



**BRUNO
RICARDO
BIONI**


**PROTEÇÃO
DE DADOS
PESSOAIS**

a função e os limites
do consentimento



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO E VISÃO GERAL	XXIII
--------------------------------	-------

PARTE I

DADOS PESSOAIS ENTRE A ECONOMIA DA INFORMAÇÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Capítulo I – Sociedade da informação e dados pessoais	3
1.1 A sociedade da informação.....	3
1.1.1 Virtualização da informação: economia da informação ...	6
1.1.2 Do taylorismo ao modelo organizacional em rede: informação e conhecimento	9
1.2 Os dados pessoais dos consumidores como um ativo na economia da informação.....	12
1.2.1 A metáfora do sorvete social: <i>prosumer</i>	13
1.2.2 A publicidade direcionada como a tônica dos modelos de negócios na Internet.....	15
1.2.2.1 Publicidade direcionada: contextual, segmentada e comportamental	15
1.2.2.2 Dos hábitos de navegação dos consumidores, localização geográfica à publicidade baseada nas emoções: o consumidor de vidro.....	21
1.2.2.3 Os modelos de negócios na Internet: entre o “gratuito” e o <i>freemium</i>	25
1.2.2.4 A multidão de atores da rede da publicidade direcionada <i>on-line</i>	28
1.2.2.5 O exemplo da aquisição do WhatsApp pelo Facebook	33
1.3 Minerando dados.....	35
1.3.1 Sistemas de informação: dados, informação e conhecimento	36

1.3.2	<i>Big Data</i> : o êxtase e o estado da arte da mineração dos dados.....	39
1.3.3	Um admirável mundo novo de inferências: da consumidora grávida à iminência do rompimento de um relacionamento afetivo	42
1.3.4	Bancos de dados e cadastros de consumo: a “promiscuidade” gerada pela economia da informação	44
1.4	Conclusão: a formatação de uma economia de vigilância e de um varejo dos dados pessoais.....	48
Capítulo II – Dados pessoais e direitos da personalidade.....		51
2.1	Direitos da personalidade: considerações iniciais sobre a inserção dos dados pessoais nessa categoria jurídica.....	51
2.2	A projeção da personalidade por meio dos dados.....	63
2.2.1	Dados pessoais e projeção da personalidade: uma nova identidade	63
2.2.2	Conceito de dados pessoais: reducionista <i>versus</i> expansionista nas leis setoriais e na lei geral brasileira de proteção de dados pessoais	67
2.2.3	Dados “anônimos” como a antítese de dados pessoais: o filtro da razoabilidade.....	70
2.2.4	A importância pragmática da alocação dogmática da proteção de dados pessoais como um novo direito da personalidade: perfis comportamentais e decisões automatizadas (arts. 12, § 2º, e 20 da LGPD)	77
2.3	O desenvolvimento da personalidade por meio do fluxo informativo.....	83
2.3.1	Dados sensíveis e o tratamento sensível de dados triviais: a interface com o direito de isonomia e não discriminação ...	85
2.3.2	“Datificação” das nossas vidas: Internet das coisas e o IPV6	87
2.3.3	“Ditadura dos dados” e <i>profiling</i> : estigmatização do ser humano e os seus reflexos na sua esfera relacional e nas liberdades fundamentais	89
2.4	A proteção dos dados como categoria autônoma dos direitos da personalidade: rompendo com a dicotomia do público e privado	92
2.4.1	Estabelecendo um diálogo entre o direito à privacidade (liberdade negativa) e à proteção dos dados pessoais (liberdade positiva)	93

2.4.2	A decisão da Corte Constitucional alemã: Lei do Censo de 1983	101
2.5	Conclusão: autodeterminação informacional e a dupla função de leis de proteção de dados pessoais.....	107

PARTE II

CONSENTIMENTO E A (RE)AVALIAÇÃO DO SEU PAPEL NORMATIVO NA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

Capítulo III – A travessia do protagonismo do consentimento	113	
3.1	O contexto inicial em torno da demanda regulatória da proteção dos dados pessoais e a primeira geração de leis	113
3.2	As subsequentes gerações de leis de proteção de dados pessoais: emergência, questionamento e a reafirmação do papel de protagonismo do consentimento	115
3.3	A redoma do consentimento na normatização da proteção dos dados pessoais.....	117
3.3.1	<i>Fair Information Practice Principles/FIPPs</i> e as <i>guidelines</i> da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico	117
3.3.2	O direito comunitário europeu (Conselho da Europa e União Europeia): da Convenção 108 à GDPR	122
3.3.3	Leis setoriais e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais	126
3.3.3.1	Código de Defesa do Consumidor.....	126
3.3.3.2	Lei do Cadastro Positivo.....	128
3.3.3.3	Marco Civil da Internet.....	130
3.3.3.4	Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: o percurso do consentimento entre 2010 a 2018	132
3.4	Conclusão: a redoma do consentimento e o refratário protagonismo do consentimento	136
Capítulo IV – Reavaliação procedimental (forma) do consentimento como protagonista da proteção de dados pessoais	139	
4.1	Consentimento e a demanda subjacente contemporânea da proteção de dados pessoais.....	139

4.1.1	Da teletela orwelliana à vigilância distribuída e líquida: entre a percepção romancista-ficcional e a análise sociológica crítica do controle dos dados	139
4.1.2	A complexidade do fluxo informacional e as limitações cognitivas para um genuíno processo de tomada de decisão sobre os dados pessoais.....	145
4.1.3	Estudos empíricos a confirmar a sobrecarga do consentimento	149
4.1.3.1	<i>Mental models</i> (Universidades de Stanford e Carnegie Mellon).....	149
4.1.3.2	<i>Trackers</i> e a corrida armamentista tecnológica como elemento neutralizador da capacidade do usuário em controlar as suas informações pessoais (Universidade de Berkeley).....	152
4.1.3.3	Resignação pela assimetria de poder no fluxo das informações pessoais: o problema estrutural do câmbio-troca (<i>trade-off</i>) da economia dos dados pessoais (Universidade da Pensilvânia).....	155
4.1.4	Conclusão: assimetria e (hiper)vulnerabilidade próprias no âmbito da proteção dos dados pessoais e o debate normativo da proteção dos dados pessoais	160
4.2	Equalizando as assimetrias para um controle mais efetivo dos dados pessoais: tangibilizando a adjetivação do consentimento.....	170
4.2.1	As políticas de privacidade: uma forma sólida e ineficiente para controlar o fluxo líquido dos dados pessoais.....	170
4.2.2	Tecnologias de Facilitação da Privacidade (<i>Privacy Enhancing Technologies/PETs</i>): uma parcela do conceito de privacidade por concepção (<i>Privacy by Design/PbD</i>)	176
4.2.2.1	<i>Do Not Track/DNT</i> : revisitando a ótica binária do <i>opt-in</i> e <i>opt-out</i> e a qualificação artificial do consentimento no plano da coleta dos dados pessoais	178
4.2.2.2	<i>Platform for Privacy Preferences/P3P</i> : massificação das preferências de privacidade e o consentimento granular	182
4.2.2.3	Internet das Coisas/IoT: interoperabilidade e PETs	185
4.2.3	Emprestando densidade legal às PETs e dissecando os adjetivos do consentimento	187

4.2.3.1	Relação obrigacional e o processo de controle dos dados: PETs de acordo com a concepção dinâmica do vínculo obrigacional.....	187
4.2.3.2	Adjetivação do consentimento	190
4.2.3.2.1	Informado: dever-direito de informar e transparência.....	191
4.2.3.2.2	Livre: “poder de barganha”	197
4.2.3.2.3	Inequívoco e finalidades determinadas: “não manipulação”	198
4.2.3.2.4	Específico e expresso: carga participativa máxima do titular	201
4.2.4	Conclusão: empoderando o titular dos dados pessoais por meio de uma agenda crítica da arquitetura da rede e de escolhas.....	204
	Capítulo V – A reavaliação substantiva (conteúdo) do consentimento como protagonista da proteção de dados pessoais	209
5.1	Em direção a uma normatização substantiva e menos procedimental da proteção dos dados pessoais.....	209
5.2	Fundações teóricas para a normatização substancial da proteção dos dados pessoais.....	210
5.2.1	Um diálogo com Helen Nissenbaum sobre privacidade contextual: a equação contexto + integridade = normas informacionais	210
5.2.1.1	Normas informacionais: entre um fluxo interno e externo apropriado dos dados pessoais e o saldo das legítimas expectativas de privacidade.....	212
5.2.1.2	O valor social da proteção dos dados pessoais e a negociabilidade limitada dos direitos da personalidade: titularidade versus propriedade dos dados	216
5.3	Perspectivas normativas-práticas da limitação do consentimento ...	223
5.3.1	Os núcleos duros impostos pelo Marco Civil da Internet/MCI	223
5.3.1.1	Sigilo e inviolabilidade das comunicações privadas na Internet	223
5.3.1.2	A proibição da guarda combinada de logs de acesso e de aplicação pelos provedores de conexão	225

5.3.2	Proteção de dados pessoais e discriminação: agenda em construção sobre os limites da autodeterminação informacional no cenário de decisões automatizadas	229
5.3.3	Reflexões sobre casos midiáticos: unificação de políticas de privacidade, pesquisas emocionais, termos de uso “absurdos” e a “teletela orwelliana” do século XXI.....	233
5.3.3.1	Síntese da privacidade contextual na prática ..	237
5.4	<i>Big Data</i> e usos secundários dos dados pessoais: desafios para um outro relato normativo complementar da privacidade contextual ...	238
5.4.1	Vetores de aplicação da privacidade (consentimento) contextual: princípios da boa-fé e da confiança e a teoria dos contratos relacionais e cativos de longa duração	242
5.4.1.1	Consentimento contextual em uma relação contínua e cativa de longa duração	243
5.4.1.2	Boa-fé e tutela da confiança como vetores da privacidade contextual	246
5.4.2	Base legal do legítimo interesse: aplicação da privacidade contextual	248
5.4.2.1	O “denominador comum” do legítimo interesse no direito comunitário europeu: da diretiva à GDPR	248
5.4.2.2	O “denominador comum” do legítimo interesse no Brasil: do anteprojeto à LGPD	250
5.4.2.3	Teste de proporcionalidade do legítimo interesse: balanceando direitos na LGPD em quatro etapas...	252
5.4.2.4	Casos	256
5.4.2.5	Síntese da aplicação da privacidade contextual e na LGPD	267
5.5	Dados públicos e manifestamente públicos na LGPD.....	268
5.6	Conclusão: Dirigismo informacional	271
	Bibliografia	277