

***E-COMMERCE DOS DADOS PESSOAIS E A LGPD: ABORDAGEM DE UMA LACUNA À LUZ DA TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO DE BOBBIO***

*E-COMMERCE OF PERSONAL DATA AND LGPD: APPROACHING A GAP IN THE LIGHT OF BOBBIO'S THEORY OF THE LEGAL ORDER*

**Cleuler Barbosa das Neves<sup>1</sup>  
Gisele Gomes Matos<sup>2</sup>**

**RESUMO:** Tendo como referência partir do desafio pragmático sobre como regular a propriedade (*rectius*, o patrimônio) privada(o) dos próprios dados proposto por Harari (2018) e da sua proposta de pesquisa a partir do conhecimento histórico sobre a regulação privada da propriedade, e também dos contratos privados, este artigo tem por finalidade questionar, através do método dialético-argumentativo, valendo-se dos conceitos de lacuna e da teoria do ordenamento jurídico de Norberto Bobbio, se o microsistema brasileiro de Proteção de Dados Pessoais (CF/1988, LGPD/2019 etc.) apresenta lacunas próprias quanto à possibilidade de comércio do direito privado aos dados pessoais não sensíveis pelo seu titular, bem como pelos controladores e operadores de dados e informações e, caso assim identificadas, como integrar-se-iam à luz dessa mesma teoria. Os resultados alcançados apontam para uma integração permissiva pela liberdade da cessão onerosa resilível do direito privado aos dados pessoais não sensíveis tanto pela parte hipossuficiente (titular) dessa relação jurídica como, superveniente – desde que não resilida, a qualquer tempo, unilateralmente pela vontade potestativa do titular ou de seus legítimos sucessores –, pela parte hipersuficiente (controladores e operadores), cessionária desses mesmos direitos sobre dados pessoais capturados e cotitular das informações deles extraídas através de algum tratamento válido, para terceiros (pessoas não integrantes da relação jurídica original); desde que nenhuma dessas cessões de direito ou tratamentos impliquem em limitação desproporcional para os direitos da personalidade do titular dos dados pessoais, como os seus direitos fundamentais à autodeterminação informativa, à intimidade e à privacidade (art. 2º, I e II, LGPD e art. 5º, caput, X e XII, CF/1988) e ao devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, CF/1988), nem em violação ao microsistema de defesa do consumidor.

**Palavras-chave:** Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD; *E-commerce* dos dados

---

<sup>1</sup> Professor permanente do PPGDP-UFG (Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Goiás); Doutor em Ciências Ambientais e Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás; e-mail: cleuler@ufg.br; Lattes: 3567330317986829; ORCID: 0000-0001-8319-0257

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito UniCeub; Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal de Goiás; Oficiala de Justiça TJGO; e-mail: matosgisa@gmail.com; Lattes: 0354770450063235; ORCID: 0000-0001-7898-0473

peçoais; Lacuna; Colisão; Integração por ponderação.

**ABSTRACT:** Taking as a reference the pragmatic challenge on how to regulate private property (*rectius*, patrimony) from the data itself proposed by Harari (2018) and from his research proposal based on historical knowledge about the private regulation of property, and also of private contracts, this article aims to question, using the concepts of gap and the theory of the legal system of Norberto Bobbio, if the Brazilian microsystem of Personal Data Protection (CF/1988, LGPD/2019 etc.) gaps in terms of the possibility of trading private law to non-sensitive personal data by its holder, as well as by data and information controllers and operators and, if so identified, how they would be integrated in the light of that same theory. The results achieved point to a permissive integration by the freedom of the onerous assignment, rescissible of the private right to non-sensitive personal data, both by the hyposufficient party (holder) of this legal relationship and, supervening - provided that it does not terminate, at any time, unilaterally by the authoritative will of the holder or his legitimate successors -, by the hypersufficient party (controllers and operators), assignee of these same rights over captured personal data and co-owner of the information extracted from them through some valid treatment, to third parties (persons not part of the original legal relationship); provided that none of these assignments of rights or treatments imply a disproportionate limitation on the personality rights of the holder of personal data, such as their fundamental rights to informational self-determination, intimacy and privacy (art. 2, I and II, LGPD and art. 5, caput, X and XII, CF/1988) and substantive due process (art. 5, LIV, CF/1988), nor in violation of the consumer protection microsystem.

**Key-words:** General Data Protection Law – LGPD; E-commerce of personal data; Gap; Collision; Integration by weighting.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Conceitos de lacuna em Bobbio; 2.1 Espaço jurídico vazio; 2.2 Norma Geral Exclusiva (NGE) e Norma Geral Inclusiva (NGI): em tensão antinômica; 2.3 Lacunas ideológicas; 2.4 Solução de lacunas por meio da ponderação de princípios antagônicos; 3. LGPD (2019) e disponibilidade dos dados pessoais: há espaço para lacunas?; 3.1 Principais conceitos: titular, dados pessoais, dados pessoais sensíveis, consentimento, tratamento, controlador e operador (agentes de tratamento); 3.2 Anomia quanto ao *e-commerce* dos Dados pessoais não sensíveis; 4. Disponibilidade pela cessão onerosa resilível do direito aos dados pessoais; 4.1 Integração da LGPD: *e-commerce* dos dados pessoais não sensíveis?; 4.1.2 Cessão onerosa resilível a terceiros dos dados pessoais não sensíveis e sua informações pelos agentes de tratamento (controladores e operadores - hipersuficientes); 5. Considerações finais; 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Diante do fenômeno global de expansão da internet, que segundo Harari (2016, p.

327) metamorfoseou-se dez vezes enquanto uma desajeitada burocracia governamental foi soterrada pelos dados, adveio no Brasil a regulação da proteção dos dados pessoais pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD, Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018), que junto com a CF/1988 formam o esteio normativo brasileiro para responder a demandas sociais mais que urgentes.

Uma das questões primordiais que pode ser então posta refere-se à inexistência de dispositivos normativos na LGPD que proíbam ou que permitam expressamente o comércio eletrônico dos dados pessoais não sensíveis, de modo a tratá-los ou a excluí-los explicitamente como uma “coisa” inalienável, embora não se possa presumi-los uma coisa, como um ponto de partida tópico, primeira hipótese a ser verificada nesta pesquisa.

Nesse contexto, através do método dialético-argumentativo, buscou-se a apropriação teórica das lacunas próprias (anomias), conceito inserto na Teoria do Ordenamento Jurídico de Norberto Bobbio (1999), que propõe sua integração pela solução do conflito (antinomia) entre uma norma geral exclusiva (NGE) e uma norma geral inclusiva (NGI), o que, no vigente direito positivo brasileiro, permite testar a segunda hipótese desta pesquisa: verificar se há liberdade para o titular dos dados pessoais não sensíveis para dispor desse direito, assim como para os controladores e os operadores (agentes de tratamento), de modo que esses três sujeitos de direito poderiam cedê-los, gratuita ou onerosamente, desde que isso não implicasse em limitação desproporcional aos direitos fundamentais da personalidade do titular (privacidade, intimidade, autodeterminação informativa; art. 2º, I e II, LGPD e art. 5º, caput, X e XII, CF/1988), ao devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, CF/1988) nem em violação ao microsistema de defesa do consumidor (art. 5º, XXXII e art. 170, V, CF/1988).

É preciso, nesse contexto, considerar os efeitos da imposição legal e irrevogável da resilição por revogação (art. 8º, § 5º, LGPD) pelo titular de dados pessoais não sensíveis (ou seus sucessores universais), a qualquer tempo (inclusive por testamento), em uma cadeia de cessões desse direito e, sobretudo, das informações deles extraídas pelos agentes de tratamento, pois envolve valores econômicos astronômicos em razão da aplicação em

larga escala de tratamentos às massas gigantescas de dados pessoais armazenadas atualmente em big data: esse novo petróleo minerado nas nuvens.

Não se pode desconsiderar, nesse novo cenário de mineração da estratosfera, a posição desses três sujeitos de direito, buscando averiguar quem é explorado (hipossuficiente) e quem são os exploradores (hipersuficientes) e quais os direitos e obrigações de parte a parte que merecem maior âmbito de proteção e de vigilância pelo Estado, cuja presença é reclamada sempre que se nota um ambiente de super exploração ou de vulnerabilidade, sobretudo quando se trata de um ambiente virtual, intangível, mas cujos efeitos projetam-se sobre a face da Terra como trovões, relâmpagos e raios, ora como chuva serena, que a refertiliza; ora como um Titã cujos poderes põe em risco as fundações das próprias democracias aqui construídas à custa de tanto esforço da humanidade.

O objetivo é testar essas duas hipóteses por meio de uma dialética argumentativa, com foco nos dados pessoais não sensíveis -- uma vez que há previsão legal para que dados pessoais sensíveis possam ser tratados independentemente do consentimento do seu titular (art. 11, II, alíneas 'a' a 'g', LGPD) e até mesmo a possibilidade de acesso, de armazenamento e de tratamento do perfil genético de condenados (art. 9º-A, LEP) e de acusados (art. 5º, V, da Lei de Identificação Criminal – LICCrim) para formação do banco de dados de perfis genéticos (DNA).

Para tanto estruturou-se o presente artigo em três tópicos.

O primeiro tópico, a partir dos conceitos de lacuna desenvolvidos por Norberto Bobbio (1999) em sua Teoria do Ordenamento Jurídico, apropria-se do de lacuna própria e vislumbra o uso da ponderação de princípios antagônicos como ponto de partida teórico para a solução dessa anomia vista como um conflito (antinomia), melhor, uma colisão entre uma norma geral exclusiva (NGE) e uma norma geral inclusiva (NGI), aqui suscitada em relação à questão da disponibilidade onerosa do direito aos dados pessoais não sensíveis e na busca de soluções a partir da análise sistemática da CF/1988 e da LGPD/2019, notadamente de seus princípios gerais de direito positivo explícitos, ou seja, uma integração que não apela somente aos princípios gerais de direito positivo implícitos (art.

4º, LINDB), estes extraíveis por indução amplificadora (*analogia juris*), como ordinariamente se dá.

O segundo deles, após abordar os conceitos vertidos na LGPD pertinentes ao problema da pesquisa (titular, dados pessoais, dados pessoais sensíveis, consentimento, tratamento, controlador e operador - que são agentes de tratamento), objetiva identificar essa anomia expectada quanto ao *e-commerce* dos dados pessoais não sensíveis, vista como uma antinomia, uma tensão entre uma norma geral exclusiva (NGE) e uma norma geral inclusiva (NGI) cuja solução pode operar em favor de qualquer um desses dois polos sem que, *a priori*, vislumbre-se significativa diferença de probabilidade de preponderância entre eles.

O terceiro tópico é destinado a solucionar essa provável anomia no ordenamento jurídico brasileiro pela sua integração via identificação de princípios gerais de direito positivo explícitos pertinentes postos em colisão diante do problema concreto do *e-commerce* oneroso dos dados pessoais não sensíveis, fazendo-o, primeiramente, em relação ao titular e, depois, em relação aos agentes de tratamento (controladores e operadores) que capturam, armazenam, relacionam, tratam e exploram esses mesmos dados, exploração essa que se dá tanto do ponto de vista informático como do econômico. A consideração a ser tomada como ponto de partida quanto à forma legal para eficácia desse meio de integração será a cessão onerosa resilível do direito aos dados pessoais, considerando que estes poderiam englobar as informações deles extraídas, numa interpretação extensiva daquele conceito.

## **2. CONCEITOS DE LACUNA EM BOBBIO**

Para responder à pergunta “O que é Direito?” e na construção de uma Teoria Geral do Direito, Norberto Bobbio, ainda na década de 1950, nas pegadas de Hans Kelsen para reelaborar o conceito de Direito como Ciência Jurídica, mas inserido no giro linguístico do início do século XX, voltou-se para a Metodologia da Ciência do Direito em termos de uma análise linguística (Ferraz Junior, Apresentação In: BOBBIO, 1999, p. 7-18),

refutando apelos metafísicos e primando pelo afastamento do Direito da Moral, num esforço metodológico de clarificação e de coerência da linguagem do Direito (Alaor Caffé Alves, Apresentação In: BOBBIO, 2008, p. 9-22).

Ao adotar uma concepção estrutural do Direito (mais tarde com abertura axiológica-teleológica para o funcionalismo), Bobbio concebeu duas obras complementares: Teoria da Norma Jurídica (1957/1958) e Teoria do Ordenamento Jurídico (1959/1960).

Na obra Teoria da Norma Jurídica, Bobbio (2008), ao estabelecer importante distinção entre o dispositivo e a norma -- enquanto regra, distinguindo regras e princípios, mas não tratando analiticamente destes --, concluiu pela insuficiência da norma e pela consideração do ordenamento jurídico como um todo e não apenas a norma jurídica isolada. Entretanto, reforçou ser necessário o seu conceito, como parte do todo, para compreender e solucionar os problemas encontrados no fenômeno jurídico.

Ainda, com base na lógica de Aristóteles, organizou conceitos e classificações das normas (apresenta quatro operadores deônticos), posteriormente utilizados na Teoria do Ordenamento Jurídico (1999) para análise dos problemas típicos dos ordenamentos jurídicos, apontando como principais: a coerção, a unidade, a coerência -- desafiada pelas antinomias (ideia de sistema) -- e a completude -- desafiada pelas anomias (lacunas), em um espectro que vai da abundância à carência de normas num dado ordenamento; na busca de sua harmonização (combate às antinomias) e de sua integração (combate às anomias) como elementos pertencentes a esse mesmo ordenamento e que fazem desse ordenamento um sistema. Construiu, assim, um modelo para a permanente possibilidade de exclusão ou superação de antinomias e também de integração de lacunas de um ordenamento jurídico.

Partindo do pressuposto de uma norma fundamental ( $1 N_0$ ) pode-se adotar o dogma da unidade de um ordenamento jurídico, para aferir validade. Já a ideia de sistema pode conferir ordem a esse mesmo ordenamento, aliás este termo já evoca aquela ideia; ou seja, não basta um relacionamento (um elo comum) entre todas as suas normas (as partes) componentes, com um ordenamento exurgindo como um conjunto universal dessas

normas válidas (o todo), desde que num relacionamento de coerência entre si (entre as partes desse todo) que seja capaz de dar conta da eliminação de incoerências -- contrariedades e contraditoriedades, naqueles casos em que uma norma e sua oposta, ambas, pertencem ao sistema [ $(N \in OJ) \wedge (\underline{N} \in OJ)$ ] -- empiricamente verificadas entre duas normas válidas e vigentes que apresentam o mesmo âmbito espacial, temporal, material e pessoal de validade (BOBBIO, 1999).

Além disso, a mesma ideia de sistema evoca o dogma da sua completude, na medida em que, mesmo no caso de uma lacuna empiricamente verificada -- anomia, em que uma norma e sua oposta, ambas, não pertencem ao sistema [ $(N \wedge \underline{N}) \notin OJ$ ] (BOBBIO, 1999) --, há ordenamentos jurídicos em que vigora a proibição do juízo de *non liquet* (não convém; art. 126, CPC/1973 e art. 140, NCPC) e o princípio da legalidade (art. 127, CPC/1973 e art. 140, parágrafo único, NCPC), entendidos no sentido do dever de julgar com base em uma norma pertencente ao sistema ( $N \in OJ$ ) sem recorrer à equidade; mas, excepcionalmente ( $R'$ , = uma regra de exceção), na falta de uma norma válida, vigente e pertinente ao caso concreto, pelo emprego da analogia, dos costumes ou dos princípios gerais de direito (art. 4º, LINDB).

Na Teoria do Ordenamento Jurídico, em um primeiro sentido, mais geral, Bobbio (1999) apresentou a lacuna como um problema gerado por essa ideia de falta ou carência de norma (anomia). O autor trata desse conceito focando no proibido (Pr) e no permitido positivo (Pe<sup>+</sup>), dois dos quatro operadores deônticos (além do obrigatório e permitido negativo). Apresenta esse primeiro conceito de ausência ou carência de norma que regule o caso concreto (L<sub>0</sub>) e mais dois conceitos para identificação de lacunas em um ordenamento jurídico e dois parâmetros postos em uma tensão para sua solução, como será visto a seguir.

“[...] O problema da completude do ordenamento jurídico é se há e como podem ser

eliminadas as lacunas próprias” (BOBBIO, 1999, p. 144). Esse apelo ao dogma da completude, segundo o qual um “Ordenamento Jurídico seria capaz de fornecer ao julgador, mesmo diante de cada evento singular e irrepetível” (ADEODATO, 2011, s.p), uma solução sem recorrer à equidade é tido como um dos aspectos característicos do positivismo jurídico.

E nesse sentido, Lênio Streck (2007) parametriza e justifica a discussão referente às lacunas, salientando a sua importância para a dogmática jurídica, por servir como entendimento norteador e sustentáculo ao direito até então visto como circular e controlado.

## 2.1. ESPAÇO JURÍDICO VAZIO

Como uma reação do positivismo estatalista contra qualquer renascimento jusnaturalista e, assim, contra as teorias do direito livre (H. Kantorowitz, Alm.) e da livre pesquisa do Direito (F. Génny, Fr.), a barreira do princípio da legalidade (valor da certeza; da liberdade) havia sido erigida em defesa do indivíduo para evitar o arbítrio, que restaria concedido aos árbitros (os julgadores) caso se lhes atribuísse, dogmaticamente por sinal, o poder de revelação do Direito, ainda que a partir de padrões da Sociedade, mas com menoscabo do Direito estatal (BOBBIO, 1999).

“[...] Atrás das batalhas dos métodos havia, como sempre, uma batalha ideológica [...]” (BOBBIO, 1999, p. 128). Para além das expressas permissões negativas (não Obrigatório = ã O) e das expressas permissões positivas (não Proibido = ã (O ã)), o sistema ou ordenamento jurídico apresentaria um espaço jurídico vazio, que representaria uma permissão liberal implícita, porquanto se trataria de uma conduta não regulada expressamente pelo Direito como obrigatório, como proibido ou mesmo como permitido negativo ou positivo (BOBBIO, 1999).

Como alerta Wilson Madeira Filho (2006), a esfera jurídica constitui-se de normas imperativas, proibitivas e permissivas e segundo essa teoria, “ou há o vínculo jurídico ou há a absoluta liberdade. [...] Um espaço intermediário entre o juridicamente pleno e o juridicamente vazio, onde se possam colocar as lacunas, não existe [...]”. (BOBBIO, 1999,

p. 129).

Bobbio (1999) apela para o conceito de contrariedade, retirado da Lógica aristotélica e apresentado no capítulo 6 de sua Teoria da Norma Jurídica (2008), para ilustrar o fundamento do pensamento dessa corrente, pois admitir o que seria nem lícito e nem ilícito seria ilógico, pois estas são expressões contraditórias, que não podem ser ambas verdadeiras e nem ambas falsas a um só tempo.

Na esfera do Direito Privado essa solução evoca, em prestígio ao princípio da legalidade (art. 5º, II, CF/1988), apenas a primeira parte e em prol do cidadão, do antigo dilema zetético: é permitido tudo que não seja proibido ou é proibido tudo que não seja expressamente permitido? Pois, “Se não existe um espaço jurídico vazio, então existe somente o espaço jurídico pleno [...]” (BOBBIO, 1999, p. 132).

Na esfera do Direito Público há uma tendência pela prevalência da segunda parte desse mesmo dilema e em desfavor do administrador, o que é curiosamente feito também em prestígio ao mesmo princípio da legalidade (art. 37, *caput*, CF/1988), quase sempre erigido à reserva de lei em sentido estrito, como se esta pudera antecipar toda faticidade dessa esfera.

## **2.2. NORMA GERAL EXCLUSIVA (NGE) E NORMA GERAL INCLUSIVA (NGI): EM TENSÃO ANTINÔMICA**

Para a anterior teoria do espaço jurídico vazio não se haveria que falar em lacunas, mas sim em limites do próprio Ordenamento Jurídico.

Já para uma subseqüente teoria também não haveria lacunas, porquanto as normas surgiriam aos pares e para cada Norma Particular Inclusiva (ou uma série de delas) corresponderia uma Norma Geral Exclusiva (1 NGE), que é exclusiva, porque exclui [explicação tautológica] e é geral, porque alcançaria todos os comportamentos não previstos no suporte fático (no tipo) previsto nalguma Norma Particular Inclusiva (NPI) pertinente ao caso (ou um conjunto delas); de modo que não haveria espaço jurídico vazio (algum comportamento não regulado), porquanto toda e qualquer conduta humana estaria

regulada pelo Ordenamento Jurídico (ideia de que a NGE  $\in$  OJ, ainda que de forma implícita ou subentendida; na esfera do silêncio) (BOBBIO, 1999).

Cada série de NPI's seria um conjunto de exceções ( $\mathbb{R}$ 's) expressas diante de uma NGE (ex. art. 5º, II, CF/1988, expressão do princípio da legalidade na proteção do indivíduo contra o arbítrio) “[...] dirigida a excluir qualquer limitação para todos os outros casos não particularmente considerados [...]” (BOBBIO, 1999, p. 134).

No exemplo que Bobbio (1999) toma de Donati (lacuna em caso de falta de sucessores numa monarquia) poder-se-ia, igualmente, levantar a seguinte interpretação: além do direito de todos de recusar a pretensão de qualquer um que quisesse ser reconhecido como rei no caso de vacância da coroa pela extinção da estirpe; também haveria a possibilidade do dever de todos de aceitar a pretensão de qualquer um que quisesse ser reconhecido como rei! Ou seja, a Teoria da NGE não diz tudo, uma vez que, em uma relação jurídica, os direitos e os deveres (as obrigações) surgem aos pares, como nos conceitos de bipolaridade, implicação e complementaridade referidos por Miguel Reale (1994) em sua teoria tridimensional do Direito.

Esta segunda solução também evoca, assim com a teoria do espaço jurídico vazio e igualmente em prestígio ao princípio da legalidade (art. 5º, II, CF/1988), apenas a primeira parte e em prol do cidadão, o aforismo liberal: é permitido tudo que não seja expressamente proibido.

Há nos Ordenamentos Jurídicos, para além das NPI's e da NGE, “...também um terceiro tipo de norma, que é inclusiva como a primeira e geral como a segunda e [que] podemos chamar de norma geral inclusiva [NGI]...” (BOBBIO, 1999, p. 135); por exemplo: as normas de integração resultantes das disposições do art. 140 do NCPC (art. 126 do CPC/1973) e do art. 4º da LINDB, sem que isso implique em mitigação da supremacia da constituição como ponto de partida para qualquer interpretação e aplicação do Direito.

Pela NGI, para um caso semelhante (paragonado), por analogia ( $\cong$ ), deve ser atribuída solução idêntica ( $=$ ) à prescrita nalguma NPI já aplicada ou aplicável a um caso

previsto (paradigma). A NGE encontrar-se-ia, assim, em franca oposição (contraditoriedade) à NGI, uma vez que um caso não regulamentado por alguma norma paradigma, por sua reconhecida diferença com o tipo regulado ( $\neq$ ), será resolvido de maneira oposta à previsão normativa da NGI: permissão negativa no caso de prescritor obrigatório nesta; ou permissão positiva no caso de prescritor proibido nesta (BOBBIO, 1999).

[...] Mas o ordenamento em geral nada nos diz sobre as **condições** [conjunto de circunstâncias relevantes = {C's}] com base nas quais dois casos podem ser considerados **parecidos**. A **decisão** sobre a **semelhança** [ou a **dessemelhança**] dos casos cabe ao **intérprete** [...], [que] vai **decidir** se, em caso de **lacuna**, ele **deve aplicar** a **norma geral exclusiva** [...] ou a **norma geral inclusiva** e, portanto, incluir o caso não-previsto na disciplina do caso previsto. No primeiro caso se diz que usa o **argumentum a contrario**, no segundo, o **argumentum a simili**". (BOBBIO, 1999, p. 136). (destacou-se)

Bobbio também recorre à fundamentação [casos  $\cong$  ou  $\neq$ ] e à argumentação tópica, usando de uma linguagem próxima da descrita por Adeodato (2011) no trato do nível da retórica estratégica (um equivalente ao modelo jurídico de REALE, 2017), que se vale de terminologia prescritiva em prol de algum método situado no nível da retórica material.

[...] No Direito Penal [punitivo], onde a extensão analógica não é admitida [proibida], poderíamos também dizer que não existem lacunas [...]. Desse modo, não só nos parece impossível excluir as lacunas, em contraste com a teoria da norma geral exclusiva, mas ficou claro o **conceito de lacuna**: a **lacuna se verifica** não mais por falta de uma norma expressa pela regulamentação de um determinado caso, mas pela **falta de um critério** para a **escolha de qual das duas regras gerais, a exclusiva** [NGE] ou a **inclusiva** [NGI], **deva ser aplicada**. (BOBBIO, 1999, p. 137). (destacou-se)

Nota-se a proeza teórica operada pela genialidade de Norberto Bobbio, que transformou um problema que inicialmente foi colocado como lacuna pela carência de normas (anomia) em um problema de abundância, de antinomia entre duas normas

(NGE  $\rightarrow\leftarrow$  NGI

contraditórias), o que já fora por ele conceituado e, em larga medida, resolvido no capítulo 3 de sua Teoria do Ordenamento Jurídico (1999).

Mas, uma coisa é conceituar uma lacuna pelo recurso ao conceito de antinomia para a identificação de anomias. Outra é apontar critérios adequados para encontrar uma solução desse novo problema assim recolocado:

[...] não estamos em condições de decidir **mediante regras do sistema se o caso é semelhante ou diferente**. [...] O fato de a solução não ser mais óbvia, isto é, de não se poder tirar do sistema nem uma solução nem a solução oposta, revela a lacuna, isto é, revela a **incompletude do ordenamento jurídico**. (BOBBIO, 1999, p. 139). (**destacou-se**)

No caso do Ordenamento Jurídico brasileiro poder-se-ia opor o dispositivo do revogado art. 126, CPC/1973 (art. 140 NCCP combinado com art. 4º, LINDB) às conclusões de Bobbio quanto à caracterização e identificação de uma lacuna. Esse dispositivo normativo será aqui tratado porque reunia, numa só redação: a vedação à recusa em decidir; o princípio da legalidade e a repetição da ordem prescrita na LINDB dos meios integrativos válidos.

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º/10/1973).

Para Lenio Streck (2007), a discussão sobre as lacunas e a completude do ordenamento jurídico vai além, e pode ser tido como argumento desmistificador do próprio axioma do direito assentado no modelo napoleônico, posto que, nos termos dos citados artigos do CPC e da LINDB, o ordenamento constitui-se dinamicamente completível, com auto referência ao próprio sistema jurídico.

Contudo essa objeção pode ser rebatida sob o argumento de que se trata da eleição de meios para a integração do sistema, mas não para balizar um critério do que seria uma semelhança ou uma dessemelhança do caso concreto (paragonado) com relação ao tipo abstrato (suporte fático restrito) da Norma Particular Inclusiva (NPI) tido como paradigma.

### 2.3. LACUNAS IDEOLÓGICAS

Para além de Lacuna ( $L_0$ ) num sentido bem inicial da falta de norma (NPI) a ser

aplicada a um caso concreto, Bobbio (1999) constrói um conceito de Lacuna ( $L_1$ ) que transforma a incompletude de um sistema em uma incoerência qualificada por uma antinomia própria real (insolúvel) entre duas normas gerais: uma exclusiva (NGE) e uma inclusiva (NGI), ambas válidas, ou seja, pertencentes a esse mesmo sistema jurídico.

Além desses dois sentidos, o primeiro deles usual e o segundo nada trivial, Bobbio (1999) menciona outro em que Lacuna ( $L_2$ ) denota a falta de uma norma justa para o caso analisado, denominada lacuna ideológica, porquanto resulta da comparação do Ordenamento Jurídico como ele é [ser] com aquilo que deveria ser [dever-ser], como, por exemplo, com o Direito Natural, que poderia ser conceituado como um “[...] Direito sem lacunas ideológicas, no sentido de que é aquilo que deveria ser [...]” (BOBBIO, 1999, p. 140), apondo uma crítica ao resíduo metafísico da chamada falácia naturalística a que ocorre o Direito Natural.

De um ponto de vista zetético (FERRAZ JUNIOR, 2011) poder-se-ia levantar a seguinte objeção ao 2º argumento idealista de Brunetti, citado por Bobbio (1999): o que significa a coisa representada senão outra representação da coisa considerada? Segundo Brunetti não haveria sentido na comparação entre “[...] a representação de uma coisa com a coisa representada [...]” (*apud* BOBBIO, 1999, p. 141), de modo que para dar sentido ao problema das lacunas só uma comparação do ordenamento real com outro, um ideal; numa espécie de apelo à uma pretensa falha lógica para justificar um apelo à razão idealizadora, que também não deixa de ser metafísico e que reduzem todas as lacunas ao tipo ideológicas.

Esse Bobbio, na sua primeira fase estruturalista, aproxima-se de Kelsen ao concluir, com Brunetti, que lacunas ideológicas ( $L_2$ ) não justificariam a pesquisa jurídica, porquanto evocam uma axiologia: um trato com valores que colocaria em cheque sua tentativa epistemológica de postar o Direito como Ciência através do uso de uma linguagem adequada e do rigor metodológico na aplicação de um raciocínio jurídico metódico, que poderia ser repetido em incontáveis situações.

Ou seja, há as lacunas próprias, que são integráveis por obra do intérprete

(FERRAZ JUNIOR, 2015) e as impróprias ou ideológicas, que só poderiam ser completadas por novas normas editadas pelo legislador, estando vinculadas a um critério extrínseco à ordem jurídica (MOLEDO, 2005).

Contudo, na atualidade neoconstitucional dos Estados Democráticos de Direito, como ocorre no Brasil, não há como refugiar-se do trato com princípios, que são normas de suporte fático amplo, não absolutas, restringíveis (SILVA, 2010, p. 247-251, 254-255), postos em profusão e em incontáveis colisões; a *priori* aplicáveis ante qualquer possibilidade de interferência num direito fundamental, mas só afastáveis por meio de uma justificação constitucional que demonstre a razoabilidade e a proporcionalidade da restrição harmonizadora para solução dessas colisões por ponderação de princípios antagônicos verificada num caso concreto (SILVA, 2010).

#### **2.4. SOLUÇÃO DE LACUNAS POR MEIO DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS ANTAGÔNICOS**

Alertando, desde logo, que “[...] pode-se interpretar também de outras formas que fazem desaparecer a antinomia [vide a interpretação harmonizadora referida nas p. 80, 102, 104, do cap. 3 da Teoria do Ordenamento Jurídico, 1999]” BOBBIO, 1999, s.p.) então apresenta as duas condições para o diagnóstico de uma antinomia, ao que se pode acrescer um terceiro critério para o diagnóstico de uma anomia como se fora uma antinomia:

1) as duas normas devem pertencer ao mesmo Ordenamento Jurídico:  $N_1, N_2$

$\in OJ$ ;

2) as duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade, ou seja: coincidência, ainda que parcial, dos seus aspectos temporal (t), espacial (e), material (m) e pessoal (p);

3) uma Lacuna ( $L_1$ ) caracteriza-se por um conflito normativo qualificado, uma antinomia real das seguintes regras gerais contraditórias implícitas num dado sistema jurídico: uma exclusiva e outra inclusiva ( $NGE \rightarrow \leftarrow NGI$ ), cuja solução pode ser tanto a favor de uma como de outra, variando de caso para caso, sem que, com isso, uma delas seja excluída do sistema, mas apenas ter sua aplicação afastada (derrogação imprópria) naquele

caso concreto em que ela não prepondere.

Uma vez apontados os critérios para identificação qualificada de uma lacuna própria, resta ainda delinear critérios outros capazes de levar à uma sua solução adequada, de modo a sustentar a ideia do Direito como um sistema, que traz em si mesmo metarregras que permitam a eliminação de antinomias e a integração de lacunas e que seja capaz de operar com os princípios postos nas suas declarações de direitos fundamentais.

Vista uma lacuna como uma tensão entre norma geral exclusiva e outra inclusiva, a sua solução, denominada de integração, visa atender à metarregra da proibição do *non liquet*. Assim, o próprio ordenamento jurídico brasileiro (art. 4º, LINDB) apresenta dois meios de autointegração (busca de solução em fonte dominante do próprio ordenamento jurídico): a analogia *legis* (pela busca de paradigmas nos tipos descritos no suporte fático das fontes positivadas) e os princípios gerais do direito implícitos, pois extraídos, por indução, do sistema positivado para uma aplicação amplificadora (analogia *juris*); e um de heterointegração (com recurso a fonte jurídica diversa das dominante): os costumes jurídicos (condutas tão reiteradamente repetidas pelos indivíduos de uma comunidade que alça à condição de juridicamente exigível daqueles que não as observam), uma norma anonimamente produzida pela sociedade e reconhecível pelo Estado segundo os meios de prova em Direito admitidos e com o ônus da prova para a parte que o alegar (art. 376, NCPC).

Os conceitos de norma geral (classes de pessoas) e norma abstrata (ação-tipo) [NGA], assim como, em oposição, os de normas individuais (destinatário é um indivíduo singular) e normas concretas (regulam uma ação singular) [NIC], estão trabalhados com maior precisão por Bobbio no cap. 6 (classificação das normas jurídicas) da sua Teoria da norma jurídica (2008, p. 180-183). Desse modo, pode-se dizer que uma norma geral (NGI), em relação a uma norma especial ou mesmo a uma norma particular (NPI), apresenta maior amplitude pessoal (alcança classes mais abrangentes de pessoas) e maior amplitude na sua tipificação (apresenta um suporte fático mais amplo, com tipos mais abrangentes), ou seja, apresenta âmbito de validade pessoal (sujeito) e material (objeto) abarcado pela relação de

gênero e espécie com relação à norma especial ou particular.

A situação antinômica, criada pelo relacionamento entre uma lei geral e uma lei especial, é aquela correspondente ao tipo de antinomia **total-parcial** [gênero-espécie]. Isso significa que quando se aplica o critério da *lex specialis* não acontece a **eliminação** total de uma das duas normas incompatíveis, mas **somente daquela parte da lei geral que é incompatível com a lei especial** [...] [NGE →← NPI]. (BOBBIO, 1999, p. 96-97). (**destacou-se**)

A regra especial (particular inclusiva, NPI) deve ser vista como um caso de regra de exceção (R') em relação à regra geral abstrata (NGA), como decorrência de um processo “natural” (BOBBIO, 1999, p. 96) de diferenciação das classes de pessoas em prestígio ao princípio da isonomia (tratar desigualmente os desiguais, na medida dessas desigualdades).

Já a antinomia real entre NGE→←NGI é do tipo total-total, pois ambas são gerais e entre regras contraditórias entre si, antinomia que reclamaria a eliminação de uma delas do sistema, até mesmo das duas ou, antes, pelo princípio da conservação da normas, a eliminação do próprio conflito por uma interpretação corretiva, com a manutenção no sistema das duas normas gerais antinômicas postas em tensão (BOBBIO, 1999), à semelhança do que se dá com as técnicas de ponderação entre dois ou mais princípios colidentes, notadamente quando eles versam sobre direitos fundamentais de índole constitucional (ALEXY, 2008; ÁVILA, 2009; SILVA, 2010; SARMENTO, 2001).

Uma solução por meio da analogia, mas sem incorrer em subversão hermenêutica (TEPEDINO, 2000), depende do diagnóstico de um conjunto das circunstâncias do suporte fático ou de casos concretos {C's} que constituam a *ratio legis* de uma regra que pertença ao sistema (válida, vigente e pertinente) e que não alcança aquele outro conjunto das circunstâncias diagnosticadas no caso não regulado pelo sistema {C's}', mas que poderiam ser consideradas como semelhantes (≈) ao ponto de justificar a atribuição de idênticas (=) consequências jurídicas (CJ's) do caso regulado ao caso não regulado (NEVES, LIMA, 2021). Se esse conjunto de circunstâncias determinantes da semelhança é identificado então o caso que suscitou a lacuna será resolvido com o mesmo operador deôntico presente na norma paradigma: se for pela proibição ou pela obrigação então preponderaria (ALEXY, 2008) a NGI na sua colisão com a NGE; se for pela permissão então preponderaria

(ALEXY, 2008) a NGE na sua colisão com a NGI.

Outro meio integrativo dá-se com a aplicação de princípios gerais de direito positivo implícitos, com sua extração a partir da observação e da descrição do conjunto de normas válidas, vigentes e pertinentes ao caso (regras e princípios expressos) de um Ordenamento Jurídico, também sem incorrer em subversão hermenêutica (TEPEDINO, 2000). Se um princípio geral vem expresso num ordenamento e ele mostra-se aplicável ao caso em análise (mesmo que seu suporte fático amplo evoque uma outra norma mais específica para delimitação de seu alcance ou para sua não incidência), então não será necessário esse processo de generalização, a partir de regras positivadas, para conhecer-se referido princípio, pois ele já se encontra no sistema e ele vincula as condutas humanas (ex.: princípio da inviolabilidade à privacidade, expresso no art. 5º, X, CF/1988).

Somente quando para um caso concreto não se encontrar no ordenamento jurídico alguma regra e também nenhum princípio expresso pertinentes, a ele aplicáveis, notadamente os constitucionais fundamentais, restando somente a tensão do par NGE versus NGI para solução dessa lacuna própria é que, havendo ou não a possibilidade de recurso à analogia legis -- pois a possibilidade de existência de princípios constitucionais implícitos afasta a ideia de ordem peremptória na lista do art. 4º da LINDB --, poder-se-á cogitar da extração indutiva de princípios gerais de direito positivo implícitos e de sua aplicação amplificadora, desde que pertinentes ao caso (analogia *juris*).

Fica a cargo do intérprete todo ônus argumentativo que descreva o caminho indutivo de extração e de identificação desses princípios implícitos, aponte as normas do ordenamento que serviram de ponto de partida para obtenção dessa generalização, bem assim que demonstre o suporte fático amplo e a aplicabilidade dessas normas gerais implícitas, seu sentido e seu alcance em relação ao caso específico que suscitou o problema da lacuna (aplicação amplificadora).

A expressão “Princípios Gerais do Direito” do art. 4º da LINDB evoca o complemento Positivo e, assim, afasta-se da ideia de heterointegração pelo Direito Natural (PGDN – Princípio Geral de Direito Natural), ou mesmo de heterointegração pela doutrina

(fonte mediata do Direito), pois princípios gerais “[...] são apenas [...] normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais [...] [e] não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras [...]” (BOBBIO, 1999, p. 158) extraídos por abstração do ordenamento jurídico e também apresentam a função [*telos*] de regular um caso concreto, ou seja, têm o mesmo escopo das normas expressas. Como exemplos de expressos: *nenimem laedere* do art. 2.041 do CC italiano; vedação ao enriquecimento sem causa do art. 884, CC/2002 brasileiro. E de implícitos: obrigação passiva universal de respeitar os direitos alheios (MAIA, 2013); princípio do duplo grau de jurisdição (NEVES, 2006).

Bobbio (1999) traça então um interessante paralelo: analogia *iuris* é o procedimento de autointegração (via PGDPi – Princípio Geral de Direito Positivo implícito) pelo que se extrai uma norma nova [ $N_{NOVA}$ ] para um caso imprevisto não de outra regra referente a um caso singular analógico (NPI), como ocorre na analogia legis (analogia), mas de todo o sistema [um PGDPi – Princípio Geral de Direito Positivo implícito] ou de uma parte dele [um PEDPi – Princípio Específico de Direito Positivo implícito].

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2011, p. 278-9) destaca que a analogia *iuris* não seria uma analogia, mas integração por Princípio Geral de Direito Positivo implícito, sendo uma espécie de conjugação quase-lógica de dois métodos lógicos: indutivo (preceitos; casos particulares;  $NIC \rightarrow NGA$ , *ratio decidendi*) para obter, por generalização, PGDP’s implícitos, que são então aplicados, de modo dedutivo, a variados outros casos -- PGDP implícito como uma NGA de suporte fático amplo e de que podem resultar várias NIC’s --, que guardam uma distância bem maior com os preceitos e os casos particulares de partida, donde a denominação indução com aplicação amplificadora, que não se confunde com a técnica da interpretação extensiva (determinação de um alcance maior na aplicação de uma norma, já identificada no sistema, que passa então a incidir diretamente sobre o caso sob análise).

A interpretação extensiva, que também não se confunde com a analogia *legis*, visa alcançar casos não previstos pelo suporte fático da regra (pela redefinição do alcance e da

amplitude de seus termos) e pode ser admitida mesmo no âmbito do Direito Punitivo [Penal; Disciplinar; Ética profissional] ou do Direito Tributário, ramos do Direito em que a analogia é proibida (art. 5º, XXXIX, CF/1988; art. 1º, CP) ou limitada (art. 108, § 1º, CTN).

Desse modo, assim como na analogia *legis*, também no caso de solução de lacuna por analogia *juris* ou indução amplificadora, se um conjunto de circunstâncias determinantes da incidência do PGDPi é identificado então o caso concreto que suscitou a lacuna será resolvido com o mesmo operador deontico presente nessa norma principiológica implícita: se for pela proibição ou pela obrigação então preponderaria (ALEXY, 2008) a NGE na sua colisão com a NGE; se for pela permissão então preponderaria (ALEXY, 2008) a NGE na sua colisão com a NGE.

Embora no caso de princípios, pela amplitude de seus suportes fáticos e por não serem absolutos (comportam flexão na colisão), seja muito difícil a precisa identificação de um tal operador deontico, que, afinal, decorrerá da solução dessa colisão na dimensão do peso (por ponderação) diante de princípios antagônicos, na forma da descrição de um suporte fático como um conjunto de circunstâncias fáticas e jurídicas determinantes de qual deles preponderaram no caso concreto (ALEXY, 2008).

Os conceitos e parâmetros acima elencados serão usados como ponto de partida para uma fundamentação acerca da solução de eventual conflito entre a norma geral exclusiva (NGE) e a norma geral inclusiva (NGI) que possa ser suscitado em relação à disponibilidade onerosa do direito aos dados pessoais e na busca de soluções a partir de dispositivos normativos da CF/1988 e da LGPD que regulam os dados pessoais e os dados pessoais sensíveis, postos em jogo com outros direitos fundamentais da personalidade, notadamente o de autodeterminação informativa, à intimidade e à privacidade (art. 2º, I e II, LGPD e art. 5º, *caput*, X e XII, CF/1988) e o devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, CF/1988).

### **3. LGPD (2019) E DISPONIBILIDADE DOS DADOS PESSOAIS: HÁ ESPAÇO PARA LACUNAS?**

Assim, a primeira questão a ser enfrentada neste artigo é, valendo-se do segundo conceito de lacuna ( $L_1$ ) na teoria do ordenamento jurídico de Bobbio (1999), verificar se a CF/1988 e também a LGPD apresentam lacunas quanto à permissão ou à proibição de comércio dos dados pessoais não sensíveis pelo seu titular e pelos controladores e operadores.

Ficam excluídos os dados pessoais sensíveis, inclusive os *under skin* - terminologia cunhada para designar uma transição que HARARI (2020) adjetiva como dramática da vigilância “sobre a pele” (*over the skin*) para a vigilância “sob a pele” (*under skin*), a exemplo do imageamento das íris ou até mesmo a coleta do DNA de pessoas, já prevista para os condenados na Lei de Execução Penal (LEP, Lei 7.210, de 11 de julho de 1984) e também para os acusados (art. 5º, V, da Lei de Identificação Criminal – LICCrim) para formação do banco de dados de perfis genéticos (DNA).

Numa primeira análise dos dispositivos constitucionais e dos dispositivos normativos da LGPD não se vê qualquer regra expressa que permita nem que proíba referido comércio, o que também poderia ser problematizado do seguinte modo: os dados pessoais são ou não são objetos disponíveis para comercialização? São ou não são objetos de direitos que integram o patrimônio disponível de seus titulares?

Como visto pelo aporte teórico de Bobbio (1999), apresentado no tópico anterior, não se pode admitir apenas a noção de ausência de norma expressa como critério identificador de uma lacuna ( $L_0$ ), embora isso seja um indício preliminar nessa busca, que também necessita selecionar, precisar, ordenar e apropriar-se de alguns conceitos insertos na LGPD.

### **3.1. PRINCIPAIS CONCEITOS: TITULAR, DADOS PESSOAIS, DADOS PESSOAS SENSÍVEIS, CONSENTIMENTO, TRATAMENTO, CONTROLADOR E OPERADOR (AGENTES DE TRATAMENTO)**

A LGPD vale-se da denominação titular, para caracterizar a “[...] pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento” (art. 5º, V). E num movimento circular conceitua dado pessoal como “[...] informação relacionada a pessoa

natural identificada ou identificável” (art. 5º, I), com o que parece equiparar o conceito de dados com o de informação, expressão corrente e diferenciada tanto no campo da Tecnologia da Informação (MILAGRE, José; SANTARÉM SEGUNDO, 2015) como no da Estatística (BARBETTA, 2019; LOCK et al., 2017; BECKER, 2015), em que as informações são extraídas dos dados depois que estes são coletados, ordenados, armazenados, transformados, adequadamente tratados, visualizados, explorados, modelados, testados e interpretados (cf. conceitos de *wrangle* e *understand* data em WICKHAM; GROLEMUND, 2017, p. 117; cf. conceitos de dados pessoais e de informações e suas sobreposições, como informações em “estado bruto” e informação dita “útil”, em DONEDA, 2019, p. 135-138 e p. 154; cf. uma diferenciação forte entre dados e informações em BECKER, 2015, p. 35-38).

Por incluir-se legalmente no conceito de dado pessoal qualquer informação, aquele merece interpretação extensiva para alcançar esta, notadamente porque em prol da tutela dos titulares hipossuficientes (*thelos*) e porque é dever do Estado Democrático de Direito brasileiro a defesa dos consumidores (art. 5º, XXXII, CF/1988 combinado com art. 18, § 8º e art. 45 da LGPD).

O conceito de tratamento (art. 5º, X, LGPD) abarca justamente uma enumeração aberta de várias operações típicas de TI (Tecnologia da Informação) que, uma vez aplicadas a um banco de dados pessoais, resultam na extração de informações relevantes, ou seja, é um divisor tecnológico que aparta dados de informações, que agrega valor informativo aos dados pessoais e, assim como a indústria, transforma matéria-prima (dados brutos) em produto imaterial (informação processada), este de valor econômico muitas vezes maior que aquela.

Pressuposto para a validade desse tratamento é o consentimento não viciado (art. 5º, XII e art. 8º, § 3º, LGPD), específico e informado, regularmente emitido pelo titular dos dados pessoais, sob pena de sua nulidade; mais a responsabilidade civil por danos ou pelo enriquecimento sem causa auferido por controladores ou operadores (MAIA, 2020).

Sob esse prisma, a exigência legal de uma “manifestação livre, informada e

inequívoca” não é satisfeita com um mero comportamento passivo, demandando claramente um comportamento ativo, diante do grau elevado de autonomia conferido ao titular dos dados, que deverá efetivamente ter garantido o seu direito de consentir ou não, visto que o conceito de consentimento permite ao titular dos dados que ele próprio decida acerca das restrições ao seu direito à proteção de seus dados pessoais.

Além disso, sobre a suficiência da informação para o titular dos dados não devem/podem pairar dúvidas, uma vez que a ele a LGPD confere o direito de ser informado acerca de todas as circunstâncias relativas ao tratamento, tais como: a especificação de quais dados serão objeto de tratamento; a identificação do tratador, a forma, a finalidade e as consequências do tratamento; as consequências da recusa de consentimento (se impeditivo da realização do negócio); a destinação dos dados tratados; a sua transmissão onerosa a terceiros.

Nesse sentido firmou-se o entendimento do Tribunal de Justiça Europeu, que com fundamento no *General Data Protection Regulation* (GDPR), evidenciado em julgados que refutam a existência de um efetivo comportamento ativo em consentimentos através de opções pré-validadas (contratos padronizados ou de adesão) em sítios da internet, por não se poder aferir o exato grau de compreensão, pois não se sabe se o texto em questão, redigido antecipadamente, foi lido e entendido (EUR-Lex, 2020).

A noção de pessoa natural é central para caracterização do titular dos próprios dados, ou seja, das características mensuráveis (variáveis ou colunas de uma tabela de dados) que podem ser observadas diretamente em um elemento ou indivíduo da população (observação ou registro, uma linha de uma tabela de dados) (BARBETTA, 2019; BRUCE; BRUCE, 2017; LOCK et al., 2017); como, por exemplo, seu nome, data de nascimento, cor dos olhos, número de CPF, sexo, etnia, altura, peso, IMC, pressão sanguínea sistólica e diastólica, data e valor de suas últimas 100 compras via internet, renda mensal líquida, trajeto diário, fotografias da sua imagem corporal, DNA etc. com fins de classificação em categorias ou de medição, organizados em uma tabela de dados, seja de toda população (senso) seja de uma amostra dela (suficientemente grande e representativa da população

amostrada).

Maia (2020) esclarece que o uso da expressão titular na LGPD em relação aos dados pessoais, notadamente em seu art. 17, serviria exatamente para distinguir o direito subjetivo dessa pessoa física como gênero de que o conceito de proprietário é espécie, já que é possível ser titular de um direito sem necessariamente ser proprietário (*propertization*) de um bem (material ou imaterial), economicamente apreciável (MAIA, 2019).

Importante distinguir duas classes de dados pessoais: os sensíveis (art. 5º, II, LGPD) dos não sensíveis (os demais, por exclusão). Os primeiros abarcam dados pessoais cuja análise e uso das informações deles extraídas podem, ainda que potencialmente, gerar algum tipo de discriminação não admitida (art. 6º, IX, LGPD - princípio da não discriminação) pelo ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, como é o caso da raça, religião, opinião política, sindicalização, da saúde ou vida sexual de um indivíduo, DNA, biométrico etc.

Se de um lado dessa expansão acelerada do fenômeno da reificação (ex.: Lei de Terras n. 601/1850 e Lei dos Recursos Hídricos n. 9.433/1997 em NEVES, 2011; MARTINS, 2018) ou *commodification* (Rodotá, 2008; idem *apud* MAIA, 2020) ou *commodity* (SCHWARTZ, 2004), com a massiva circulação dos dados pessoais no comércio, encontra-se a figura hipossuficiente do seu titular, com tutela legalmente equiparada a do consumidor pela LGPD (art. 18, § 8º e art. 45); do outro aparecem comumente figuras hipersuficientes dos controladores e dos operadores, pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado, competindo à primeira decisões sobre o tratamento de dados pessoais e à segunda realizar esse tratamento em nome daquela.

Assim, chega-se precisa e delimitadamente à questão das possíveis lacunas próprias na LGPD relativamente:

- i) à disponibilidade do direito subjetivo obrigacional aos dados pessoais não sensíveis por seu titular, na sua forma típica de uma cessão onerosa resilível;
- ii) à disponibilidade, inclusive a onerosa, desses mesmos dados pessoais não

sensíveis do titular por parte dos controladores e dos tratadores para terceiros, bem como à disponibilidade das informações não sensíveis (ex.: metadados, *profiling*, *BI - Business Intelligence* etc.) como um “produto” imaterial resultante da aplicação de um tratamento sobre esses mesmos dados pessoais de milhões de titulares dispostos de modo relacional num gigantesco banco de dados (big data).

### **3.2. ANOMIA QUANTO AO E-COMMERCE DE DADOS PESSOAIS NÃO SENSÍVEIS**

Pesquisando na LGPD, com o objetivo de identificar as lacunas denunciadas, nota-se que esse *corpus* de dispositivos normativos não inclui expressões como: valor, pecúnia, moeda, *profiling*, *bitcoin*, compra e venda, mercado, mercadoria, comércio, comercialização, comercial, disposição, alienação, doação, aluguel, cessão, remuneração, renda, financiamento ou alguma outra cujo sentido evoque a intenção (*telos*) de dispor onerosamente dos dados pessoais.

Os dispositivos do art. 55-L, III e VII, falam das doações, legados, venda ou aluguel como receitas originárias da ANPD - Autoridade Nacional de Proteção de Dados (oriundas da alienação do direito de propriedade de seus bens imóveis públicos, do seu aluguel ou da exploração do direito autoral de suas obras e publicações).

Quando a LGPD usa a palavra comercial, fá-lo tão só para, em 13 artigos, excepcionar e proteger os segredos comercial e industrial e mitigar os direitos do titular dos dados pessoais, ou seja, em prol da propriedade imaterial das marcas, das patentes, dos modelos de utilidade, dos desenhos industriais, todas sob notório domínio dos controladores e dos operadores.

Curioso que uma lei que decorre do fenômeno global da reificação, *commodification* ou *commodity* dos dados pessoais ou do produto do tratamento deles decorrentes não contenha uma só palavra sobre as práticas costumeiras notáveis desse mesmo fenômeno comercial.

Não se mostra, ao menos *a priori*, ser uma lei que buscou algum controle desse mercado a céu aberto, notadamente para promover um efetivo combate às práticas

abusivas (art. 6º, IX, LGPD - princípio da não discriminação decorrente de tratamento abusivo; art. 9º, § 1º, LGPD vício do consentimento por conteúdo enganoso ou abusivo) da parte hipersuficiente (controladores e operadores) em detrimento da hipossuficiente (titular), que, sob um análise econômica do Direito (POSNER, 1978-1979), restou praticamente colocado na mesma condição objetiva dos seus dados pessoais, ou seja: uma matéria-prima à deriva, tão disponível e acessível que a ela não se lhe atribuiu, ainda, qualquer valor; assim como, ainda, dá-se com a luz solar que gratuitamente aquece a Terra, dia após dia, um bem “intangível” que, a despeito de sua gigantesca utilidade para a preservação e a conservação de toda a biosfera, permanece sem apreciação econômica porquanto não é rara nem escassa.

Talvez chegasse um dia em que, assim como já ocorreu com a reificação do solo, do subsolo minerário, da água (NEVES, 2011) e em certa medida com o ar, ao menos com relação à redução da emissão de gases de efeito estufa (Protocolo de Kyoto), também uma luz do sol rarefeita, encoberta (por espessas nuvens de poeira vulcânica) ou super explorada (por uma inovação tecnológica disruptiva) venha a ser comoditizada. Só que o ocaso do Sol encontra-se num futuro tão, tão distante (cerca de 7 bilhões de anos) (NEVES, 2006), que a espécie humana não se encontrará mais sobre a Terra para regular conflitos intersubjetivos ocorrentes (NEVES; RAPCHAN; BLUMRICH, 2020) entres seus indivíduos sem sombras.

Mas nas nuvens (*clouds*) de dados e informações, esse novo petróleo (MAIA, 2019) etéreo, uma espécie de poeira de ouro negro em pó, paira sob nossas cabeças; nebulosas formadas pela captura da partícula graciosa dos dados pessoais de bilhões de titulares conectados desarticulados, essa massa informe de hipossuficientes à espera de efetiva proteção de seus dados pessoais e informações fragmentadas rearticuladas relacionamente num big data e de suas posições jurídicas marginais nesse admirável mundo novo virtual.

Como não há nem proibição nem permissão expressas para essa prática mercantil cotidiana, melhor, “microsegundiana”, nem na LGPD e nem na CF/1988, em relação aos sujeitos em situações jurídicas de interesse direto sobre os dados pessoais e as informações

deles extraídas e como não se pode concluir, *a priori*, nem pela sua liberdade nem pela sua vedação ou restrição (FERRAZ JUNIOR, 1993), isso caracteriza a identificação de uma lacuna qualificada no Ordenamento Jurídico brasileiro, no sentido ( $L_1$ ) conceituado por Bobbio (1999) como uma tensão entre uma NGE e uma NGI cuja solução integrativa depende de uma ponderação resultante da identificação de um conjunto de circunstâncias determinantes fáticas e jurídicas associadas ao caso concreto em análise, bem como da análise da adequação e da necessidade de possíveis maneiras para sua solução (ALEXY, 2008).

Uma solução possível seria pela permissão da exploração mercantil dos dados e informações pessoais não sensíveis para todas as classes de sujeitos alcançadas numa relação jurídica obrigacional-tipo (titulares, controladores e operadores), uma vez que no Brasil vigoram os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência conformes à função social dos contratos, embora em colisão com a preservação da privacidade, da autodeterminação informativa e a defesa do consumidor (art. 5º e 170, CF/1988).

Outra possibilidade, oposta e complementar, seria pela proibição dessa mesma exploração mercantil e diante da mesma colisão de princípios, agora com prevalência da intervenção pública nessa ordem econômica privada para tutela de direitos fundamentais da personalidade (tidos como indisponíveis) ou para garantir o atingimento de finalidades públicas, aquelas não podem ser alcançadas por cada indivíduo isoladamente (BOBBIO, 2008), agindo apenas na sua esfera privada (como a saúde pública, a segurança pública, a iluminação pública, a educação pública, a sanidade animal e vegetal para garantir a segurança alimentar, o uso dos recursos hídricos prioritariamente para a dessedentação de pessoas e animais etc.).

Não se pode, *a priori*, determinar a prevalência de qual das duas normas gerais do sistema, NGE ou NGI, diante do caso posto sob análise.

Considerando a plasticidade e a quantidade de princípios constitucionais postos em colisão, somente uma descrição e análise de um conjunto determinante de circunstâncias

fáticas e jurídicas do caso concreto, quanto à possibilidade ou não de cessões onerosas de direitos privados sobre dados pessoais e informações não sensíveis, que permitiria balizar quais princípios poderiam ser fletidos e na menor medida possível a fim de acomodar e harmonizar os diversos interesses e naturezas dos objetos da tutela constitucional em jogo, para só então traçar uma possível solução integrativa.

Antes, contudo, é preciso clarear qual a natureza jurídica do direito aos dados pessoais: se de direito real (relação jurídica direta e absoluta) ou de direito obrigacional (relação jurídica indireta e relativa), além de seu caráter patrimonial (obrigacionais ou reais) ou existencial (MAIA, 2013).

Plena de razões a opção descrita por Maia (2020; 2019) quanto ao uso da expressão titularidade que a LGPD (art. 17) reservou para o sujeito de direito (titular) dos dados pessoais, denotando que optou pelo gênero de que a propriedade é espécie e também quanto a sua conclusão pela sua inserção como situação jurídica patrimonial (de Direito Obrigacional Privado); ressaltando características peculiares dela, como oponibilidade *erga omnes* e patrimonialidade, que sempre foram consideradas como típicas e exclusivas dos Direitos Reais (MAIA, 2013 e 2020; TEPEDINO, 2006 e 2011).

Poder-se-ia ver alguma semelhança desse novo direito privado obrigacional aos dados pessoais com as já conhecidas obrigações *propter rem* (PEREIRA, 2010, p. 38-42; NEVES, 2011, p. 189-191) e obrigações com eficácia real (PEREIRA, 2010, p. 38-42; COSTA, 1993, p. 112-115). A oponibilidade *erga omnes* do direito potestativo do titular para rescisão da cessão de direito sobre seus dados pessoais não sensíveis ambula com eles -- assim como ocorre com os direitos reais e com essas duas obrigações híbridas em relação à coisa (PEREIRA, 2014, p. 338) objeto de suas relações jurídicas -- pois pode ser invocada em face de terceiros, o que engloba toda a cadeia de sucessões dos controladores e dos operadores por onde esses dados pessoais naveguem ou sejam armazenados, a qualquer tempo (art. 8º, § 5º, LGPD); mesmo aquelas subsequentes em que o titular não figure como parte contratante (MAIA, 2013).

Mas não se poderia dizer que as obrigações dos controladores e dos operadores em

relação aos dados pessoais em que eles regularmente aplicam seus tratamentos exsurgiriam de uma “coisa” objeto de direito real, uma vez que este conceito de *res* apropriável, ainda que possa ser estendido a objetos imateriais -- ex.: a obra, na propriedade autoral; marcas, patentes, modelos de utilidade e desenhos industriais, na propriedade industrial; a cultivar, em relação aos direitos do melhorista, inclusive a cultivar transgênica --, é típico dos bens sujeitos à dominicalidade e, como já visto: o direito privado aos dados pessoais é da estirpe das situações jurídicas patrimoniais (direitos obrigacionais), sendo mais adequado enxergar esses dados pessoais como um objeto imaterial desta relação jurídica obrigacional ímpar, pois direta, imediata e absoluta com esse seu objeto virtual (MAIA, 2020).

Mais adequado que olhar para esse novo direito privado aos dados pessoais sob o ponto de vista da propriedade e, assim, perquirir sobre sua ambulatoriedade e direito de seqüela (TEPEDINO, 2006, p. 141), é indagar “[...] se se trata de relação jurídica direta, imediata e absoluta ou relação jurídica mediata e relativa, já que os direitos reais não são mais a única categoria que se enquadra na primeira opção” (MAIA, 2020, p. 146).

Além disso, não se exclui a possibilidade dos dados pessoais apresentarem conteúdo economicamente apreciável (ex.: o seu *trade-off* em contrapartida pelo uso “gratuito” de um API -- aplicativo; MAIA, 2019, p. 681) e, por isso, serem considerados patrimoniais, agora num outro sentido, ou seja: podem integrar o patrimônio (o conjunto de bens, direitos e obrigações de valor econômico pertencentes a uma pessoa física ou jurídica (PEREIRA, 2015, p. 329-341) do seu titular e daqueles controladores e operadores a quem foram regularmente cedidos para fins de tratamentos lícitos (notadamente as informações deles extraídas), embora existam direitos extrapatrimoniais ou existenciais atrelados ao mesmo direito aos dados pessoais não sensíveis como a liberdade, a intimidade e a privacidade, todas estas situadas no campo dos direitos fundamentais da personalidade (MAIA, 2020).

Quanto à capacidade de mutação, nota-se que o campo dos Direitos Reais, fechado em seu mundo de números clausurados, sujeito à regra (MAIA, 2013) da reserva de lei em sentido estrito (TEPEDINO, 2006, p. 143) ou dessa reserva quanto às figuras jurídicas que

podem ser levadas a registro (art. 167, Lei n. 6.015/1973), independentemente da sua natureza real ou obrigacional (MAIA, 2013, p. 294; TEPEDINO, 2011, p. 228-231), bem pouco alterou-se com o passar dos tempos quando comparado ao impulso inovador que a abertura para firmar contratos atípicos pelas partes contratantes propiciou ao campo do Direito Obrigacional (MAIA, 2020; 2013), que, assim, apresenta-se mais consentâneo com novos direitos como o direito privado aos dados pessoais, notadamente a parcela patrimonial desse direito, sujeito a uma acelerada mutação tanto em sua gênese e sua reprodução quanto nas condições mercadológicas da seleção dos casos de sucesso, que são rapidamente replicados sob a forma de contratos de adesão massivos.

Outra questão sensível é quanto à disponibilidade ou indisponibilidade do direito aos dados pessoais não sensíveis, gratuita ou onerosa, que remete à questão central da lacuna própria identificada como uma colisão entre uma NGE e uma NGI, posta como uma antinomia de princípios antagônicos, operada neste tópico.

#### **4. DISPONIBILIDADE PELA CESSÃO ONEROSA RESILÍVEL DO DIREITO AOS DADOS PESSOAIS**

Do ponto de vista filosófico, exaltando o instituto da propriedade por sua longevidade histórica, Harari (2018, p. 107-111) aponta como o desafio pragmático da atualidade a questão de como regular a propriedade privada dos próprios dados, sobre o que admite a pouca experiência da humanidade, vislumbrando como um guia inicial a experiência que se tem com os milênios da propriedade privada sobre bens corpóreos e incorpóreos.

Em que pese o surgimento do direito de propriedade atrelado à materialidade da coisa, no curso da história há ficções jurídicas que foram incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio (MAIA, 2013, p. 206-207; TEPEDINO, 2006, p. 138), a exemplo dos direitos autorais, dos direitos sobre a propriedade industrial e os nomes das empresas, das energias (art. 83, I, CC/2002; ex.: sêmen de animais domésticos podem ser objeto de furto), direitos sobre cultivares, que possuem valor econômico e o direito à sucessão aberta (art. 80, II, CC/2002).

Foi colocada em evidência a propriedade imaterial, que por ser incorporada ao ordenamento jurídico na condição de coisa (*res*), ou melhor, de bem (PEREIRA, 2014, p. 337-341), pode ser mesmo objeto de aquisição originária da propriedade por usucapião de bem móvel. De modo que o foco, antes na adequação estrutural do direito de propriedade, voltou-se também para o seu aspecto funcional destinado a “[...] controlar o destino de algo que é considerado bem jurídico, dotado de valor econômico ou mesmo afetivo” (MAIA, 2020, p. 143).

Outro fenômeno que merece destaque foi o surgimento dos direitos da personalidade, com o novo constitucionalismo, que incluem o direito à dignidade, o direito ao nome, o direito à imagem, o direito à inviolabilidade da vida privada, o direito à liberdade de pensamento e de expressão, o direito à propriedade, dentre tantos outros (DONEDA, 2019).

Sob esse aspecto, aflora as discussões do campo do Direito Civil acerca da identificação e da classificação dos bens jurídicos. É patente, diante dos avanços tecnológicos, a reificação dos dados e a desmaterialização dos bens (MAIA, 2019, p. 669; 2013, p. 203-204), evidenciada na edição de atos normativos como a LGPD e o *General Data Protection Regulation* (GDPR); e o surgimento do debate acerca dos direitos reais abarcarem bens incorpóreos e, mais especificamente, da propriedade incorpórea de dados pessoais.

A questão da possibilidade de disponibilidade dos dados pessoais não sensíveis pelo seu titular aparece em passagens cruciais de Roberta Maia (2020, p. 145-148), que, pelo grau de reflexão e de precisão conceitual, merecem transcrição:

O conceito de titularidade exprime, portanto, não apenas a ideia de **poder de controle** sobre um bem jurídico mas, também e conseqüentemente, o sentido de atribuição do mesmo, com regras claras disponíveis acerca de seus modos de utilização e **disposição**. [...] precisava o legislador determinar a quem pertencem, fosse acerca de seus aspectos **extrapatrimoniais** [...] fosse em relação a seus aspectos **patrimoniais**, decorrentes do **valor econômico** que lhes foi **atribuído** pela **sociedade digital**.

[...]

[...] resta claro que manifestou o legislador a intenção de não apenas assegurar o **controle dos dados pessoais** ao seu **titular** -- o que reflete, de algum modo, a

ideia moderna de **privacidade** -- mas tutelá-los por meio de sua efetiva atribuição à pessoa física a quem estão atrelados, criando com isso **um vínculo direto e imediato**, antes peculiar aos direitos reais. [...]

[...] a **titularidade** prevista no *art. 17* da *LGPD* descreve relação de pertencimento que se enquadra no mesmo gênero [titularidade, *lato sensu*, continente da espécie propriedade], recaindo diretamente sobre os dados pessoais e atribuindo ao seu titular o **direito de deles dispor** e o **poder de controlá-los**, à **semelhança** do que ocorre nas **relações proprietárias**.

[...]

Relativamente aos **sistema** proposto pela *LGPD*, se o **consentimento** para o **uso dos dados [pessoais] equivale a uma forma de deles dispor, e a realidade** mostra ser **possível** a sua **cessão a terceiros** sem a devida autorização, **é razoável**, com base nas observações antes feitas, **considerar** que o **direito de controlá-los**, assegurado por lei ao seu **titular**, **é oponível erga omnes**. Se acaso vivesse neste admirável mundo novo, Teixeira de Freitas certamente concordaria. (MAIA, 2020, p. 145-148). (**destacou-se**).

Roberta Maia, que muito provavelmente também tem seus dados pessoais nas nuvens, lá não vive; tem seus pés bem fincados na face da Terra, num cume tópico de onde divisa horizontes para uma proteção adequada aos titulares dos dados pessoais, mas sem engessar o vertiginoso mundo virtual que por lá se processa.

Contudo permanece ainda suspensa a questão sobre a onerosidade dessa disposição do direito privado sobre os dados pessoais não sensíveis, que pode ser objeto de cessão de direitos resilível (art. 473, CC/2002; NEVES, 2011, p. 206), porquanto revogável *ad nutum* a qualquer momento pelo seu titular, por meio de “[...] manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado” (art. 8º, § 5º, LGPD).

#### **4.1. INTREGRAÇÃO DA LGPD: E-COMMERCE DOS DADOS PESSOAIS NÃO SENSÍVEIS?**

A opção pela cessão gratuita dos dados pessoais é cotidiana e diuturna, mas a onerosa quase não se vê na prática, mesmo porque os controladores e os operadores não a colocam como opção possível em seus contratos de adesão do tipo tudo ou nada, sob o manto de uma aparente “gratuidade” (MAIA, 2020) para o uso de seus aplicativos vorazes e sem a necessária forma destacada.

Pelo art. 54, § 4º, CDC, a sanção é a nulidade de pleno direito para cláusulas abusivas, incompatíveis com a boa-fé, que autorizem o fornecedor a modificar

unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração ou estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor. E o titular é equiparado a consumidor, seja por sua condição de consumidor utente (PINHEIRO, 2000), pois usuário do aplicativo ao qual adere “gratuitamente”; seja por sua equiparação por força de lei, pelos arts. 18, § 8º e 45 da LGPD.

Quanto às informações sobre os tratamentos a serem aplicados, estes serão nulos por força do art. 8º, § 5º e do art. 9º, § 1º, LGPD, quando aquelas forem genéricas ou “[...] tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca”, o que exige uma cláusula específica, expressa e destacada -- art. 46, CDC; sob a sanção de não obrigar o consumidor -- com uma descrição precisa das possíveis cessões onerosas a terceiros desses dados pessoais, conceito este que alcança, por interpretação extensiva, também as informações deles extraídas, como já visto.

Além disso, a boa fé objetiva é exigida dos contratantes tanto na celebração e execução do contrato como na sua fase preparatória (art. 422, CC/2002), de modo que é indispensável transparência sobre o valor econômico do dado pessoal não sensível do titular, cujo dever tem de ser observado pela parte que propõe um contrato de adesão (MARTINS-COSTA, 2000).

O consumidor, que é o inequívoco titular de seus dados pessoais (art. 43, CDC) tem direito à informação sobre os tratamentos, de acesso a esses dados, de correção e de cancelamento justificado (DONEDA, 2019, p. 265-266). E o titular, que é consumidor utente (art. 29, CDC), quando é usuário de um aplicativo, ainda que “sem custos” ou mesmo alguém fora dessa relação jurídica (filhos, parentes, amigos etc.), mas que efetivamente usa tal app (PINHEIRO, 2000); que é legalmente equiparado a consumidor por força de lei (art. 18, § 8º combinado com art. 45, LGPD) para fins de representação junto aos PROCON’s; ou que é consumidor, não por equiparação, mas porque paga por esse serviço com o valor de seus dados pessoais cuja transferência e tratamento ele consente (*trade-off*), tem para sua defesa todos os direitos elencados na CF/1988 e no

CDC.

Mas o fato da prática empresarial massiva impor aos titulares/consumidores exclusivamente a opção pela cessão de direitos resilível gratuita, pela padronização dos seus contratos de adesão abusivos, não significa que outra possibilidade esteja alijada do ordenamento jurídico pátrio; questão que será enfrentada no tópico seguinte.

Muito antes, pelo contrário, se essa onerosidade estiver contemplada pelo Ordenamento Jurídico nacional o que tem de ser alijado da prática empresarial massiva é essa sua conduta desviante e abusiva do seu direito de tratar e de explorar dados pessoais, se é que a mesma lacuna na LGPD também se resolva no sentido da liberdade dos controladores e operadores para vender esses direitos privados sobre dados pessoais não sensíveis; questão que também será enfrentada no último e subsequente tópico deste artigo.

#### **4.1.1. CESSÃO ONEROSA RESILÍVEL DOS DADOS PESSOAIS NÃO SENSÍVEIS PELO TITULAR (HIPOSSUFICIENTE)**

a) prós e contras da comercialização dos dados pessoais pelo seu titular

Junto com o fenômeno global da reificação dos dados pessoais surgiram debates acerca da necessidade ou não da imposição de limites legais ao comércio, pelo titular, dos próprios dados pessoais.

Muito embora a propriedade não se mostre um ponto de partida adequado para determinação da natureza do direito aos dados pessoais no Brasil (MAIA, 2020), importante comparar as opções de privatização ou de publicização abordadas em outros países, como os EUA, em que pese sua opção pela tutela dos dados pessoais via o instituto da propriedade.

Nesse contexto, em décadas passadas, Paul Schwartz (2004) sintetizou os principais argumentos contra e a favor da citada imposição legal, bem como aqueles envolvendo a comercialização desses dados em si nos EUA.

Os argumentos giravam em torno da chamada proteção da privacidade da informação, voltada para o uso, a transferência e o processamento dos dados pessoais. A oposição ao comércio de dados pelo próprio titular deu-se: a) sob a alegação de mau

funcionamento dos mercados de privacidade, supondo-se, da mera negociação de dados pessoais, a corrosão/erosão dos níveis de privacidade do seu titular; b) diante de uma visão de privacidade das informações como bem público, ventilando-se a possibilidade de negligência de valores sociais significativos que a privacidade das informações deve alcançar; c) encarando-os como propriedade, vislumbrando-se uma impossibilidade de imposição de restrições à negociação pessoal dos próprios dados (SCHWARTZ, 2004).

Para uma possível correlação negativa entre a propriedade das informações pessoais e o seu nível de privacidade (Cohen *apud* SCHWARTZ, 2004, p. 2077), apresenta como solução a existência de uma legislação estruturante da forma da propriedade de informações pessoais, com aposta nas agências governamentais de fiscalização -- como a ANPD brasileira, a quem compete, dentre outras atribuições, zelar pela proteção dos dados pessoais e fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado irregularmente, tudo nos termos da legislação, sendo que a LGPD é lacunosa quanto ao comércio de dados de forma onerosa pelo seu titular.

No caso brasileiro, ao que se afigura, o legislador, na LGPD, que traz em sua epígrafe a insígnia da proteção de dados, optou por ocupar-se da regulamentação da forma de exploração dos dados do titular hipossuficiente, dando primazia aos interesses do tratador/operador hipersuficiente.

Enquanto isso, décadas depois da discriminação dos preços de privacidade apontada por Schwartz (2004, p. 2077) com o estabelecimento de distinções realizadas pelas empresas de processamento de dados baseadas nas preferências dos titulares acerca do uso de seus dados pessoais, no Brasil o titular dos dados pessoais permanece no que esse autor intitulou de escolha binária do tudo ou nada no que tange à proibição ou à permissão da coleta de seus dados pessoais. Isso porque ao baixar um aplicativo, por exemplo, o titular/consumidor, mesmo com a sensação de que seus dados estão sendo coletados, não possui a dimensão da negociação (que pode envolver a coleta, o tratamento e o compartilhamento, inclusive oneroso, de seus dados) por trás de uma autorização fornecida através de uma rápida “escolha” do tudo ou nada exposta em um amontoado de palavras

calculadamente formatadas, em tamanho diminuto: aceita ou não aceita, concorda ou discorda, em que a negativa inviabiliza o uso do aplicativo como um todo; estando reservado, ainda, ao titular do aplicativo alterar superveniente e unilateralmente a sua política de privacidade a qualquer tempo, ficando a cargo do consumidor/titular dos dados verificar essas alterações, igualmente postas de forma diminuta (a exemplo das novas condições do *whatsApp*).

Nessa assimetria de vigência do *one way mirror*, onde governos e *players* econômicos tudo sabem dos cidadãos, ao passo que estes nada sabem daqueles (Pasquele *apud* FRAZÃO, 2020, p. 109), reforça-se a vulnerabilidade do consumidor/titular que, em última análise, desemboca no subinvestimento em tecnologia e serviços que aprimorem a expressão de preferências de privacidade, apontado por Schwartz (2004, p. 2079), ao verificar estar já o mercado da época mais eficaz no fornecimento de tecnologias que invadem a privacidade do que das que aumentam a privacidade, fenômeno que aparece estampado nos dias de hoje.

Atualmente, as empresas massivamente não oferecem bens, produtos ou dinheiro pelos dados pessoais, mas valem-se da racionalidade limitada (Craswell *apud* SCHWARTZ, 2004, p. 2081) apresentada pelos consumidores/titulares -- uma inércia geral aos termos padrão de privacidade que comprometem a livre escolha e a manifestação livre e informada e leva-os à aceitação, em um clique, num átimo, dos termos impostos -- e da cortina de fumaça (SCHWARTZ, 2004, p. 2080) que criam no espectro da escolha binária do tudo ou nada para dificultar a compreensão sobre a coleta e uso dos dados, enquanto capturam dados pessoais que serão negociados onerosamente pelos agentes de tratamento sem que o titular do dado tenha efetiva consciência da dimensão do valor financeiro dado ao dado que de graça deu.

O apontado desequilíbrio na relação jurídica entre um titular/consumidor vulnerável e os agentes de tratamento dos dados pessoais evidencia o poder destes sobre a esfera de privacidade daquele, além de serem os que lucram de fato com o fenômeno da reificação dos dados.

Não há como deixar de perceber a contradição gerada pelo apreço à preservação abstrata de uma privacidade que, como apontado, nem se realiza e que, ao final, coloca em situação de ainda maior vulnerabilidade justamente aquele em nome de quem ela foi inicialmente ventilada: o titular (hipossuficiente) dos próprios dados pessoais, o que equivaleria, a título de comparação, a uma defesa absoluta do consumidor proibindo-lhe de consumir.

A perspectiva de bem público quanto à privacidade das informações, apresentada como oposta ao e-commerce, à comercialização, dos dados pessoais por seu titular, encontra-se inserta na concepção da privacidade como um bem social, “[...] necessária tanto para a ‘autodeterminação’ individual quanto para a ‘deliberação democrática’” (SCHWARTZ, 2004, p. 2087) (tradução livre). Isso, por si só, não impede a comercialização dos dados por seu titular. A ideia de que o direito de um termina quando o do outro começa aplica-se na medida em que os atos de livre arbítrio do titular dos dados pessoais quanto à comercialização destes encerra-se no caso de prejuízo ao bem comum. E essa ideia reforça a necessidade do manejo de regras sólidas que envolvem as interações sociais, num balanço de restrições e disponibilidades que impedirão a degradação do bem público comum da privacidade.

Por fim, o ceticismo em relação à inalienabilidade (como restrição ao direito de limitação da transferência, propriedade e uso dos dados pessoais após a alienação), considerada um aspecto inevitável da propriedade nos EUA, foi posto como argumento último contra o comércio de dados pessoais por seu titular, com foco na utilização secundária dos dados pessoais. Em outras palavras, a preocupação centrou-se na contingência de comercialização onerosa dos dados pessoais para pessoa e propósito determinado sem a possibilidade de limitação de transferência desses dados a terceiros ou uso para outros fins.

Como dito, Schwartz (2004) centrou-se na propriedade, enquanto no direito brasileiro melhor ajusta-se aos direito sobre os dados pessoais um Direito Obrigacional com algumas características de Direito Real (MAIA, 2020). Entretanto, seus argumentos

são de importante valia, nesse item específico, diante da aproximação com os direitos autorais, para refutar o axioma da exclusividade: sendo a propriedade intelectual uma ilustração de como a propriedade transmite menos do que o domínio único e despótico sobre algo (Samuelson *apud* SCHWARTZ, 2004, p. 2091), no campo dos direitos autorais, moderno como o da reificação dos dados, constitui premissa a existência de vários interesses divisíveis em uma determinada parte da propriedade intelectual subjacente, o que demonstra a plausibilidade da restrição, pelo titular dos dados pessoais, no uso ou na transferência de seus dados pessoais, onerosa ou gratuitamente coletados.

Inclusive, é essa restrição à alienabilidade -- possibilidade de limitações aos dados pessoais fornecidos em relação à transferência e fins de utilização -- um dos pontos que garante, em maior amplitude, o exercício do direito de privacidade.

Sobre esse ponto, merece destaque o poder controle de dados pelo cidadão europeu resguardo pelo *GDPR*, que abarca, dentre outros, as finalidades para as quais os seus dados pessoais serão utilizados e o direito de retirada do consentimento a qualquer tempo; modelo este seguido pela *LGPD* não só pela construção legislativa e proximidade substancial do regulamento e da lei, mas diante da pressão exercida pela União Europeia após a entrada em vigor do *GDPR*, em maio de 2018, que não reconhecia o Brasil como um Estado habilitado para a transferência internacional de dados, “[...] por não possuir os requisitos que exigem o consentimento dos usuários, a celebração de contratos e cláusulas-padrão e normas corporativas vinculantes ou acordos e tratados bilaterais” (GONÇALVES, 2019, p. 27).

Além disso, Schwartz (2004) alerta para o uso da crença na inalienabilidade apenas como instrumento de manutenção de políticas de retaguarda, usada em outros momentos históricos -- como na Inglaterra feudal, em que foi tentada, pela aristocracia tradicional, a manutenção dos impedimentos ao comércio de terras, que minaram o seu poder (Cohen *apud* SCHWARTZ, 2004, p. 2094) -- para fins essencialmente conservadores, na contramão de um fenômeno já estabelecido, a reificação dos dados.

Inclusive registra-se a associação histórica do nascimento da privacidade à

desagregação da sociedade feudal, com a burguesia exercendo aspectos da intimidade demonstrada até mesmo na criação de habitações separando o lugar em que se vive do local de trabalho (RODOTÀ, 2008, p. 26); e o uso, na atualidade, do termo direitos humanos para a proteção de dados pessoais em um âmbito mais global, enquanto política pública (GONÇALVES, 2019, p. 13).

b) um conjunto determinante de circunstâncias fáticas e jurídicas para uma ponderação que resolva a colisão de princípios em relação ao *e-commerce* dos dados pessoais pelo seu titular

Primeiro é preciso identificar um conjunto de princípios em tensão, associando cada um deles a um dos lados da colisão: ou pela proibição (princípios pares na tabela 1) da cessão onerosa dos dados pessoais pelo seu titular; ou pela sua permissão (ímpares na tabela 1).

A tabela 1 a seguir, partindo de uma busca dos princípios constitucionais ou legais expressos ou implícitos pertinentes à questão, identifica cada um deles e aponta a respectiva fonte normativa, que, quando não indicada, é a CF/1988. A revisão da literatura e de julgados do STF (ADI n. 6389 MC-REF/DF) também serviu de baliza para delinear esse quadro.

NGE (permissão <i>e-commerce</i> p/o titular)				NGI (proibição <i>e-commerce</i> p/o titular)			
N	Princípio	Explícito	Fonte	N	Princípio	Explícito	Fonte
1	Liberdade indiv.	sim	5º, caput	2	Privacidade	sim	5º, X
3	Função social do contrato	sim	421 CC	4	Livre desenvolv. da personalidade	sim	5º, XII e 2º, VII LGPD
5	Boa-fé objetiva	sim	422 CC	6	Intimidade	sim	5º, X
7	Tutela do hipossuficiente	sim	5º, caput e XXXII	8	Sigilo dos dados	sim	5º, XII
9	da informação	sim	5º, XIV	10	<i>Subst. d.p.of law</i>	sim	5º, LIV

11	Defesa do consumidor	sim	5º, XXXII e 170, V	12	Autodeterminação não informativa	sim	2º, II, LGPD
13	Desenvolvimento econômico e tecnológico e inovação	sim	2º, V, LGPD	14	Direitos humanos, dignidade e cidadania	sim	2º, VII, LGPD

**Tabela 1 - Lacuna como colisão de princípios explícitos pertinentes e antagônicos**

A alocação de cada princípio identificado em um ou outro polo da tensão, pela permissão (numeração ímpar) ou pela proibição (numeração par), seguiu um critério de exacerbação ideal, ou seja, conjecturando, numa situação limite, a aplicação apenas daquele princípio isoladamente, na sua máxima medida possível, a que resultado preponderante levaria a solução da questão lacunosa posta na forma de uma antinomia principiológica.

Por exemplo, se tomado em consideração apenas o princípio da liberdade do indivíduo, então a questão da antinomia LGE (permissão) x LGI (proibição) resultaria na prevalência da permissão, pois se não proibido expressamente (lacuna) é razoável presumir em prol da liberdade do titular (pessoa física) para comercializar seus dados pessoais não sensíveis, ou seja, a aceitação da premissa de que o conjunto das escolhas individuais resultaria em melhor opção para toda a comunidade de titulares e de agentes de tratamento.

Por sua vez, se tomado em consideração apenas o princípio da privacidade do indivíduo, então a questão da antinomia LGE (permissão) x LGI (proibição) resultaria na prevalência da proibição, pois a circulação mercantil de seus dados pessoais colocaria em risco seu direito fundamental à privacidade, seu direito de estar só, de não ser exposto, uma vez que há risco de vazamento dos dados cedidos, de um tratamento discriminatório aplicado pelos agentes de tratamento com ou sem autorização do titular etc., ou seja, alcançar-se-ia a máxima proteção da privacidade privando o titular de qualquer alienação de seus dados pessoais.

E assim prosseguiu-se com cada um dos 14 princípios pertinentes identificados, número elevado esperado em razão do alargado suporte fático de cada um deles (SILVA, 2010). Não sem deparar com algumas dificuldades, como, por exemplo, a alocação do

princípio da função social do contrato, uma vez que destinado a impor limitações ao direito de contratar e, assim, seria antagônico ou polarizante com o princípio da liberdade e convergente com o princípio da privacidade. Todavia, como se trata da análise em relação ao titular dos dados pessoais, essa mesma imposição de limitações contratuais pode ser vista como dirigida contra os agentes de tratamento (hipersuficientes) e para defesa do titular (hipossuficiente), coadunando com os princípios da tutela do hipossuficiente e da defesa do consumidor, que concorrem para a liberdade de cessão onerosa de dados pessoais não sensíveis.

Essa tabela 1 ilustra o grau de complexidade da colisão que se busca enfrentar, pois para analisar cada tensão resultante da oposição de cada um dos sete princípios ímpares com cada um dos outros sete princípios pares resultaria num total de 49 pares de combinações, sendo que, para cada uma delas poder-se-ia analisar as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008), totalizando 147 análises, sem contar o registro das diversas circunstâncias determinantes de cada combinação e sua preponderação para cada qual lado da tensão. Ao final, ter-se-ia que fazer um cômputo geral das preponderâncias parciais e verificar qual dos dois polos prevaleceria e qual seria fletido, mas, ainda assim, buscando uma solução em que os princípios não prevalentes fossem aplicados na maior medida possível e sem ferir seus conteúdos mínimos.

Mas uma solução assim tão complexa e more geométrico não é garantia de adequada aplicação da ponderação como técnica eficaz para solução de uma colisão de muitos e variados princípios em jogo.

Uma análise sistemática de todo o conjunto de princípios (pares e ímpares) simultaneamente mostra-se mais indicada, uma vez que na análise pontual de qualquer deles, nenhum dos demais, seja para apoiá-lo ou complementá-lo, seja para superá-lo ou afastá-lo, deixará de ser considerado, de modo que a delimitação de um conjunto de circunstâncias determinantes da prevalência de um dos dois polos seja feita tendo em vista todo o conjunto principiológico identificado como pertinente e adequadamente alocado em

cada polo da tensão.

Assim, como preconizado pelo art. 93, IX, CF/1988, que ganhou maior concretude pelo art. 489, § 2º, NCPC -- “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” -- passa-se à verificação das máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008; SARMENTO, 2001) diante do caso concreto da lacuna própria já identificada e contextualizada dentro do ordenamento jurídico pátrio, notadamente diante das disposições normativas da CF/1988 e da LGPD.

Há pelo menos dois meios, igualmente válidos, de solução, como já visto:  $m_1$  - pela admissão tanto da gratuidade como também da cessão onerosa de direitos sobre os dados pessoais pelo titular; e  $m_2$  - pela admissão somente da gratuidade da cessão de direitos sobre os dados pessoais pelo titular.

Ambos,  $m_1$  e  $m_2$  mostram-se meios adequados para a solução do problema no vigente ordenamento jurídico brasileiro, pois  $m_1$  coaduna em ampla medida e realiza a aplicação dos princípios de ordem ímpar listados na tabela 1 (garantia da liberdade individual e seus princípios correlatos); enquanto  $m_2$  coaduna em ampla medida e realiza a aplicação dos princípios de ordem par (garantia da privacidade e seus princípios correlatos).

Mas só essa constatação inicial da adequação dos dois meios em tensão não basta para a aferição da proporcionalidade e razoabilidade em sentido amplo, pois é preciso verificar a necessidade de escolha, dentre os meios adequados, daquele que se mostre mais eficiente para a realização de um dos polos da colisão e, ao mesmo tempo, menos gravoso possível para o outro polo (SILVA, 2010), ou seja, que permita a aplicação dos princípios fletidos na maior medida possível e de modo que o conteúdo essencial deles não seja atingido (SILVA, 2010; SARMENTO, 2001), sob pena de um meio inicialmente adequado deixar de ser escolhido porque não se mostra necessário.

No presente caso é possível mostrar que o grau de interferência de  $m_2$  sobre os

princípios de ordem ímpar é maior que o grau de interferência de  $m_1$  sobre os princípios de ordem par.

Isso porque a disponibilidade gratuita dos dados pessoais não sensíveis do titular afeta os princípios da privacidade e seus correlatos na mesma medida que a disponibilidade onerosa dos mesmos dados, pois uma vez operada uma cessão de direitos do uso desses dados para os agentes de tratamento os riscos de vazamento, de exposição ou de tratamento discriminatório serão os mesmos, independentemente dessa cessão ter sido gratuita ou onerosa, mas como decorrência do acesso em si a esses dados pessoais não sensíveis para seu tratamento e das futuras e diversificadas vendas das informações deles extraídas.

Enquanto que a cessão onerosa dos dados pessoais não sensíveis do titular afeta os princípios da liberdade e seus correlatos em menor extensão que sua cessão gratuita, pois há um *topoi* segundo o qual se alguém é livre para o menos então também deve ser considerada livre para o mais. Se ela pode “doar” seus dados pessoais não sensíveis para os controladores e operadores, sem nenhuma contrapartida a seu favor, dispondo deles sem receber qualquer contraprestação, então pode “alienar” esses mesmos dados, mediante uma contraprestação.

Mesmo porque os próprios agentes de tratamento (controladores e operadores), com sua prática de *trade-off*, reconhecem na sua prática empresarial a circunstância fática de que os dados pessoais são dotados de valor econômico. Constituem-se na matéria-prima de que eles mineram informações, num processo de agregação de valor financeiro para posterior comercialização desse produto imaterial *machine*-faturado e com sua margem lucro garantida -- o que Rodotà (2008, p. 46) aponta como uso secundário das informações.

Além disso, se se admitisse apenas a cessão gratuita da cessão de direitos sobre os dados pessoais então estar-se-ia colocando o Direito a favor de um enriquecimento sem causa dos agentes de tratamento, o que contraria um dos seus princípios gerais de direito positivo expresso (art. 884, CC/2002).

Um titular que pode ceder seus dados onerosamente encontrar-se-á mais tutelado que aquele que pode cedê-los, mas apenas gratuitamente, pois contará com mais um

instrumento que lhe confere poder para controlar os controladores; além do poder de controle pela resilição por revogação a qualquer tempo da cessão que tenha efetivado, que impõe restrições/limites à transferência dos dados e aos fins dos tratamentos, em prol dos direitos existenciais; bem como o dever de registro e de publicidade (MAIA, 2013, p. 204-205) dessa resiliabilidade a qualquer momento por parte dos controladores e operadores, numa solução sistêmica para garantir-lhe eficácia contra a cadeia de todos eles.

Essa solução também coaduna e reforça sua proteção na condição de consumidor utente dos aplicativos que lhes são oferecidos “gratuitamente”, segundo as escolhas do tudo ou nada impostas em contratos de adesão abusivos, em troca (*trade-off*) da captura sub-reptícia e graciosa de seus dados pessoais.

Por essas razões que o meio  $m_1$  torna-se, além de adequado, necessário, pois interfere em menor medida no conjunto de princípios pares que o meio  $m_2$  no conjunto de princípios ímpares; bem como promove com maior eficiência o conjunto de princípios ímpares que o meio  $m_2$  o conjunto de princípios pares.

Além disso, por aferição em cada contrato concreto, será preciso aquilatar se os tratamentos, que tem de ser previamente anunciados pelos controladores ou operadores, não são abusivos, discriminatórios, irregulares ou, de algum modo, interferem no conteúdo mínimo de cada um dos sete princípios pares, caso em que referidos contratos devem ser declarados nulos de pleno direito, porque inconstitucionais e ilegais.

Por exemplo, quando um titular cede onerosamente seu direito aos dados pessoais a um agente de tratamento que irá discriminar esses dados segundo o sexo, a cor e a altura dos indivíduos, para fins de seleção de uma lista de candidatos a emprego numa determinada empresa cuja política de contratação fere frontalmente o conteúdo essencial de direitos fundamentais da CF/1988: ao preferir, por exemplo, os homens brancos e altos.

Há, ainda, a viabilidade do exercício do direito de acesso do titular como instrumento de proteção de dados (LGPD, arts. 6º, IV e 18, II), caso em que, para além do direito à informação e o reconhecimento dos dados pessoais coletados, torna-se possível tanto a promoção efetiva de outros poderes (como a correção a integração ou a eliminação

de dados) quanto o exercício efetivo de um controle social difuso (LGPD, art. 22), contexto que, para Rodotà (2008, p. 60, 66 e 72), enriquece a política de proteção de dados; o que reforça os argumentos aqui expostos no que tange à proteção a ser conferida ao titular/consumidor hipossuficiente.

Resta, por fim, a análise da proporcionalidade em sentido estrito da colisão em foco (SARMENTO, 2001), para delimitação de um conjunto de circunstâncias fáticas e jurídicas determinantes da ponderação (ALEXY, 2008; SILVA, 2010). Passa-se, assim, a enumerar cada uma dessas condições fáticas e jurídicas que, no presente caso, apontam para a preponderância dos princípios ímpares (liberdade e correlatos) em face dos princípios pares (privacidade e correlatos), resumidas no quadro a seguir:

N	Circunstância	Fática	Jurídica
1	Reserva de lei em sentido estrito para retirar um bem, ainda que um “produto” virtual, um objeto de uma relação jurídica obrigacional, do comércio (PONTES DE MIRANDA, 1970)	não	sim
2	Controle pelo prévio consentimento informado do titular como condição de validade do tratamento a ser aplicado e das informações extraídas dos seus dados pessoais	não	sim
3	Possibilidade do titular lesado peticionar junto à ANPD, que tem competência para submeter o agente de tratamento à correção de distorções, abusos e ilegalidades, o que garante o conteúdo essencial do devido processo legal substantivo.	não	sim
4	Tratamento válido só se estritamente dentro dos fins previamente declarados e sem ofensa ao conteúdo essencial dos princípios pares e sob controle do titular através do seu consentimento	não	sim
5	Preferência pela anonimização dos dados pessoais no caso de estudos por órgãos de pesquisa e como forma de conferir maior abrangência ao princípio da privacidade sempre que a informação assim puder ser repassada, sem perda de valor	sim	sim
6	O reconhecimento do valor econômico do dado pessoal pelo fato do <i>trade-off</i> , uma prática empresarial globalmente reiterada	sim	não
7	Possibilidade dos titulares associarem-se para negociarem seus dados pessoais em bloco, com considerável adição de poder de controle sobre esses seus dados pessoais em negociações coletivas diante de controladores e operadores	sim	sim

8	Poder de controle sobre os controladores pela rescisão pela revogação do consentimento para cessão de dados pessoais pelo titular a qualquer tempo, com efeitos imediatos para os cessionários originários e toda a cadeia de cessões de dados ou informações que lhes seguirem (assegurados os tratamentos válidos já realizados).	não	sim
9	Direito de invocar a portabilidade (arts. 18, V e 40, LGPD) de seus dados pessoais não sensíveis de um para outro agente de tratamento e a aplicabilidade do microsistema de defesa do consumidor ao titular concorrerão para a formação de um regime concorrencial (cf. em sentido contrário FRAZÃO, 2020) entre os controladores e operadores em evidente benefício para a proteção da parte hipossuficiente (titulares) e a valoração econômica dos dados pessoais sob novas dimensões e que implementem tecnologias que incrementem a tutela do direito à privacidade.	sim	sim
10	O art. 286, CC/2002, prevê uma regra geral da permissão da cessão de um crédito, salvo exceções oriundas da natureza da obrigação (ex. as decorrentes dos direitos da personalidade) ou da reserva de lei em sentido estrito para proibir essa possibilidade (que não existe no ordenamento pátrio). E o art. 295, CC/2002, expressamente prevê a possibilidade de cessão onerosa de direitos obrigacionais (de créditos). Para esse fim, podem ser subsidiariamente aplicados à LGPD.	não	sim

**Tabela 2 - conjunto de circunstâncias determinantes da ponderação**

Importante registrar que esse poder de controle outorgado ao titular (rescisão) dos dados pessoais em face do poder outorgado aos agentes de tratamento deve ser garantido pelo dever desses controladores e tratadores de registrar e manter atualizada toda a sua cadeia de cessão, um metadado a ser obrigatoriamente inserido em suas bases de dado, como um modo de conferir sua publicidade (MAIA, 2013, p. 204-205) tanto perante o titular quanto os terceiros integrantes dessa cadeia, imprimindo maior segurança a suas transações comerciais.

Importante registrar, embora além do escopo deste artigo, as intercorrências quanto à forma, aos meios de prova, aos efeitos e à eficácia a que se submete uma cessão de crédito: i) a primeira parte do art. 221, CC/2002, não se aplica subsidiariamente quanto ao consentimento válido do titular dos dados pessoais previsto na LGPD, pois os seus direitos (arts. 17, 18 e 20, LGPD), bem como as obrigações dos agentes de tratamento (art. 6º, 7º, § 6º, 21, 42, caput e § 1º, I, 47, 50, 60, LGPD) decorrem da lei (são *ex lege*); ii) qualquer outra obrigação a ser voluntariamente criada entre essas partes tem de submeter-se ao

regime do CDC, com aplicação subsidiária do CC/2002; iii) se tratar-se de instituição de obrigação para o titular, então só será válida se o instrumento particular contar com sua assinatura (primeira parte do art. 221, CC/2002), inclusive eletrônica (art. 1º, § 2º, III, 'a', Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006); iv) com relação aos agentes de tratamento, em razão da tutela da aparência e por produzirem unilateralmente os contratos de adesão massificados, será válida qualquer obrigação extra legal que assumirem nesses instrumentos; v) a segunda parte do art. 221, CC/2002, implica que os efeitos perante terceiros (MAIA, 2013) advindos da publicidade pelo registro público (de títulos e documentos) só se aplica, subsidiariamente, àqueles que não integrem, nem venham integrar, a cadeia de cessão resilível de dados pessoais e informações que se formou pelas sucessivas cessões a partir da cessão resilível original entre titular e controlador/operador etc.

Diante do apontado conjunto de circunstâncias determinantes da proporcionalidade em sentido estrito, que fundamenta constitucionalmente e legalmente a preponderância do conjunto de princípios ímpares (liberdade) sobre o conjunto de princípios pares (privacidade) e da verificação de que o meio  $m_1$  mostrar-se adequado e necessário em relação ao meio  $m_2$  que se pode concluir pela admissão tanto da gratuidade como também da cessão onerosa de direitos obrigacionais sobre os dados pessoais não sensíveis pelo titular como solução mais adequada para uma integração neoconstitucional da lacuna própria identificada no vigente microsistema da Proteção de Dados Pessoais no Brasil.

#### **4.1.2. CESSÃO ONEROSA RESILÍVEL A TERCEIROS DOS DADOS PESSOAIS NÃO SENSÍVEIS E SUA INFORMAÇÃO PELOS AGENTES DE TRATAMENTO (CONTROLADORES E OPERADPRES - HIPERSUFICIENTES)**

Os prós e contras da venda dos dados pessoais pelos agentes de tratamento (controlador ou operador) são os mesmos já enumerados por Schwartz (2004), pois ajustam-se aos dois polos da situação jurídica em foco, uma vez que travadas num mesmo contexto sócio-jurídico.

Contudo não se pode descurar, nesse contexto, de uma necessária ampliação do

empoderamento do titular, dada sua inexorável condição de vulnerabilidade diante dos agentes de tratamento, não comportando mais o momento presente tratá-lo como um mero “fornecedor de dados”, cabendo a ele o poder de controle sobre os seus próprios dados (RODOTÁ, 2008, p. 36) cedidos gratuita ou onerosamente, coletados ou já tratados.

a) um conjunto determinante de circunstâncias fáticas e jurídicas para realizar uma ponderação e resolver a colisão de princípios em relação ao *e-commerce* dos dados pessoais e das informações pelos agentes de tratamento (controlador ou operador).

Toca agora completar o raciocínio apropriado no marco teórico deste artigo aos casos de cessão onerosa superveniente à cessão original de direitos do titular sobre seus dados pessoais, desta feita operada pela comercialização deles e de suas informações pelos controladores e pelos operadores (pelos agentes de tratamento). Da mesma forma, identificam-se os seguintes princípios pertinentes em jogo no quadro a seguir.

NGE (permissão <i>e-commerce</i> p/os agentes)				NGI (proibição <i>e-commerce</i> p/os agentes)			
N	Princípio	Explícito	Fonte	N	Princípio	Explícito	Fonte
1	Livre iniciativa e livre concorrência	sim	170, <i>caput</i> e IV	2	Privacidade	sim	5º, X
3	-	-	-	4	Livre desenvolvimento da personalidade e Função social do contrato	sim	5º, XII e 2º, VII LGPD 421 CC
5	Boa-fé objetiva	sim	422 CC	6	Intimidade	sim	5º, X
7	Tutela do hipossuficiente	sim	5º, <i>caput</i> e XXXII	8	Sigilo dos dados	sim	5º, XII
9	Da informação	sim	5º, XIV	10	<i>Subst. d.p.of law</i>	sim	5º, LIV
11	Defesa do consumidor	sim	5º, XXXII e 170, V	12	Autodeterminação informativa	sim	2º, II, LGPD
13	Desenvolvimento econômico e	sim	2º, V, LGPD	14	Direitos humanos, dignidade e cidadania	sim	2º, VII, LGPD

	tecnológico e inovação						
--	------------------------	--	--	--	--	--	--

**Tabela 3 - Lacuna como colisão de princípios explícitos pertinentes e antagônicos**

Como se vê ele é praticamente o mesmo ilustrado na tabela 1, para o titular, com exceção de uma adaptação do princípio da liberdade individual daquela aqui mais especificado como a liberdade para livre iniciativa e livre concorrência, voltada para as pessoas físicas ou jurídicas com atuação na ordem econômica e a finalidade lucrativa de suas atividades lícitas.

Note-se outra exceção quanto o princípio da função social do contrato, na mesma condição de modulador dessa liberdade de iniciativa e de concorrência, que foi agora transposto para o conjunto de princípios pares (privacidade e seus correlatos), pois opera como limitador dessa liberdade, ou seja, contra os direitos dos agentes de tratamento e em prol de direitos existenciais do titular dos dados pessoais.

No mais, o balanceamento será realizado tomando-se o mesmo conjunto de princípios pares e ímpares considerados pertinentes para a análise da lacuna própria em face do titular. Não podia mesmo ser diferente, uma vez que titular e agentes de tratamento ocupam os dois polos da mesma relação jurídica de direito obrigacional que toma os dados pessoais não sensíveis por objeto, ou seja, num contexto muito aproximado de pertinência e correlação dos normas válidas aplicáveis a essa situação jurídica.

De modo que a análise já feita no subitem anterior (cf. tabelas 1 e 2) adequa-se perfeitamente à situação jurídica dos agentes de tratamento, com alguns acréscimos peculiares que se passa a tratar.

Os agentes de tratamento, uma vez contando com o consentimento válido, portanto regularmente esclarecido, dos titulares, ficam autorizados a aplicar nos respectivos dados pessoais os tratamentos assim consentidos, ou seja, dentro dos limites aprovados, sem excessos, sem desvios de finalidade, sem abusos ou outras ilicitudes, como discriminações que ferem o conteúdo essencial dos direitos da personalidade desses titulares.

Quando na regular condição de cessionários originais desse direito obrigacional,

além de autorizados a aplicar os tratamentos regulares (autorizados e lícitos), poderão extrair informações pela aplicação de algoritmos para composição de metadados, *profiling*, relatórios de *BI - Business Intelligence* etc., cujo alto valor econômico é reconhecido pelo mercado, notadamente em razão de seus usos para marketing customizado ao perfil dos potenciais consumidores, agora ainda mais vulnerabilizados diante de IA's -- Inteligências Artificiais bem treinadas para conhecer os recônditos de nossas emoções e preferências; ou mesmo marketing político direcionado e individualizado, com suas interferência sobre o exercício da cidadania e seus notórios riscos para a democracia (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018) pelo negócio de influenciar consciências ou moldar a mente humana (FRAZÃO, 2019).

E esses agentes de tratamento, então, detentores desse objeto intangível de valor tangível, participam de cessões onerosas desse dado pessoal remanufaturado com fim de lucro, numa típica atividade empresarial.

Contudo, uma marca inconspícua desse novo produto intangível virtual é que ambula com ele, por onde quer que ele navegue ou seja armazenado, a possibilidade de rescisão, via revogação *ad nutum* e a qualquer tempo do anterior consentimento pelo seu titular (art. 8º, § 5º, LGPD), obrigando, com efeito *erga omnes*, desde então (*ex tunc*) -- o que resguarda os tratamentos válidos até então operados --, todas as demais pessoas (terceiros cessionários) integrantes da cadeia de sucessivas cessões onerosas desse dado pessoal bruto ou mesmo remanufaturado desde sua cessão originária, a não mais utilizar nem valer-se desse dado pessoal não sensível, como se fora um “endosso” resilível *ad nutum* aposto pelo titular nesse “título” (cessão onerosa) dotado de ampla circulação mercantil.

Daí exsurge para os agentes de tratamento seu dever de publicidade -- esta considerada por Maia (2013, p. 204-205) como requisito para sua oponibilidade perante terceiros --, consubstanciado no registro, como um metadado dos dados pessoais, e sua permanente custódia e atualização de toda essa cadeia de cessões de direito, disponibilizando-a aos titulares assim que cada cessão derivada operar-se.

Ou seja, alcançam terceiros que não fizeram parte da relação jurídica obrigacional original, não se lhes aplicando o brocado jurídico: *res inter alios acta, allis nec prodest nec nocet* (os atos dos contratantes não aproveitam nem prejudicam a terceiros).

Alguns dirão que isso poderia ferir o conteúdo essencial do princípio da segurança jurídica, que opera em prol da estabilização das relações jurídicas; todavia, essa foi a opção legal da LGPD para conferir poder de controle sobre seus direitos fundamentais da personalidade por parte do titular-controlado (hipossuficiente) em face dos seus controladores, os agentes de tratamento (hipersuficientes), além de pôr a salvo tratamentos lícitos já realizados, de modo que essa limitação ao princípio da segurança jurídica mostra-se razoável e proporcional, porque em prestígio ao princípio da igualdade e ao princípio da tutela do hipossuficiente (NOVAIS, 2000).

Para garantir a aplicação, na maior medida possível, do princípio da segurança, assim fletido, a LGPD trata de excepcionar e resguardar algumas hipóteses:

i) ficam “[...] ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação [...]” (art. 8º, § 5º, segunda parte);

ii) impede o término de um tratamento quando “resguardado o interesse público”, posto em contraponto ao interesse privado do titular resiliente.

O que se espera é que os agentes de tratamento (controladores e operadores) não se descurem do cumprimento diuturno de sua plêiade de obrigações com *thelos* social: dever de transparência, de boa-fé objetiva, de informação, de formatar contratos de adesão em massa que não violem direitos da personalidade dos titulares, que não promovam tratamentos não autorizados, abusivos ou ilícitos, que respeitem o microsistema de defesa do consumidor, que submetam-se às fiscalizações e decisões da ANPD, que respeitem a livre concorrência entre eles, que invistam em tecnologias que promovam incrementalmente a proteção da privacidade e o empoderamento dos titulares etc., tudo isso como justa contrapartida ao direito de exploração econômica de dados pessoais e de informações que lhes foi outorgado por essa mesma sociedade, assim como se dá com o

direito de propriedade e o cumprimento de sua função social, muito embora não seja de propriedade que se trata esse direito sobre os dados pessoais não sensíveis no ordenamento jurídico brasileiro.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quanto à teoria apropriada nesta pesquisa é preciso acentuar que uma Lacuna é conceituada por Bobbio (1999) não pela simples ausência de uma norma que regule o caso tratado ( $L_0$ ), mas sim pelo diagnóstico de um conflito normativo qualificado, uma antinomia real das seguintes regras gerais contraditórias implícitas num dado sistema jurídico ( $L_1$ ): uma exclusiva e outra inclusiva ( $NGE \rightarrow\leftarrow NGI$ ), cuja solução pode ser tanto a favor de uma como de outra, variando de caso para caso, sem que, com isso, uma delas tenha sua aplicação excluída por derrogação imprópria, mas apenas afastada ou parcialmente fletida naquele caso concreto em que ela não prepondere, podendo operar-se o oposto em outro caso distinto.

Essa proeza teórica de Norberto Bobbio transforma um problema que classicamente é colocado como lacuna, pela carência de normas (anomia), em um problema de abundância (antinomia), de conflito entre duas normas contraditórias

*(NGE  $\rightarrow\leftarrow$  NGI*

*)*, do tipo total-total (pois ambas são gerais), o que já fora por ele conceituado e, na medida do possível, resolvido em capítulo anterior de sua Teoria do Ordenamento Jurídico (1999).

Uma tal espécie de antinomia admite soluções do tipo (Bobbio, 1999): i) tudo ou nada -- com a derrogação imprópria de uma delas ou mesmo das duas -- ii) ou harmonizadora -- com a manutenção de ambas, mas passando pela restrição de uma delas e a preponderância da outra em razão de um peculiar conjunto de condições determinantes fáticas e jurídicas do caso concreto que suscitou esse diagnóstico qualificado de lacuna.

Isso aproxima, senão identifica, esse critério de integração com a técnica de solução de colisão de princípios, notadamente os atrelados a direitos fundamentais (ex.: liberdade,

privacidade etc.), que são de matiz neoconstitucional, por meio da ponderação pela análise: i) da adequação, de um meio à efetividade de pelo menos um dos dois direitos fundamentais em tensão); ii) da necessidade, de escolha, dentre os vários meios adequados identificados, daquele que promova maior eficiência a um dos princípios em colisão e, ao mesmo tempo, aplicação, na maior medida possível, daquele outro princípio que não preponderou; iii) proporcionalidade em sentido estrito, pela descrição de um peculiar conjunto de condições determinantes fáticas e jurídicas observáveis no caso concreto e capazes de fundamentar constitucionalmente a preponderância de um princípio e a flexão do outro naquele caso, embora cuidando para que ambos sejam aplicados na maior medida possível e para o que não preponderar manter inviolado seu conteúdo essencial (ALEXY, 2008; SILVA, 2010).

Esse ônus argumentativo para uma precisa fundamentação constitucional preconiza a apresentação de requisitos que possibilitam a transformação de uma colisão, entre duas normas de suporte fático amplo, em uma norma de suporte fático restrito, cuja ação-tipo e âmbito subjetivo -- classes de pessoas -- sejam perfeitamente descritos pelo referido conjunto de condições determinantes fáticas e jurídicas e que servirá para a solução do caso concreto, ou seja, pela apresentação formalmente adequada de uma norma individual e concreta (NIC) que decida o caso concreto que suscitou a lacuna, a ser observada nos demais casos repetitivos (em prestígio ao princípio da isonomia) e que também servirá para balizar futuras soluções de casos análogos (autointegração).

Toda essa exigência de precisa fundamentação constitucional em caso de restrição a direito fundamental justifica-se pela índole constitucional dos direitos fundamentais; ademais, trata-se de metarregra hermenêutica válida, vigente e pertinente associada ao dispositivo normativo do art. 93, IX, CF/1988 e do art. 489, § 1º, NCPC, de observação obrigatória por todos os juízes e também pelos administradores nos processos administrativos, por força da regra no art. 15, também do NCPC, sempre que a decisão de um caso implicar numa colisão de princípios.

Curioso que a LGPD, que decorre do fenômeno global da reificação,

*commodification* ou *commodity* dos dados pessoais ou do produto imaterial do tratamento deles decorrentes, não contenha uma só palavra sobre as práticas costumeiras notáveis desse gigantesco fenômeno de circulação comercial.

Não se mostra, ao menos *a priori*, ser uma lei que buscou algum controle desse mercado minerado a céu aberto, notadamente para promover um efetivo combate às práticas abusivas da parte hipersuficiente (controladores e operadores) em detrimento da hipossuficiente (titular), que restou praticamente colocada na mesma condição objetal dos seus dados pessoais, ou seja, uma matéria-prima à deriva, tão disponível e acessível que a ela não se lhe atribuiu, ainda, qualquer valor econômico, em flagrante contraste com sua utilidade.

Não se pode dizer que os direitos e as obrigações dos controladores e dos operadores em relação aos dados pessoais em que eles regularmente aplicam seus tratamentos têm por objeto uma “coisa”, no sentido de um objeto de direito real, uma vez que o conceito de res apropriável, ainda que possa ser estendido a objetos imateriais (ex.: a obra, na propriedade autoral; marcas, patentes, modelos de utilidade e desenhos industriais, na propriedade industrial; a cultivar, em relação aos direitos do melhorista, inclusive a cultivar transgênica), é típico dos bens sujeitos à dominicalidade e, corroborando a posição de Maia (2020), o direito privado aos dados pessoais é da estirpe dos direitos patrimoniais (obrigacionais), sendo mais adequado enxergar esses dados como um objeto imaterial desta relação jurídica patrimonial ímpar, direta, imediata e absoluta com esse novel objeto virtual.

O fato notório da prática empresarial massiva impor aos titulares/consumidores exclusivamente a opção pela cessão de direitos resilível gratuita, pela padronização dos seus contratos de adesão abusivos, não significa que outra possibilidade esteja alijada do ordenamento jurídico pátrio.

Ao contrário, essa onerosidade encontra-se contemplada no vigente Ordenamento Jurídico nacional e o que tem de ser alijado da prática empresarial massiva é essa sua conduta desviante e abusiva do seu direito de capturar, de tratar e de explorar dados

peçoais.

Há um manifesto desequilíbrio na relação jurídica entre um titular/consumidor vulnerável e os agentes de tratamento dos dados pessoais, evidenciado pelo grande poder destes sobre a esfera de privacidade daquele, além de serem os que lucram de fato com o fenômeno da reificação dos dados pessoais.

Atualmente, as empresas massivamente não oferecem bens, produtos ou dinheiro pelos dados pessoais, mas valem-se da racionalidade limitada (Craswell *apud* SCHWARTZ, 2004, p. 2081) apresentada pelos consumidores/titulares -- uma inércia geral aos termos padrão de privacidade que comprometem a livre escolha e a manifestação livre e informada e leva-os à aceitação, em um clique, num átimo, dos termos impostos -- e da cortina de fumaça (SCHWARTZ 2004, p. 2080) que criam no espectro da escolha binária do tudo ou nada para dificultar a compreensão sobre a coleta e uso dos dados, enquanto capturam dados pessoais que serão negociados onerosamente pelos agentes de tratamento sem que o titular do dado tenha efetiva consciência da dimensão do valor financeiro dado ao dado que de graça deu.

Schwartz (2004) alerta para o uso da crença na inalienabilidade apenas como instrumento de manutenção de políticas de retaguarda, já usada em outros momentos históricos como o caso da reificação da terra, que minou o poder da nobreza feudal.

Identificou-se, no caso concreto da lacuna qualificada detectada, um conjunto de circunstâncias fáticas e jurídicas determinantes da proporcionalidade em sentido estrito (tabela 2), que fundamenta constitucional e legalmente a preponderância de um conjunto de princípios ímpares (liberdade e seus correlatos) sobre um conjunto de princípios pares (privacidade e seus correlatos), listados e polarizados na tabela 1. E também pela verificação de que o meio  $m_1$  (pela admissão tanto da gratuidade como também da cessão onerosa de direitos sobre os dados pessoais pelo titular) mostrar-se adequado e necessário em relação ao meio  $m_2$  (pela admissão somente da gratuidade da cessão de direitos sobre os dados pessoais pelo titular) que se pode concluir: pela admissão tanto da gratuidade como também da cessão onerosa de direitos obrigacionais sobre os dados pessoais não

sensíveis pelo titular como solução mais adequada para a integração neoconstitucional dessa lacuna própria identificada como uma antinomia de princípios antagônicos no vigente microsistema de Proteção de Dados no Brasil.

Idêntica conclusão foi alcançada com a identificação do mesmo conjunto determinante de circunstâncias fáticas e jurídicas (cf. tabela 2) para realizar uma ponderação e resolver a colisão de princípios pela permissão do *e-commerce* dos dados pessoais e das informações pelos agentes de tratamento (controlador ou operador) a partir da colisão identificada na tabela 3.

Quanto aos agentes de tratamento exsurge do microsistema da LGPD seu dever de publicidade -- esta considerada por Maia (2013, p. 204-205) como requisito para sua oponibilidade perante terceiros --, consubstanciado no registro, como um metadado dos dados pessoais, e sua permanente custódia e atualização de toda a cadeia de cessões de direito, disponibilizando-a aos titulares assim que cada cessão derivada operar-se, de modo que possa tornar efetivo o direito potestativo desses titulares a sua resilição *ad nutum*.

Desse modo, como decorrência da aplicação de uma dialética-argumentativa, foi possível testar as duas hipótese previamente apresentadas, com a corroboração de ambas pelo alcance de uma integração neoconstitucional de lacunas no microsistema geral de proteção de dados brasileiro pela liberdade da cessão onerosa resilível do direito privado aos dados pessoais não sensíveis tanto pela parte hipossuficiente (titular) dessa relação jurídica como, supervenientemente – desde que não resilida, a qualquer tempo, unicamente por vontade potestativa do titular ou de seus legítimos sucessores –, pela parte hipersuficiente (controladores e operadores), cessionária desses mesmos direitos sobre dados pessoais capturados e co-titular das informações deles extraídas através de algum tratamento válido, para terceiros (pessoas não integrantes da relação jurídica original); desde que nenhuma dessas cessões de direito ou tratamentos impliquem em limitação desproporcional, para os direitos da personalidade do titular dos dados pessoais, como os seus direitos fundamentais à autodeterminação informativa, à intimidade e à privacidade (art. 2º, I e II, LGPD e art. 5º, caput, X e XII, CF/1988) e ao devido processo legal

substantivo (art. 5º, LIV, CF/1988), nem em violação ao microsistema de defesa do consumidor, ou seja, desde que enquadráveis no suporte fático restrito das condições determinantes listadas na tabela 2.

## 6. REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (teoria e direito público, 1)

ALVES, Alaôr Caffé. Apresentação. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pivan Batista; Ariani Bueno Sudatti. 4. ed. rev. Bauru, SP: Edipro, 2008 [1958]. p. 9-20.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBETTA, Pedro Alberto. **Estatística aplicada às Ciências Sociais**. 9. ed. 3. reimpr. rev. Florianópolis: Editora UFSC, 2019.

BECKER, João Luiz. **Estatística Básica: transformando dados em informação**. 1. ed. Porto Alegre: Bookman, 2015. 488 p., ISBN 978-85-8260-312-3. Disponível [para professores] em: <https://viewer.biblioteca.binpar.com/viewer/9788582603130/capa>. Acesso em: 5 fev. 2021.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pivan Batista; Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. 4. ed. rev. Bauru, SP: Edipro, 2008 [1958].

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Junior. 10. ed. Brasília, DF: Editora UnB, 1999 [reimpressão 2006, 1960].

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro [LINDB]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal [LEP]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm). Acesso em: 27 fev. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009**. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm). Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm). Acesso em: 02 jun. 2020.

BRUCE, Peter; BRUCE, Andrew. **Practical Statistics for data scientists: 50 essential concepts**. 1. ed. Sebastopol, CA: O'Reilly, 2017. ISBN 978-1-491-95296-2

COSTA, José Bezerra. **Arrendamento rural**: direito de preferência. 1. ed. Goiânia: AB, 1993.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **Da privacidade à proteção dos dados pessoais**: fundamentos da lei geral de proteção de dados. 2. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 111-136. ISBN 85-7147-200-9.

EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL. **Regulation (EU) 2016/679**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>. Acesso em: 07 jun. 2020.

EUR-Lex. Jurisprudência da UE. **Processo C-61/19**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62019CA0061&qid=1613063336706>. Acesso em: 11 fev. 2021.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011 [1994].

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Apresentação: o pensamento jurídico de Norberto Bobbio. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. 10. ed. Brasília, DF: Editora UnB, 1999 [reimpressão 2006, 1960]. p. 7-18.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 88, n. 43, p. 47-76, jan. 1993. p. 439-459. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>. Acesso em: 11 fev. 2021.

FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, *big data* e riscos para os direitos da personalidade. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Jceyane Bezerra (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 333-349. ISBN 978-85-450-0585-8.

FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais: e suas repercussões no Direito brasileiro**. 2. ed. de acordo com as Leis 13.853/2019 e 14.010/2020. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. cap. 4, p. 97-125.

GONÇALVES, Tânia Carolina Nunes Machado. **Gestão de Dados Pessoais e Sensíveis pela Administração Pública Federal: desafios, modelos e principais impactos com a nova Lei**. Dissertação Mestrado em Direito do UniCEUB, Orientador Prof. Dr. Marcelo Dias Varella. Brasília, 2019. ISBN 978-85-7267-010-4. Disponível em: [https://www.uniceub.br/arquivo/144ng\\_20190730051313\\*pdf?AID=3007](https://www.uniceub.br/arquivo/144ng_20190730051313*pdf?AID=3007). Acesso em: 4 fev. 2021.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: Uma breve história do amanhã**. São Paulo:

Companhia das Letras, 2016.

HARARI, Yurval Noah. **21 lições para o século 21**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HARARI, Yurval Noah. **The world after coronavirus**. Financial Times, mar. 2020. Disponível em: <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>. Acesso em: 28 mar. 2020.

LEVITSKY, S. ZIBLATT, D. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LOCK, Robin H. et al. **Estatística: revelando o poder dos dados**. Tradução de Ana Maria Lima de Farias, Vera Regina Lima de Farias e Flores. 1. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

LOCK, Robin H. et al. **Statistics: unlocking the power of data**. 2. ed. Hoboken, NJ: Wiley, 2017. ISBN: 978-1-119-30884-3.

MAIA, Roberta Maura Medina. **Teoria Geral dos Direitos Reais**. São Paulo: RT, 2013.

MAIA, Roberta Maura Medina. Vivendo nas nuvens: dados pessoais são objeto de propriedade? In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Jceyane Bezerra (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 669-697. ISBN 978-85-450-0585-8

MAIA, Roberta Maura Medina. A titularidade dos dados pessoais prevista no art. 17 da LGPD: direito real ou pessoal? In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais: e suas repercussões no Direito brasileiro**. 2. ed. de acordo com as Leis 13.853/2019 e 14.010/2020. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. cap. 5, p. 127-152.

MADEIRA FILHO, Wilson. Teoria da motivação da decisão jurídica: Aspectos introdutórios - lógica e lingüística aplicadas ao Direito. **Confluências | Revista Interdisciplinar De Sociologia E Direito**, 8(1), 25-33. 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.22409/conflu8i1.p146>. Acesso em: 26 set. 2022.

MARTINS, José de Souza. **O cativo da terra**. 9. ed. São Paulo: Contexto, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: RT, 2000. ISBN 85-203-1796-0.

MILAGRE, José; SANTARÉM SEGUNDO, José Eduardo. A propriedade dos dados e a

privacidade na perspectiva da Ciência da Informação. **Encontros Bibli - Revista eletrônica de biblioteconomia e ciência da informação**, v. 20, n. 43, p. 47-76, mai./ago. 2015. ISSN 1518-2924. DOI: 10.5007/1518-2924.2015v20n43p47. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/eb/article/view/1518-2924.2015v20n43p47/29945>. Acesso em: 10 fev. 2021.

MOLEDO, Eliane Teresinha. As lacunas ideológicas do sistema tributário municipal brasileiro. Dissertação Mestrado em Direito da Universidade Cândido Mendes, Orientador Prof. Dr. Paulo Roberto Soares Mendonça. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp037663.pdf>. Acesso em: 26 set. 2022.

NEVES, Cleuler Barbosa das. **O ato administrativo na tutela ambiental do solo rural: uma análise da erosão laminar e do uso do solo na Bacia do Ribeirão João Leite**. 2006. 327 f. Tese (Doutorado em Ciências Ambientais) - Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação – PRPPG, Universidade Federal de Goiás, Goiânia.

NEVES, Cleuler Barbosa das. **Águas Doces no Brasil**. Rio de Janeiro: Descubra, 2011.

NEVES, Walter Alves; RAPCHAN, Eliane Sebeika; BLUMRICH, Lukas. **A origem do significado: uma abordagem paleoantropológica**. 1. ed. São Paulo: Cultura Didática, 2020.

NEVES, Cleuler Barbosa das; LIMA, Rafael Carvalho da Rocha. Uma hermenêutica para antinomias de princípios: limites para seu controle constitucional e políticas públicas. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 227-252, abr./jun. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i84.1210. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1210>. Acesso em: 26 set. 2022.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os novos paradigmas da Teoria Contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 17-54, ISBN 85-7147-200-9.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: introdução ao Direito Civil; Teoria Geral de Direito Civil**. 27. ed. rev. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. 23. ed. rev. atual. por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 2.

PINHEIRO, Juliana Santos. O conceito de consumidor. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 325-356. ISBN 85-7147-200-9.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: parte geral: bens, fato jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. tomo II.

POSNER, Richard A. Privacy, Secrecy, and Reputation. **Buffalo Law Review**, n. 28, v. 1, 1978-1979, p. 1-55. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2832&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2832&context=journal_articles). Acesso em: 9 fev. 2021.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do Direito**. 5. ed. 10. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2017.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. São Paulo: Renovar, 2008.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 35-98. ISBN 978885-7147-277-8

SCHWARTZ, Paul M. Property, privacy, and personal data. **Harvard Law Review**, v. 117, n. 7, 2004, p. 2056-2128. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=721642](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=721642) Acesso em: 10 fev. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. (teoria e direito público, 7)

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-16. ISBN 85-7147-200-9

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. ISBN 85-7147-530-X. tomo II.

TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao Código Civil**: Direito das Coisas (arts. 1.196 a 1.276). Coordenador Antonio Junqueira de Azevedo São Paulo: Saraiva, 2011. v. 14. ISBN

978-85-02-08680-7

TEPEDINO, Gustavo. Teoria da interpretação e relações privadas: a razoabilidade e o papel do juiz na promoção dos valores constitucionais. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Jceyane Bezerra (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 285-297. ISBN 978-85-450-0585-8

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Teoria Geral do Direito Civil: questões controvertidas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. ISBN 978-85-450-0566-7

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. ISBN 978885-7147-277-8, p. 243-342

WICKHAM, Hadley; GROLEMUND, Garrett. **R for Data Science: import, tidy, transform, visualize and model data**. 1. ed. Revista. Sebastopol, CA: O'Reilly, 2017. Disponível em: <https://r4ds.had.co.nz/wrangle-intro.html>. Acesso em: 9 fev. 2021.

Data da submissão: 19/05/2022

Data da primeira avaliação: 09/06/2022

Data da segunda avaliação: 21/06/2022

Data da aprovação: 30/09/2023