republica/normas-legales/243470-29733>> Acesso em 12 jan. 2023) a Colômbia desde 2012 (COLOMBIA. **Ley Estatutaria 1581 de 2012**. Bogotá, 18 de outubro de 2012.

Tal contexto é possível porque a internet é financiada principalmente pela coleta, análise e comércio de dados - a economia de dados¹⁵. Longe de ser exclusividade sua, neste sentido o mundo digital é apenas mais um reflexo da extensão dos mercados, e de valores de mercado, a esferas da vida às quais anteriormente não eram por eles influenciados¹⁶. Neste sentido, "a chegada do mercado e do pensamento centrado nele a aspectos da vida tradicionalmente governados por outras normas é um dos acontecimentos mais significativos da nossa época¹⁷" - isso porque a narrativa do liberalismo é a única sobrevivente ao século XX¹⁸.

Disponível em: < http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1581_2012.html> Acesso em 15 dez. 2022), o Equador desde 2021 (ECUADOR. **Ley Orgánica de Protección de Datos Personales**. Disponível em: <<https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/2021/06/Ley-Organica-de-Datos-Personales.pdf>> Acesso em 12 jan. 2023.). O Paraguai possui, desde 2001, uma lei que “regulamenta a informação de caráter privado” (PARAGUAI. **Ley nº 1682/2001 - Regulamenta la informacional de carácter privado**. Disponível em: <<https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/1760/ley-n-1682-reglamenta-la-informacion-de-caracter-privado#:~:text=%2D%20Es%201%C3%ADcita%20la%20recolecci%C3%B3n%2C%20almacenamiento,individualicen%20las%20personas%20o%20entidades>> Acesso em 12 jan. 2023).

¹⁵ VÉLIZ, Carissa. **Privacidade é poder: por que e como você deveria retomar o controle de seus dados**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 21. Interessante notar que a autora utiliza, ao longo do texto, diversos termos para se referir ao mercado de dados: "Ao longo de todo o livro, eu utilizo 'a economia de dados', 'a economia de vigilância', 'o capitalismo de vigilância' e 'a sociedade de vigilância' quase de maneira intercambiável. Poderíamos, em teoria, ter uma economia de dados que excluísse os dados *peçoais*. Poderíamos comercializar dados que são sobre assuntos impessoais. Mas, no momento em que escrevo, quando as pessoas escrevem sobre a 'economia de dados', elas estão muitas vezes se referindo ao comércio de dados pessoais, então, eu uso a 'economia de dados' como abreviatura para a 'economia de dados pessoais'" *Ibid*, p. 21 - 22, nota de rodapé nº 20, grifo no original. Fundamental, também, notar que o pensamento da autora vincula, expressamente, a privacidade à intimidade: "A privacidade diz respeito à capacidade de manter certas coisas íntimas para si mesmo - seus pensamentos, suas experiências, suas conversas, seus planos" *Ibid*, p. 23. A doutrina brasileira, entretanto, já entende que há mais uma noção de controle do que de intimidade ligada à proteção de dados: "A privacidade, nas últimas décadas, passou a se relacionar com uma série de interesses e valores, o que modificou substancialmente o seu perfil. E talvez a mais importante dessas mudanças tenha sido essa apontada por Stefano Rodotà, de que o direito à privacidade não mais se estrutura em torno do eixo 'pessoa-informação-segredo', no paradigma da zero-relationship, mas sim no eixo 'pessoa-informação-circulação-control'" DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 41

¹⁶ SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. 16 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021, p. 12.

¹⁷ SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. 16 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021, p. 13. Sandel faz esta afirmação com viés crítico, colocando em dúvida "a capacidade. dos mercados de gerir riscos com eficiência" (*Ibid.*, p. 12), principalmente após sucessivas crises financeiras. Neste sentido, o seguinte trecho resume bem a ideia que ele defende no livro: "Veja-se a questão da desigualdade. Numa sociedade em que tudo é à venda, a vida fica mais difícil para os que dispõem de recursos modestos. Quanto mais o dinheiro pode comprar, mais importante é a sua fluência (ou a sua falta). Se a única vantagem da fluência fosse a capacidade de comprar iates, carros esportivos e férias no exterior, as desigualdades de renda e riqueza não teriam grande importância. Mas, à medida que o dinheiro passa a comprar cada vez mais - influência política, bom atendimento médico, uma casa num bairro seguro, e não numa zona alto índice de criminalidade, acesso a escolas de elite, e não às que resentam maus resultados -, a questão da distribuição da renda e riqueza adquire importância muito maior. Quando todas as coisas as podem ser compradas e vendidas, ter dinheiro passa a fazer toda diferença do mundo. (...) O segundo motivo que nos deveria levar a hesitar em pôr tudo à venda é mais difícil de descrever. Não se trata mais de desigualdade e injustiça, mas da tendência corrosiva dos mercados. (...) Eis aqui uma prévia das respostas que pretendo propor: quando decidimos que determinados bens podem ser comprados e vendidos, estamos decidindo, pelo menos implicitamente, que podem ser tratados como mercadorias, como instrumentos de lucro e uso" *Ibid*, p. 14 – 15.

¹⁸ "Os humanos pensam em forma de narrativas e não de fatos, números ou equações, e, quanto mais simples a narrativa, melhor. Toda pessoa, grupo e nação tem suas próprias lendas e mitos. Mas durante o século XX as elites globais em Nova York, Londres, Berlim e Moscou formularam três grandes narrativas que pretendiam

Em relação aos direitos da personalidade - natureza jurídica da proteção de dados pessoais¹⁹, como veremos - a importância econômica e a influência social a eles intrinsecamente relacionadas fez com que o Direito Civil há muito não só reconhecesse um aspecto econômico, como o tutelasse juridicamente - como bem simboliza o contrato de cessão de imagem, por exemplo²⁰, amplamente disseminado em programas televisivos e em contratos esportivos.

Neste sentido, o mercado de dados²¹ é, ao final, um mercado de influência. A habilidade humana mais valorizada ao longo da história é a de influenciar comportamentos. Seja por meio da política ou das redes sociais, em um regime monárquico do século XVII, no Brasil colonial ou no Brasil democrático, aqueles que exerciam influência foram ou perseguidos, ou

explicar todo o passado e prever o futuro do mundo inteiro: a narrativa fascista, a narrativa comunista e a narrativa liberal. A Segunda Guerra Mundial derrotou a narrativa fascista, e do final da década de 1940 até o final da década de 1980 o mundo tornou-se o campo de batalha de apenas duas narrativas: a comunista e a liberal. Depois a narrativa comunista entrou em colapso, e a liberal prevaleceu como o principal guia do passado humano e o manual indispensável para o futuro do mundo - ou assim parecia à elite global. A narrativa liberal celebra o valor e o poder da liberdade”. HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o Século 21**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 21.

¹⁹ A extensão da lógica de mercado aos direitos de personalidade - natureza jurídica do direito tratado por este trabalho, o direito à proteção de dados pessoais - aconteceu muito antes da internet. Pode-se afirmar que a disposição jurídica da expressão econômica destes direitos se intensifica com a disseminação do que se convencionou chamar de tecnologias da informação e da comunicação. Não é por acaso que o artigo seminal de Brandeis, que estabeleceu as bases para um direito à *privacy* nos Estados Unidos, foi motivado pela publicação indevida de informações que diziam respeito aos seus atributos de personalidade: “In 1875, the future Supreme Court Justice Louis Brandeis met his classmate Samuel Warren at Harvard Law School. The two became close friends and soon formed a law firm together. Warren was from one of Boston’s wealthiest families, whose doings were fodder for gossip columns; when Warren married a senator’s daughter, details of wedding décor, guests, and dresses were extensively covered in national newspapers. This irritated Warren, who, even in his undergraduate days, had castigated Boston papers for divulging private facts about Harvard’s secret societies. Brandeis later pointed to Warren’s ‘deepseated abhorrence of the invasions of social privacy’ in explaining why the two men published their famous law-review essay ‘The Right to Privacy’ in 1890” GERSEN, Jeannie Suk. **Why the “privacy” wars rage on**. Disponível em: < <https://www.newyorker.com/magazine/2022/06/27/why-the-privacy-wars-rage-on-amy-gajda-seek-and-hide-brian-hochman-the-listeners>> Acesso em 12 jan. 2023. Importa salientar, também, que os autores já vinculavam, no artigo, o direito à *privacy* ao que, no Brasil, denominamos direitos de personalidade: ““After the decisions denying the distinction attempted to be made between those literary productions which it was intended to publish and those which it was not, all considerations of the amount of labor involved, the degree of deliberation, the value of the product, and the intention of publishing must be abandoned, and no basis is discerned upon which the right to restrain publication and reproduction of such so-called literary and artistic works can be rested, except the right to privacy, as a part of the more general right to the immunity of the person, - **the right to one’s personality**” BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. The right to privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, dez./ 1890, p. 207, grifo nosso. Neste sentido, ver: STROMHOLM, Stig. **Right of privacy and rights of the personality**. Estocolmo: Norstedt & Soners, 1967, especialmente p. 25 – 44.

²⁰ Por exemplo: REsp n. 1.466.177/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/6/2017, DJe de 1/8/2017; REsp n. 1.518.604/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 15/3/2016, DJe de 29/3/2016.

²¹ Neste trabalho, usar-se-á os termos *dado* e *informação* como sinônimos; sobre isto, Danilo Doneda define que “o conteúdo de ambos se sobrepõe em várias circunstâncias, o que justifica uma certa promiscuidade na sua utilização”. 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. 136. O mesmo autor distingue os conceitos: dado seria uma pré-informação, uma informação em estado potencial, enquanto a informação representa algo além do que está representado no dado, no limite da cognição. *Ibid*, p. 136.

condecorados, a depender se os objetivos que buscavam estava, ou não, de acordo com os interesses do momento.

Quem tem informação tem a possibilidade de influenciar no contexto em que está inserido, de acordo com seus próprios interesses. Os agentes compram e vendem informações para, entendendo melhor determinado comportamento²², isolar os fatores que lhe desencadeiam e, com isso, influenciar na decisão sobre condutas futuras.

É justamente neste ponto que há maior óbice a este novo mercado: a influência no comportamento do indivíduo afrontaria sua autodeterminação informativa, o que violaria toda a construção da proteção de dados pessoais. Veremos que tal construção é uma falácia: a autodeterminação informativa será atingida apenas quando o indivíduo não souber que suas informações estão sendo utilizadas para lhe induzir a decidir em determinado sentido – em outros termos, quando houver assimetria informacional. Dito de outra forma, é impossível afirmar a autodeterminação informativa a partir de uma noção do indivíduo isolado, sem qualquer tipo de influência; se autodeterminar é poder navegar com sua própria vontade no mar de informações a que se é exposto.

O mercado de dados sempre existiu. A informação sempre foi um diferencial importantíssimo a quem lhe possuía. A grande diferença dos tempos atuais são os meios pelos quais ela circula e os equipamentos que lhe medem²³ em situações que jamais haviam sido medidas. Nesse ponto, a grande colaboração entre os regimes autoritários de países sul-americanos, especialmente os do cone-sul, são um exemplo histórico que ilustra muito bem

²² A noção de comportamento, aqui, deve ser tomada no sentido mais amplo possível. Pode ser tanto o comportamento de um indivíduo em uma situação muito específica – como, por exemplo, a utilização de dados de localização para saber quanto tempo ele ficou dentro de determinado estabelecimento -, quanto o comportamento eleitoral de um país inteiro.

²³ Sobre o tema: “For measurement, like speech and play, is a cornerstone of cognition. It encourages us to pay attention to the boundaries of the world, to notice where the line ends and the scales tip. It requires that we compare one portion of reality to another and describe the differences, creating a scaffold for knowledge (...) If we could not measure, then we could not observe the world around us; could not experiment and learn. **Measurement allows us to record the past and by doing so uncover patterns that help predict the future.** And finally, it is a tool of social cohesion and control, letting us coordinate individual effort into something greater than the sum of its parts.” VINCENT, James. **Beyond measure: the hidden history of measurement from cubits to quantum constants.** Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 2022, p. 9, grifo nosso.

quão valiosa a informação sempre foi²⁴. Durante a Operação Condor, dois dos três sustentáculos diziam respeito a dados pessoais²⁵.

²⁴ No caso brasileiro, a preocupação com nossos vizinhos era, essencialmente, um problema de soberania nacional: estar cercado de regimes também autoritários garantia, ao governo brasileiro, a segurança necessária de que não estariam sendo gestados focos de resistência à ditadura em países vizinhos. Durante quase dez anos, o governo chileno foi o maior foco de preocupação da ditadura brasileira. A preocupação cresceu exponencialmente após a vitória de Salvador Allende nas eleições de 1970. Após a tentativa fracassada de reverter a vontade popular na confirmação do presidente eleito pelo Congresso, ocorrida mais de um mês após o pleito, o governo brasileiro estabeleceu e executou estratégias de desestabilização do governo chileno que culminaram com o golpe militar de 11 de setembro de 1973, resultando na ascensão de uma junta militar formada pelos comandantes das quatro forças chilenas – exército, marinha, aeronáutica e os carabineiros. Líder da junta desde o golpe - mesmo que, originalmente, a liderança da junta devesse ser rotativa – Augusto Pinochet comandou o país até março de 1990. Nesse sentido, ver: AMORÓS, Mario. **Pinochet: biografia militar y política**. 2 ed. Santiago: Ediciones B, 2019, especialmente os capítulos V, VI e XII, e SIMON, Roberto. **O Brasil contra a democracia: a ditadura, o golpe no Chile e a Guerra Fria na América do Sul**. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, especialmente os capítulos 13, 16 e 25.

Pela importância continental, o Brasil foi o primeiro destino internacional de Pinochet. Ele, entretanto, não chegou de mãos vazias: trouxe, na mala, um farto relatório sobre os brasileiros que estavam exilados no Chile. Dentre eles estavam, por exemplo, José Serra, que chegou a ser levado ao Estádio Nacional chileno, em um dos episódios mais terríveis da história do país: a conversão de um estádio de futebol em prisão e, mais do que isso, local de execuções sumárias logo após o golpe. Esta conversão macabra ocorreu porque não havia local suficiente para colocar tantas pessoas, uma vez terem sido tantas, e tão arbitrarias, as prisões nos dias que se seguiram a tomada forçada do poder. “Um entre as dezenas de brasileiros na representação italiana era ‘Fernando Magalhães’, que levou um susto quando lhe chamaram por seu nome verdadeiro: José Serra. Depois de passar uma noite no Estádio Nacional, o brasileiro de família e passaporte italiano buscou ajuda dos diplomatas da missão romana (...)”. SIMON, Roberto. **O Brasil contra a democracia: a ditadura, o golpe no Chile e a Guerra Fria na América do Sul**. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 233.

Em relação ao relatório, interessantíssima a descrição de Simon: “Entretanto, quaisquer suspeitas dos brasileiros sobre a disposição do Chile em aprofundar essa colaboração bilateral seriam desfeitas com a visita de Pinochet a Brasília - mais especificamente, com um presente, transportado no avião presidencial, que os chilenos levaram à comunidade brasileira de informações. O neófito serviço de repressão da junta chilena preparou um relatório com as informações que tinha sobre os brasileiros ‘em situação irregular no Chile e que abandonaram o território’ no momento do golpe e nos meses seguintes. O catálogo humano foi transportado ao Brasil na mala do diplomata Tomás Amenábar Vergara, chefe de gabinete do chanceler Huerta. Amenábar viajou com Pinochet, mas, segundo comunicações secretas do Itamaraty, seu nome foi deliberadamente omitido das listas que identificavam membros da delegação chilena. O documento está desaparecido dos arquivos chilenos e brasileiros. Restaram apenas fontes secundárias, na forma de referências a ele em papéis secretos. Seu conteúdo exato, portanto, é desconhecido. No entanto, a reação da repressão brasileira a ele indica que se tratava de informações valiosas, capazes de provar que os chilenos estavam prontos para elevar a cooperação a um novo patamar. Amenábar repassou o documento a Cubillos, que o entregou a Benevides, chefe da DSI do Itamaraty. O embaixador chileno registrou aos superiores em Santiago que as informações haviam sido “muito bem recebidas” pelo lado brasileiro. ‘Agradeceram nossa colaboração, que lhes permitirá detectar o atual paradeiro desses elementos’ reforçou. (...) Pouco depois, Benevides retornou a lista dos exilados brasileiros a Cubillos com marcações no texto original. Tratava-se de uma ‘versão corrigida’: na relação preparada pelos chilenos, vários nomes apareciam com uma grafia espanhola, incorreta. Agentes brasileiros editaram a lista com os nomes certos de seus concidadãos, e a repassaram à ditadura chilena. A divisão de segurança do Itamaraty também queria ajuda dos chilenos para atualizar o registro fotográfico dos exilados”. SIMON, Roberto. **O Brasil contra a democracia: a ditadura, o golpe no Chile e a Guerra Fria na América do Sul**. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 315.

²⁵ São eles: a criação de uma central de dados capaz de reunir informações fornecidas pelos Estados-membros e um sistema de comunicação criptografada para permitir a troca dessas informações. “O encontro dos oficiais em Santiago, em novembro, começou com exposições delegações participantes sobre a luta contra a insurgência em seus países. (...) A agenda de trabalho voltou-se, então, à criação de um sistema coordenado de inteligência com base em “três elementos básicos” definidos por Contreras. Primeiro, uma central de dados capaz de reunir informações fornecidas pelos Estados-membros. Segundo, um sistema de comunicação criptografada para permitir uma troca de informações rápida e segura sobre subversivos. Terceiro, encontros periódicos para aprofundar a cooperação. A ata final do encontro detalhava os passos para colocar o plano em prática, incluindo a presença de adidos de inteligência em embaixadas, ações conjuntas de propaganda troca de informações sobre

Isso demonstra que é necessário entender o contexto histórico de onde vivemos para saber onde – e porquê – estamos, e como chegaremos num estado de coisas tido como ideal, uma vez existente a necessária associação entre direito e cultura. Neste sentido, a experiência internacional³⁰ deve servir para aclarar, nunca para ofuscar, a vivência nacional, para que sejam construídos textos que efetivamente regulem as expectativas existentes no mundo do ser – e que, por consequência, o Direito seja efetivo. Em outras palavras, a inspiração em experiências semelhantes é salutar; a cópia pura e simples, não.

Isto porque o catálogo de direitos de determinada sociedade depende das práticas sociais adotadas em um período histórico determinado – especialmente os direitos de liberdade, dentre os quais a proteção de dados faz parte:

O processo de investidura da subjetividade jurídica na sociedade não ocorre de modo nenhum de acordo com medidas normativas de um catálogo de direitos definido e declarado de forma prévia. **Pelo contrário, direitos sociais de liberdade somente podem ser apreendidos e delineados no plano conceitual quando já se**

suspeitos detidos ou em trânsito entre países. Sob ordens de Brasília, os dois oficiais do Exército brasileiro não assinaram a carta de fundação. Em deferência aos anfitriões, escolheu-se batizar o sistema com o nome da ave andina: ‘Condor’”. SIMON, Roberto. **O Brasil contra a democracia: a ditadura, o golpe no Chile e a Guerra Fria na América do Sul**. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 332.

³⁰ Interessante notar que a Europa vivia, em período semelhante, grande preocupação com os grandes bancos de dados públicos. É a fase que Mayer-Schönberger denomina de primeira geração de leis de proteção, tendo sido promulgada em resposta à emergência de processamento eletrônico de dados dentro de governos e grandes empresas. Nesse contexto, as leis propunham-se a regular um cenário no qual centros de tratamentos de dados concentrariam a coleta e a gestão de informações, tendo em vista que alguns países cogitaram criar *National Data Centers*. MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Generational development of data protection in Europe*. In: AGRE, Philip E.; ROTENBERG, Marc (orgs.). **Technology and Privacy: The new landscape**. Cambridge: The MIT Press, 1997, p. 219 – 242. O artigo é amplamente citado na doutrina brasileira. Ver, por exemplo, 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. 174 - 180; BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 109 – 113; MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 44 e seguintes. Discussão semelhante ocorreu nos Estados Unidos a partir de 1973, na série de discussões relativas ao *National Data Center*, em que se estabeleceram regras de controle sobre as informações pessoais. Elas foram enunciadas no Relatório do Comitê Consultivo da Secretaria de Saúde, Educação e Bem-Estar dos EUA em relação a sistemas automatizados de dados pessoais que já delineava alguns dos princípios que hoje conhecemos. UNITED STATES OF AMERICA. **Records, computers, and the rights of citizens: report of the Secretary’s Advisory Committee on Automated Personal Data Systems**, 1973. Disponível em: <aspe.hhs.gov/datacncl/1973privacy/c3.htm/> Acesso em 13 dez. 2022, p. 41 – 42. Interessante notar, como refere Danilo Doneda, o fato de ser emblemático que a moderna discussão sobre a *privacy* ter surgido em território estado-unidense, “sendo uma das primeiras ocasiões em que um grande tema da *western legal tradition* ganhou impulso decisivo a partir de temas surgidos na América”. 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. 123 – 124. Apesar de, neste trecho, estar se referindo especificamente ao seminal “The Right to Privacy” (BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. **The right to privacy**. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, dez./ 1890, p. 193 – 220), a lógica do pensamento pode ser expandida à questão dos princípios, tendo em vista que o relatório influenciou a construção das *Guidelines* da OCDE e da Convenção 108 (atualmente 108+) do Conselho da Europa.

constituíram em práticas culturais e sociais, ainda que de forma rudimentar. A Teoria do Direito deve então se abrir - por meio da sociologia e da teoria social - para uma ampla gama de pesquisas que contribuam para que se aprenda a entender melhor os processos de formação do Direito em uma sociedade projetada para mutações constantes³¹ (Grifo nosso).

Assim, as práticas sociais se convertem em pesquisas sociológicas e teóricas do direito para, aí sim, serem apreendidas e conceituadas juridicamente. Este é o processo que seguiremos neste trabalho.

O século XX trouxe duas situações essenciais: a era dos direitos e as guerras mundiais, estritamente relacionadas uma a outra. Passadas as guerras, as tecnologias desenvolvidas para uso militar foram reutilizadas para o uso civil - o que gerou a modernidade que temos hoje. Desta forma, tivemos a confluência de dois fatores intimamente ligados: o medo da substituição da vontade do homem pela tecnologia e o resguardo de direitos inerentes à pessoa humana.

Isto gerou uma grande desconfiança quanto à impossibilidade de um pleno desenvolvimento da pessoa humana em um ambiente absolutamente incerto, onde as certezas foram transformadas em dúvidas e a desconfiança é crescente em relação à utilização de dados. Em função desta desconfiança, a sociedade da informação é marcada pela necessidade de maior transparência e maior controle sociais³².

Neste sentido, desde, ao menos, a Revolução Industrial³³, o direito de liberdade tem sido afirmado, também, como a impossibilidade de o indivíduo ser visto como uma máquina. Essa concepção foi construída a partir da necessidade de tratar os indivíduos a partir de atributos intrínsecos e irrenunciáveis ao ser-humano:

Assim, quando a natureza faz brotar a semente que ela acalenta com tanta ternura sob a casca dura – qual seja: a tendência e a vocação para o pensamento livre -, passa ela gradativamente a ter efeito sobre a percepção do povo (mediante o qual o povo, aos poucos, se torna mais apto a agir livremente) e afinal também sobre os princípios do governo, que passa a considerar admissível tratar o ser humano, visto agora não mais como uma máquina, de acordo com sua dignidade³⁴.

³¹ VESTING, Thomas. **Gentleman, gestor, homo digitalis: a transformação da subjetividade jurídica na modernidade.** São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 11.

³² “Por isso, a sociedade da transparência é uma sociedade da desconfiança e da suspeita, que, em virtude do desaparecimento da confiança, agarra-se ao controle”. HAN, Byung-Chul. **Sociedade da transparência.** 4 reimp. Petrópolis: Vozes, 2019, p. 111.

³³ Como o movimento ludista, por exemplo. Ocorrido entre 1811 e 1816, foi um movimento de trabalhadores que se uniram e se revoltaram contra as máquinas, nos primórdios da Revolução Industrial.

³⁴ O termo é utilizado por Kant: “Assim, quando a natureza faz brotar a semente que ela acalenta com tanta ternura sob a casca dura – qual seja: a tendência e a vocação para o pensamento livre -, passa ela gradativamente a ter efeito sobre a percepção do povo (mediante o qual o povo, aos poucos, se torna mais apto a agir livremente) e afinal também sobre os princípios do governo, que passa a considerar admissível tratar o ser humano, visto agora não mais como uma máquina, de acordo com sua dignidade”. KANT, Immanuel. **Resposta à pergunta: O que é esclarecimento?: E outros textos.** São Paulo: Penguin-Companhia das Letras, 2022, p. 17.

Assim, a conexão entre pensamento livre e dignidade não é obra da modernidade. Mais do que isto: o afastamento de visão do homem enquanto máquina, por perder a liberdade de decisão, já era desenvolvida há quase dois séculos e meio³⁵, tanto nas ciências sociais, como na literatura – como a metáfora do homem enquanto pedal de órgão de Dostoiévski³⁶. A arte é testemunha, e não reflexo³⁷, da história, fazendo-o com muita antecipação³⁸.

Não é por acaso a afirmação doutrinária de serem encontradas as mesmas dificuldades e oportunidades tanto pelo leitor de literatura, quanto pelo operador do Direito³⁹. São indissociáveis o Direito e a linguagem; por consequência, o ordenamento jurídico se sustentará se, e somente se, houver uma narrativa socialmente aceita como válida a lhe dar sentido e sustentação⁴⁰. A narração, neste sentido, exerce uma seleção; o curso narrativo é estreito, admitindo somente alguns acontecimentos⁴¹. Caso contrário, o ser e o dever-ser se afastarão a ponto de as normas decorrentes da legislação de proteção de dados serem totalmente ineficazes.

³⁵ O trecho citado de Kant é datado de 30 de setembro de 1784, ou seja, foi escrito há 238 anos.

³⁶ “Se realmente se encontrar um dia a fórmula de todas as nossas vontades e caprichos, isto é, do que eles dependem, por que leis precisamente acontecem, como se difundem, para onde anseiam dirigir-se neste ou naquele caso, etc etc, uma verdadeira fórmula matemática, então o homem será capaz de deixar de desejar, ou melhor, deixará de fazê-lo, com certeza. Ora, que prazer se pode ter em desejar segundo uma tabela? Mais ainda: no mesmo instante, o homem se transformará num pedal de órgão ou algo semelhante; pois, que é um homem sem desejos, sem vontades nem caprichos, senão um pedal de órgão? Que pensais disso? Calculemos as probabilidades: pode tal coisa acontecer ou não?”. DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Memórias do Subsolo**. 6 ed.. São Paulo: Editora 34, 2009, p. 39 – 40. O livro foi publicado em 1864.

³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Nota da coordenadora: entre prestação de contas e introdução. In: MARTINS-COSTA, Judith (coord.). **Narração e normatividade: ensaios de direito e literatura**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013, p. X.

³⁸ “Se a arte reflete a realidade, é fato que a reflete com muita antecipação. E não há antecipação – ou vaticínio – que não contribua de algum modo a provocar o que anuncia”. ECO, Umberto. **Obra Aberta**. São Paulo: Perspectiva, 1969, p. 18.

³⁹ “The lawyer and the literary critic, as readers of texts, face difficulties and enjoy opportunities that are far more alike than may seem at first to be the case: in a deep sense, I believe, they are the same. The lawyer must read the statutes, cases, and other documents that it is his task to understand, to interpret, and to make real in the world. This is essential to his work. Of course, he is not only a reader but a writer as well; his kind of reading completes itself only in the process of speech and writing by which he argues for one result or another, shapes his client's legal arrangements to avoid a particular hazard, or otherwise acts verbally in the world. His reading is by nature a communal activity, and he must be always alert to the readings that may be proposed by others. Indeed, as we shall see, reading a legal text is often not so much reading for a single meaning as reading for a range of possible meanings. Law is in a full sense a language, for it is a way of reading and writing and speaking and, in doing these things, it is a way of maintaining a culture, largely a culture of argument, which has a character of its own”. WHITE, James Botd. Law as language: reading law and reading literature. **Texas Law Review**, v. 60, n. 3, mar. 1982, p. 415.

⁴⁰ “No set of legal institutions or prescriptions exists apart from the narratives that locate it and give it meaning. For every constitution there is an epic, for each deca- logue a scripture. Once understood in the context of the narratives that give it meaning, law becomes not merely a system of rules to be observed, but a world in which we live. In this normative world, law and narrative are inseparably related. Every prescription is insistent in its demand to be located in discourse - to be supplied with history and destiny, beginning and end, explanation and purpose. And every narrative is insistent in its demand for its prescriptive point, its moral”. COVER, Robert M. **The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative**. Harvard Law Review, v. 97, n. 4, p. 4 – 5.

⁴¹ HAN, Byung-Chul. **Sociedade da transparência**. 4 reimp. Petrópolis: Vozes, 2019, p. 75.

É com esta preocupação que foi tomada a decisão metodológica de se reservar uma parte inteira do trabalho para tratar do estado do mundo do ser em relação à informação e o mercado de dados pessoais. É evidente que não se deve aceitar um estado de coisas caótico no mundo do ser. Por outro lado, o universo jurídico deve estar atento à realidade social brasileira para regular o mundo do ser de maneira eficaz, observadas as características específicas da nossa sociedade sem deixar de se inspirar em regulamentações estrangeiras - observadas, sempre, as muitas diferenças fáticas entre as sociedades desenvolvidas e aquelas que estão em desenvolvimento.

Nesse sentido, a cultura da proteção de dados pessoais é um dos desafios imprescindíveis⁴² à atual sociedade brasileira. Em outros termos, está em curso a criação de uma narrativa de como a sociedade brasileira irá se relacionar com estes direitos recentemente positivados⁴³ - incluídas as posturas aceitáveis dos agentes de tratamento⁴⁴. É papel da doutrina⁴⁵ estabelecer critérios e aprofundar os conceitos positivados em textos legislativos.

Direito e realidade social são indissolúveis. O direito, visando regular uma sociedade específica, depende da cultura⁴⁶ e do desenvolvimento de um futuro mais ou menos previsível para que seja possível regulá-lo. Neste sentido, fundamental a lição do professor Luis Renato:

Se é aceito que o direito é construído como realidade histórica e, portanto, não se presta a conceituar essa realidade, mas nela haure conceitos que, trabalhando em um segundo nível, voltam à realidade para atribuir-lhes efeitos jurídicos, impõe-se que

⁴² “A efetiva aplicação da LGPD dependerá também de uma mudança cultural que compreenda que todo dado pessoal é merecedor de proteção jurídica. Ainda, é fundamental consolidar-se uma interpretação sistemática da LGPD com os demais diplomas normativos que dispõem sobre tratamento de dados pessoais, nos moldes do diálogo das fontes, possibilitando a aplicação simultânea dos princípios e regras gerais da LGPD com as regras setoriais”. DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Reflexões iniciais sobre a Nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 120, nov./dez. 2018, p. 478.

⁴³ Neste ponto, fundamental à proteção de dados, importante salientar que o desenvolvimento deste âmbito da cultura de proteção de dados está em grau totalmente diverso se compararmos os países da Europa Ocidental com o Brasil, por exemplo. A estabilização de expectativas em relação à proteção de informações já é consolidada em solo europeu; no Brasil, por outro lado, tais expectativas estão sendo construídas.

⁴⁴ Sobre o tema, ver VIEGAS, João Ricardo Bet; LEMOS, Taís Bigarella; SCALCO, Gabriela Barcellos. Os “personagens” da LGPD: considerações sobre o operador, o controlador e o encarregado. In: MENKE, Fabiano (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados: subsídios teóricos à aplicação prática**. São Paulo: Editora Foco, 2022, p. 41 – 64.

⁴⁵ “A elaboração e o desenvolvimento dos modelos dogmáticos é a tarefa primeira da doutrina jurídica. É ‘objeto primordial’ da dogmática jurídica, escreveu Reale, ‘a análise das significações’ dos modelos jurídicos, ‘de sua linguagem específica, bem como do papel e das funções que os mesmos desempenham como elementos componentes das estruturas normativas fundamentais, integradas, por sua vez, no macromodelo do ordenamento jurídico’”. MARTINS-COSTA, Judith. Apresentação – Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de Direito Privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 10.

⁴⁶ “A vida privada e, portanto, o Direito Privado, somente pode ser entendido a partir de nossa experiência histórica e da maneira como a cultura de nossa civilização se desenvolve ou se transforma”. BRANCO, Gerson Luiz Carlos; SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Contratos: controvérsias sobre a Teoria Geral – diálogo entre dois professores**. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 127.

estes conceitos (i) não dependam da realidade e (ii) não talhem o mundo a seu gosto, mas sejam consequência do que a ordenação jurídica da vida exige⁴⁷.

Como se verá diversas vezes ao longo deste trabalho, há grandes similitudes entre as evoluções e problemas enfrentados tanto no Direito Privado, quanto na proteção de dados pessoais⁴⁸. Uma delas é que, assim como ocorreu com o contrato, a expansão do conceito de proteção de dados pessoais está ligada justamente à expansão do fenômeno econômico ao qual ela se prende⁴⁹. De alguma forma, a proteção de dados pessoais também se enquadra na metáfora de uma veste jurídica de uma operação econômica⁵⁰ - sem, evidentemente, se limitar a ela ou se afirmar que o direito deixa de ser regido pelo binômio legalidade/ilegalidade para se curvar à eficiência/ineficiência das ciências econômicas. Fato é que as ferramentas trazidas pela LGPD são suficientes para normatizar e estabelecer balizas a serem necessariamente observadas pelos agentes de tratamento quando figurarem como parte no mercado de dados.

Uma das grandes características do nosso tempo é o aumento de importância dos bens incorpóreos⁵¹ nas trocas econômicas. É neste sentido a afirmação de Sandel no sentido de que a lógica da compra e venda governa crescentemente a vida como um todo na sociedade da informação, não se aplicando mais apenas a bens materiais⁵². Com isto, há um aumento de importância do direito de uso justamente em função da natureza destes novos bens: é o cerne da economia do compartilhamento⁵³. Em linguagem sociológica, Han afirma estarmos em uma

⁴⁷ SILVA, Luis Renato Ferreira da. O conceito de contrato – permanência e função. In: BENETTI, Giovana *et al.* (org.). **Direito, cultura, método: leituras da obra de Judith Martins-Costa**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019, p. 579.

⁴⁸ Isso se for possível distinguir estes dois campos jurídicos. Há autores que defendem um campo jurídico específico, comumente denominado de direito digital. Ver, por exemplo, MADALENA, Juliano. Regulação das fronteiras da internet: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. **Revista dos Tribunais**, v. 974, dez. 2016, p. 81 - 110. Há publicado, também, o livro de Hoffmann-Riem: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Cabe, aqui, uma ressalva: o título original em alemão é *Die Digitale Transformation – Herausforderung für das Recht*, não mencionando uma “teoria geral do direito digital” como no título traduzido. Por não termos refletido suficientemente sobre o tema, não adotamos posição firme; apenas colocamos a ressalva de haver controvérsia a respeito do tema.

⁴⁹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. O conceito de contrato – permanência e função. In: BENETTI, Giovana *et al.* (org.). **Direito, cultura, método: leituras da obra de Judith Martins-Costa**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019, p. 579.

⁵⁰ Ideia desenvolvida por Enzo Roppo a partir do conceito de contrato. ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988

⁵¹ “Na era da virtualidade, caracterizada pela constante desmaterialização de certos acontecimentos sociais, devemos ater a complexidade própria ao fenômeno jurídico e perceber que, na sociedade da imagem, os bens incorpóreos têm, quantitativa e qualitativamente, mais importância social (e, portanto, econômica e jurídica) que os bens corpóreos”. ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 14 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 509 - 510.

⁵² SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. 16 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021, p. 11.

⁵³ Sobre o tema, ver: COUTO, Rainer; NOVAIS, Leandro. Regulação de tecnologias disruptivas: uma análise de sharing economy. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 111, mai./jun. 2017, p. 269 – 292; OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Economia colaborativa e desafios ao ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões.

transição da era das coisas para a era das não-coisas - as informações⁵⁴. São elas, e não mais as coisas, que determinam o mundo da vida. Neste sentido, a digitalização descoisifica e desencorpora o mundo⁵⁵ ou, em outras palavras, a ordem digital descoisifica o mundo ao informatizá-lo⁵⁶.

Como consequência, os bens corpóreos passam a ser um centro de armazenamento e distribuição⁵⁷ de bens incorpóreos - essencialmente de informações pessoais a partir de conexões de internet, formando o que se convencionou chamar de internet das coisas⁵⁸. É essa obsessão com informações e dados⁵⁹ que possibilitou a formação de um mercado de dados em um ciclo que se retroalimenta: informação → tratamento → aprimoramento algoritmo → vantagem competitiva⁶⁰ → coleta → informação → tratamento⁶¹. Com isto, atualmente, produzimos e consumimos mais informações do que coisas⁶².

Tal pensamento é amplamente utilizado no mercado de dados. Podemos utilizar, como exemplo, os modelos de aperfeiçoamento de inteligências artificiais. Especialmente nos casos

Revista de Direito do Consumidor, v. 115, jan./fev. 2018, p. 479 – 495; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar; SANTOS, Kleber Soares de Oliveira; ALVES, Fabrício Germano. Economia compartilhada: compreendendo os principais aspectos desse modelo disruptivo e os seus reflexos na relação de consumo e no mercado econômico. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 128, mar./abr. 2020, p. 163 – 203.

⁵⁴ HAN, Byung-Chul. **Não-coisas: reviravoltas do mundo da vida**. Petrópolis: Vozes, 2022, p. 11 – 12.

⁵⁵ HAN, Byung-Chul. **Não-coisas: reviravoltas do mundo da vida**. Petrópolis: Vozes, 2022, p. 8.

⁵⁶ HAN, Byung-Chul. **Não-coisas: reviravoltas do mundo da vida**. Petrópolis: Vozes, 2022, p. 11.

⁵⁷ HAN, Byung-Chul. **Não-coisas: reviravoltas do mundo da vida**. Petrópolis: Vozes, 2022, p. 15.

⁵⁸ Sobre o tema, ver: CASTRO, Bárbara Brito de. Direito digital na era da internet das coisas: o direito à privacidade e o sancionamento da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, v. 2, jan./mar. 2019; MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 125, set./out. 2019, p. 17 – 62; BLUM, Renato M. S. Opice. Aspectos jurídicos da internet das coisas. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, v. 2, jan./mar. 2019.

⁵⁹ HAN, Byung-Chul. **Não-coisas: reviravoltas do mundo da vida**. Petrópolis: Vozes, 2022, p. 14.

⁶⁰ “Perante a revolução eletrônica, Carl Schmitt se viu coagido a redefinir sua famosa proposição sobre a soberania: 'Após a Primeira Guerra, eu disse: soberano é quem decide sobre o estado de exceção. Após a Segunda Guerra, diante da morte, digo agora: sobreano é quem dispõe das ondas do espaço'. (...) Decisivo para o ganho de poder é, então, a posse de informações" HAN, Byung-Chul. **Infocracia: digitalização e crise da democracia**. Petrópolis: Vozes, 2022, p. 24.

⁶¹ Em sentido parecido, mas de um ponto de vista crítico, ver O'NEIL, Cathy. **Weapons of Math Destruction: how big data increases inequality and threatens democracy**. Londres: Penguin Books, 2017, p. 6 - 7: "Statisticians count on large numbers to balance out exceptions and anomalies (...) Equally important, statistical systems require feedback - something to tell them when they're off track. Statisticians use errors to train their models and make them smarter. If Amazon.com, through a faulty correlation, started recommending lawn care books to teenage girls, the clicks would plummet, and the algorithm would be tweaked until it got right. Without feedback, however, a statistical engine can continue spinning out faulty and damaging analysis while never learning from its mistakes. (...) This is one example of WMD [Weapons of Math Destruction] feedback loop".

⁶² HAN, Byung-Chul. **Não-coisas: reviravoltas do mundo da vida**. Petrópolis: Vozes, 2022, p. 14.

de aprendizado profundo e de aprendizado de máquina⁶³, estes modelos computacionais utilizam algoritmos⁶⁴ - uma série definida de comandos - para gerar um ciclo de aprendizagem.

Mas é bom tomar cuidado: nem sempre mais informações levarão a melhores decisões⁶⁵. O pensamento, aqui, deve ser tomado a partir de um gráfico de segundo, e não de primeiro, grau. Dito de outra forma, deve-se pensar em uma função de segundo grau⁶⁶ a formar uma parábola partindo de tomada de decisão no eixo x e o número de informações, no eixo y . O ponto mais alto desta imagem é o momento ideal para se tomar uma decisão; a partir dali, a tomada de decisão será dificultada se mais informações forem acrescentadas. A informação deixa de ser informativa para ser deformativa⁶⁷.

Assim, a qualidade dos dados importa tanto, ou mais, que a quantidade, uma vez que não há como afirmar a existência de uma relação diretamente proporcional entre a quantidade de informações e melhores decisões. Uma vez que o objetivo do mercado de dados é auxiliar

⁶³ Em inglês, *deep learning* e *machine learning*, respectivamente. Este pode ser definido a partir dos “métodos computacionais que utilizam da experiência para melhorar a *performance* ou para realizar previsões mais precisas”. MOHRI, Mehryar; ROSTAMIZADEH, Afshin; TALWALKAR, Ameet. **The Foundations of machine learning**. 2 ed. Cambridge: The MIT Press, 2018, p. 1. Já se fala em uma computação quântica. Este modelo utiliza os achados da física quântica - o campo da física que descreve os menores níveis de substâncias - e aplica ao processo computacional. Os computadores precisam ficar isolados, em ambientes próximos ao vácuo, uma vez que, segundo os princípios físicos, o observador interfere na natureza da substância quando se trata de física quântica. Todo este esforço busca aplicar à programação o fenômeno do entrelaçamento quântico. Ele permite que dois ou mais objetos fiquem tão estritamente ligados que um não possa ser descrito sem a descrição de sua contra-parte. Trazendo à programação, ele permite que a linguagem computacional seja composta de zeros e uns ao mesmo tempo, diminuindo drasticamente o tempo de processamento. A título ilustrativo de importância à proteção de dados, uma criptografia que normalmente demoraria milhões de anos para ser quebrada, poderia sê-lo em um dia.. Com esta preocupação, o governo Biden determinou que toda a criptografia do governo estado-unidense seja baseada na computação quântica até 2035. Sobre isto, ver WITT, Stephen. **The world-changing race to develop the quantum computer**. Disponível em: <<https://www.newyorker.com/magazine/2022/12/19/the-world-changing-race-to-develop-the-quantum-computer>> Acesso em 28 dez. 2022. Especificamente sobre física quântica, em linguagem de divulgação científica: ROSENBLUM, Bruce; KUTTNER, Fred. **O enigma quântico: o encontro da física com a consciência**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017, especialmente o capítulo 7.

⁶⁴ “To give non-technical readers the idea of the algorithm, we stipulate some of the details explicitly: 1. The steps are followed in the sequence given, unless a condition leads to different steps based on its results; in any case, what step to take next is unambiguous. Conditional steps are skipped if the condition does not apply. 2. The steps are discrete; the completion of a step is realized in some obvious way, and a step is not started until the current one is finished. 3. References are not ambiguous, and references to things with the same name are references to the same thing. 4. If a subprocedure is invoked, replacement of that subprocedure call with the complete subprocedure instructions adheres to these requirements”. HILL, Robin K. What an algorithm is. **Philosophy and Technology**, n. 29, 2016, p. 43. De maneira mais sintética: “An *algorithm* is a finite, abstract, effective, compound control structure, imperatively given, accomplishing a given purpose under given provisions”, *Ibid*, p. 47.

⁶⁵ “Está comprovado que uma maior quantidade de informações não leva necessariamente à tomada de decisões mais acertadas. (...) Muitas vezes um *minus* de informação ocasiona um *plus*”. HAN, Byung-Chul. **Sociedade da transparência**. 4 reimp. Petrópolis: Vozes, 2019, p. 16 – 17.

⁶⁶ E não uma função de primeiro grau que, ao formar uma reta indefinidamente longa, demonstraria que a tomada de decisão será tão melhor quanto mais informações forem obtidas.

⁶⁷ HAN, Byung-Chul. **No enigma: perspectivas do digital**. 2 reimp. Petrópolis: Vozes, 2019, p. 106.

na tomada de decisões, podemos afirmar que caminharemos a um mercado de *bons* dados pessoais⁶⁸, em que o valor das informações trocadas dependerá de sua verossimilhança.

Talvez as inteligências artificiais mais debatidas atualmente são os grandes modelos de linguagem⁶⁹. Há algum tempo autores já se perguntam se ela pode ser utilizada para escrever um texto para uma revista⁷⁰, auxiliar autores na escrita de livros⁷¹ ou se ela poderia replicar o pensamento humano⁷². Elas funcionam a partir da previsão de próximas palavras em um determinado texto, compondo uma redação indefinidamente longa⁷⁴.

⁶⁸ “What we need is to do things not just faster but to do them differently. In our data-rich future, it will matter less how fast we process information than how well and how deeply we do so. (...) Just getting raw data isn’t enough; we need to know what it signifies, so we don’t compare apples with oranges. With recent technical breakthroughs, we can do that far more easily than in the past” MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; RAMGE, Thomas. **Reinventing Capitalism in the Age of Big Data**. Londres: John Murray, 2019, p. 8.

⁶⁹ *Large Language Models*, ou LLM, na sigla, em inglês. A grande expoente neste campo tem sido a OpenAI, com o ChatGPT – atualmente na 4ª geração. GPT é a sigla para *Generative pre-training*. A evolução é rápida: o GPT-1, lançado em 2018, possuía 117 milhões de parâmetros. RADFORD, Alec (*et. al.*). **Improving language understanding by Generative Pre-Training**. Disponível em: < <https://paperswithcode.com/paper/improving-language-understanding-by>> Acesso em 22 jan. 2023. Já em 2019, o GPT-2 possuía 1.5 bilhão. RADFORD, Alec (*et. al.*). **Language models are unsupervised multitask learners**. Disponível em: < <https://d4mucfpksywv.cloudfront.net/better-language-models/language-models.pdf>> Acesso em 22 jan. 2023. Lançado em 2020, o GPT-3 possui 175 bilhões. RADFORD, Alec (*et. al.*). **Language models are few-shot learners**. Disponível em: < <https://arxiv.org/abs/2005.14165v4>> Acesso em 22 jan. 2023. O GPT-4 foi lançado no final de março de 2023: OPEN AI. **GPT-4 Technical Report**. Disponível em: < <https://cdn.openai.com/papers/gpt-4.pdf>> Acesso em 10 mai. 2023.

Segundo a empresa, seu objetivo é “garantir que a inteligência artificial geral beneficie toda a humanidade”. Ver: < <https://openai.com/about/>> Acesso em 25 jan. 2023.

⁷⁰ SEABROOK, John. **Can a Machine learn to write for the New Yorker?**. Disponível em: < <https://www.newyorker.com/magazine/2019/10/14/can-a-machine-learn-to-write-for-the-new-yorker>> Acesso em 14 nov. 2022.

⁷¹ Há textos interessantíssimos sobre o assunto: KANG, Jay Caspian. **Could an A.I. chatbot rewrite my novel?**. Disponível em: < <https://www.newyorker.com/news/our-columnists/could-an-ai-chatbot-rewrite-my-novel>>. Acesso em 18 dez. 2022; DZIEZA, Josh. **How Kindle novelists are using ChatGPT**. Disponível em: < <https://www.theverge.com/23520625/chatgpt-openai-amazon-kindle-novel>> Acesso em 28 dez. 2022; MARCHE, Stephen. **The computers are getting better at writing**. Disponível em: < <https://www.newyorker.com/culture/cultural-comment/the-computers-are-getting-better-at-writing>> Acesso em 11 nov. 2022.

⁷² HOUSTON, Matthew. **Can computers learn common sense?**. Disponível em: < <https://www.newyorker.com/tech/annals-of-technology/can-computers-learn-common-sense>> Acesso em 11 nov. 2022.

⁷⁴ “ChatGPT is an AI language model produced by OpenAI and released in late 2022.5 GPT models, including ChatGPT, are “autoregressive,” meaning that they predict the next word given a body of text. For example, given the phrase “I walked to the”, a GPT model might predict that the next word is “park” with 5% probability, “store” with 4% probability, etc. The model can then repeatedly predict subsequent words (for example, “and”) to compose indefinitely long bodies of text”. CHOI, Jonathan H.; HICKMAN, Kristin E; MONAHAN, Amy; SCHWARCZ, Daniel B. **ChatGPT Goes to Law School**. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=4335905>> Acesso em 30 jan. 2023, p. 1.

Um grupo de professores da Faculdade de Direito da Universidade de Minnesota se reuniu para responder à seguinte pergunta: e se o ChatGPT⁷⁵ fosse aluno da Faculdade?⁷⁶. Os autores buscaram entender como modelos de inteligência artificial se sairiam em provas aplicadas aos alunos regulares de quatro cadeiras diferentes⁷⁷. O estudo concluiu que o ChatGPT seria aprovado em todas elas com uma nota C-, terminando entre as piores notas em todos os exames⁷⁸ tendo se saído melhor nas respostas descritivas quando comparadas às questões objetivas⁷⁹. Apesar disso, a inteligência artificial conseguiria se formar caso mantivesse essa nota em todas as cadeiras⁸⁰. O mercado de dados auxilia, nestes casos, a ampliar a base de informações sobre as quais a inteligência artificial aprende, fornecendo um maior número de *inputs* aos quais a máquina pode levar em conta.

Este arcabouço todo possui um objetivo: influenciar comportamentos prevendo-os com suficiente antecedência. Dito de outra forma, busca-se substituir a contingência do futuro a uma necessidade do porvir, otimizando a vida e abolindo o futuro como forma de preocupação⁸¹ por ser este matematicamente calculável. O grande problema disto é a visão do ser-humano como

⁷⁵ Há estudos semelhantes em outras áreas, como no *Bar Exam* estado unidense (BOMMARITO, Michael James; KATZ, Daniel Martin. **GPT Takes the Bar Exam**. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=4314839>> Acesso em 30 jan. 2023), em linguagem de programação (TRUONG, Marie. **Can ChatGPT Write Better SQL than a Data Analyst?**. Disponível em <<https://towardsdatascience.com/can-chatgpt-write-better-sql-than-a-data-analyst-f079518cfab2>> Acesso em 24 jan. 2023) e em questões médicas (LEVIN, Valentin; HOTHER, Christoffer Egeberg; WINTHER, Ole. **Can Large Language Models Reason About Medical Questions?**. Disponível em: <<https://arxiv.org/pdf/2207.08143.pdf>> Acesso em 24 jan. 2023).

⁷⁶ “As context for the student body to which ChatGPT was compared, the University of Minnesota Law School is currently ranked 21st among law schools by U.S. News and World Reports. 21 Ninety-nine percent of its graduates in 2022 passed the bar on their first attempt, the second- highest bar passage rate in the country”.

CHOI, Jonathan H.; HICKMAN, Kristin E; MONAHAN, Amy; SCHWARCZ., Daniel B. **ChatGPT Goes to Law School**. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=4335905>> Acesso em 30 jan. 2023, p. 4.

⁷⁷ “We used ChatGPT to produce answers to four separate final exams for law school courses at the University of Minnesota. The courses were Constitutional Law: Federalism and Separation of Powers, Employee Benefits, Taxation, and Torts”. CHOI, Jonathan H.; HICKMAN, Kristin E; MONAHAN, Amy; SCHWARCZ., Daniel B. **ChatGPT Goes to Law School**. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=4335905>> Acesso em 30 jan. 2023, p. 2.

⁷⁸ CHOI, Jonathan H.; HICKMAN, Kristin E; MONAHAN, Amy; SCHWARCZ., Daniel B. **ChatGPT Goes to Law School**. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=4335905>> Acesso em 30 jan. 2023, p. 5.

⁷⁹ Os autores apontam que os resultados das provas escritas foram muito discrepante. Explicam que ou o texto estava muito bem escrito, ou totalmente incorreto. Em relação às objetivas, o resultado - mesmo que ruim - foi melhor se comparado a escolhas aleatórias. As piores notas foram em questões envolvendo algum raciocínio matemático, como as questões de direito tributário - sendo este o único caso em que o ChatGPT não superou os resultados caso escolhidos aleatoriamente, pela sorte. CHOI, Jonathan H.; HICKMAN, Kristin E; MONAHAN, Amy; SCHWARCZ., Daniel B. **ChatGPT Goes to Law School**. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=4335905>> Acesso em 30 jan. 2023, p. 5.

⁸⁰ CHOI, Jonathan H.; HICKMAN, Kristin E; MONAHAN, Amy; SCHWARCZ., Daniel B. **ChatGPT Goes to Law School**. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=4335905>> Acesso em 30 jan. 2023, p. 5.

⁸¹ HAN, Byung-Chul. **Não-coisas: reviravoltas do mundo da vida**. Petrópolis: Vozes, 2022, p. 17.

algo totalmente disponível e controlável⁸², afastando completamente qualquer tipo de vontade humana independente. É a profecia de Dostoiévski se consumando⁸³.

Felizmente não é possível colocar as ações humanas em uma tabela e, a partir de uma soma, determinar previamente qual será o comportamento no futuro. Isso porque esse mecanismo exclui um dado fundamental da realidade: a contingência. Não há determinismo porque há contingência; vivemos em um mundo que, felizmente, a necessidade lógica não se impõe. Somente as narrativas, estruturadas a partir da causalidade e fundadas na coerência e na não-contradição, conseguem estruturar futuros silogisticamente colocados - e mesmo elas não são hermeticamente fechadas.

A partir disto, afirmar serem os comportamentos humanos plenamente previsíveis é afirmar um determinismo, com uma negação veementemente da liberdade e da autodeterminação. Por maior que seja a quantidade de dados coletados e processados, por melhores que sejam as correlações obtidas e as decisões tomadas, a liberdade e a autodeterminação do ser-humano não será perdida.

A verdadeira questão colocada é o grau de influência das decisões baseadas em dados, fundados principalmente na perfilização⁸⁴, nas decisões humanas. Para isso, é preciso estabelece critérios e mecanismos de equalização entre o fluxo de dados pessoais e a proteção do titular.

⁸² HAN, Byung-Chul. **Não-coisas: reviravoltas do mundo da vida**. Petrópolis: Vozes, 2022, p. 18.

⁸³ Do homem como pedal de órgão, porque seu pensamento poderia ser transposto a uma tabela, como tratado anteriormente neste trabalho.

⁸⁴ Sobre o tema, ver: MANN, Monique; MATZNER, Tobias. Challenging algorithmic profiling: the limits of data protection and anti-discrimination in responding to emergent discrimination. **Big Data & Society**, jul./dez. 2019, p. 1 – 11; LIMA, Clarissa Fernandes de. **O profiling e a proteção de dados pessoais**. Trabalho de Conclusão (Graduação em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2019; VIEIRA, Gustavo Duarte. **Proteção de dados em práticas de profiling no setor privado**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2019, especialmente p. 68 – 80.

Conclusão

É lícito ao controlador estabelecer a obtenção de vantagem econômica como finalidade do tratamento dos dados pessoais. Quanto aos dados pessoais sensíveis, uma vez que ainda não houve qualquer decisão da ANPD a respeito do art. 11, §3º, da LGPD, não há qualquer óbice para a utilização da vantagem econômica como finalidade legítima de tratamento.

Com isso, a hipótese que melhor responde à pergunta de pesquisa do presente trabalho é a possibilidade de existência de um mercado de dados nos termos da LGPD, desde que observados determinados fundamentos e diretrizes – especialmente em relação às obrigações do controlador, da avaliação de risco e da efetivação de medidas de segurança, tanto técnicas, quanto administrativas. Mais do que isso, é importante salientar que a LGPD em momento algum proibiu a existência de um mercado de dados – assim sendo, este mecanismo deve observar à lei como qualquer outra forma de tratar dados pessoais. É a partir deste comportamento simétrico que a autodeterminação informativa restará resguardada nos tratamentos de dados pessoais, principalmente naqueles em que não houver declaração de vontade do titular.

Isto se dará a partir do respeito às expectativas razoáveis de proteção de dados do titular - parâmetro que permitirá, ao agente de tratamento, entender como o titular espera que seus dados sejam tratados mesmo sem qualquer manifestação de vontade.

Desta forma, o mercado de dados pessoais não implica violação nem à autodeterminação informativa, nem ao livre desenvolvimento da personalidade. Mais do que isto, esta espécie de compartilhamento de dados harmoniza os dois grupos de fundamentos da LGPD – de proteção e de desenvolvimento econômico -, permitindo disponibilizar, ao titular, produtos e serviços essenciais à vivência na sociedade da informação. Exemplos disso são o uso secundário de dados pessoais, a utilização de bases legais diversas do consentimento quando ele for revogado e a cumulação de bases legais a finalidades que assim lhe permitam.

Ao Direito cabe a prescrição dos comportamentos sociais a partir das próprias expectativas socialmente criadas e observadas, não lhe competindo o estabelecimento de uma narrativa moralizante e supralegal. Nesse sentido, a harmonização entre o fluxo de dados e a proteção do titular não pode ser um jogo de soma-zero, sob pena de violar o próprio sistema brasileiro de proteção de dados.

Uma vez que inexistente proibição à existência de um mercado de dados, o ônus de afirmar sua possibilidade jurídica são idênticos a qualquer outra atividade de tratamento. Em outras

palavras, a legalidade dos tratamentos existentes neste âmbito está condicionada ao cumprimento dos deveres trazidos pelo sistema brasileiro de proteção de dados.

Dizer isso não significa afirmar que iguais serão os deveres a todos os agentes de tratamento, especialmente aos controladores, por um motivo muito simples: tratamentos distintos possuem riscos distintos. Nesse sentido, o nível de risco de um tratamento informará as medidas técnicas e administrativas a serem adotadas pelo controlador em seu poder diretivo no tratamento de dados pessoais.

O processo de gestão de riscos, principalmente aqueles relacionados à segurança da informação, são parte do espaço de autorregulamentação delegada ao controlador pelo sistema brasileiro de proteção de dados. Desta liberdade inicial surge o dever de o controlador comprovar, quando solicitado pelas autoridades, a adequação à lei de sua cadeia de tratamento de dados - reflexo direto do princípio da responsabilização e prestação de contas.

Disso não se extrai que o controlador pode realizar qualquer tratamento com dados pessoais – da mesma forma que os direitos do titular não são absolutos. É a lei, a partir densificação conceitual realizada pela doutrina, que traça os limites a serem observados por cada um dos atores implicados nas relações de tratamentos de dados pessoais.

As soluções trazidas por este trabalho não são exaustivas. Quanto aos riscos, por exemplo, existe uma gama de possibilidades a serem adotadas pelo controlador a partir de uma avaliação interna de impacto e benefício. São crescentes as pesquisas e o mercado de transferência dos riscos do tratamento, principalmente pela via contratual – como na contratação de um seguro de riscos cibernéticos. Tais situações complementam os fundamentos e diretrizes aqui desenvolvidos e permitem uma mitigação ainda mais eficiente de riscos, tornando ainda mais seguro o mercado de dados.

Por fim, este trabalho é reflexo do que o autor entende como objetivo do Direito – evitar o arbítrio. Neste sentido, a técnica é a oposição, a maior inimiga do arbítrio. Tal afirmação se faz necessária uma vez que diferentes visões teleológicas implicam em fundamentos e meios de concretização de normas absolutamente distintos. Dependendo o processo construtivo de normas jurídicas de textos escritos, o papel primordial da doutrina é o estabelecimento de raios semânticos aos termos a serem interpretados. Toda a palavra contida no texto possui um limite de significado; feliz ou infelizmente as leis são como elas são, e não como nós gostaríamos que elas fossem. Com isso, ao jurista cabe respeitar o texto e construir seu significado nos limites semânticos da própria palavra.