

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: A FUNÇÃO E OS LIMITES DO CONSENTIMENTO, DE BRUNO BIONI

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: A FUNÇÃO E OS LIMITES DO CONSENTIMENTO, BY BRUNO BIONI

ALEX MECABÔ

Mestre em Direito – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Advogado.
alex.mecabo@rxl.adv.br

DADOS BIBLIOGRÁFICOS: BIONI, Bruno. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

A obra intitulada “*Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*”, de Bruno Bioni, representa um importante ponto de inflexão sobre o conteúdo e a operacionalização da autodeterminação informacional, ou seja, sobre o controle, pelo titular, sobre o fluxo dos seus dados pessoais.

Dividida em duas partes, e cinco capítulos, sob um enfoque multidisciplinar e recorrendo a inúmeros exemplos práticos, nacionais e estrangeiros, a dissertação ressalta a necessidade de celebrar um novo dirigismo sobre as relações que fundamentam o fluxo de dados pessoais, mas não um dirigismo contratual, concebido como um remédio *ex post*, e sim informacional, *ex ante*, que reforce a compreensão da ineficácia de colocar somente sobre os ombros do titular a proteção de suas informações pessoais.

Nos dois primeiros capítulos são sublinhadas mudanças sociais e econômicas que trouxeram o gerenciamento de *big data*¹ para o centro gravitacional das estratégias de *marketing* e publicidade. A metáfora do sorvete social, ainda que dotada de uma simplificação excessiva dos processos de mapeamento dos consumidores,

-
1. Big Data figura como um enorme acervo de dados pessoais, sendo comumente associada a 3 “V”s: volume, variedade e velocidade. Volume e variedade porque excede a capacidade das tecnologias tradicionais de processamento, conseguindo organizar quantidades antes inimagináveis e em diversos formatos e, tudo isso, em alta velocidade.

é apresentada como exemplo frisante. Scoopville era uma cidade famosa por suas sorveterias. Todos os moradores produziam seus próprios *gelatos*, cujos sabores variavam de acordo com suas preferências singulares. No entanto, os turistas ficavam desorientados com a elevada variedade de opções. A ideia de um comerciante foi de instalar um painel em frente a sua loja, para que os próprios consumidores inserissem suas impressões sobre os produtos. A produção, a partir da modulação desses dados, passou a ser orientada pela avaliação dos consumidores, dando ênfase na produção dos sorvetes mais bem avaliados. Com isso, o produto, e a publicidade, foram aperfeiçoados de forma colaborativa, emergindo daí a metáfora de que o sorvete era fruto de uma construção social.

Na atualidade, no entanto, onde a hiperconexão e, conseqüentemente, o monitoramento *online* é constante, os “painéis de coleta de dados pessoais” dos consumidores alcançam maior sofisticação e assertividade. Isso tudo porque, por meio da reunião e leitura de dados pessoais, coletados de forma incessante por dispositivos do cotidiano (como celulares), tornou-se possível inferirem-se (i) riscos de um tomador de crédito sofrer calote, o que auxilia a realizar a calibragem dos juros e concessão de crédito; (iii) parâmetros de saúde dos segurados, facilitando a formatação dos preços para planos de saúde; (iv) o nível de atenção e prudência na direção de automóveis, que pode auxiliar na oferta e negativa de inclusão de determinado sujeito nos seguros de automóvel; (v) tendências de mercado, possibilitando a diversificação e segmentação dos serviços e produtos; e (vi) direcionamento publicitário preciso, a partir da personalização da comunicação e propaganda.

A despeito destes propósitos, por vezes justificáveis para além da ótica econômica, é certo que o uso de dados pessoais não pode estar submetido tão somente a uma lógica de mercado, sob pena de esvaziar o conteúdo de um dos atributos da personalidade. A catalogação de indivíduos, permitida pela leitura e cruzamento de dados pessoais, além dos prejuízos inerentes à intromissão nos aspectos de intimidade do sujeito, tem aptidão de causar danos mais severos, como discriminação negocial, segregação de grupos, dificuldades de acesso ao crédito, manipulação de massas etc.

Por estas razões, impulsionadas por escândalos mundiais como o Cambridge Analytica e o episódio Edward Snowden, é que foram surgindo leis para a proteção de dados pessoais, que, no entanto, ainda conferem demasiado protagonismo à figura do consentimento do titular como expressão central para legitimar a coleta e uso por atores privados.

A partir destas considerações, nos capítulos três e quatro, já insertos na parte dois do trabalho, o autor demonstra como esta contratualização do consentimento não coincide com a promoção verdadeira da autodeterminação informacional. O consentimento, nestas relações onde a cessão de dados pessoais tem destaque, representa uma ficção: seja sob o aspecto das limitações cognitivas do titular para avaliação

adequada das condicionantes envolvidas na autorização da coleta e uso dos dados, seja porque é sintomática a expressiva existência de relações negociais em que a liberdade de escolha do titular é mitigada – ou seja, ou o titular aceita a coleta dos seus dados, ou é impedido de utilizar determinada aplicação ou serviço (é a chamada *take it or leave it*). A autodeterminação informacional, assim, é estrangulada por uma relação assimétrica.

Explica-se. Diante da racionalidade limitada do ser humano, é bastante improvável que os indivíduos consigam realizar, de forma efetiva, um exercício de ponderação entre benefícios e riscos envolvidos em uma aceitação para o processamento dos seus dados. É o que o autor chama de *bounded rationality*: a incapacidade de o ser humano absorver, memorizar e processar todas as informações relevantes para um processo legítimo de tomada de decisão.

Além disso, é notável, na psicologia, que o indivíduo tem uma tendência a focar em “benefícios imediatos, o que, de acordo com o arranjo e os modelos de negócios da economia informacional, é representado pelo acesso a um produto ou serviço *online*”. Ou seja, “deixa-se de sopesar os possíveis prejuízos à privacidade, que são temporariamente distantes”².

Para comprovar estas ponderações, o autor traz diversos estudos recentes, que revelam uma espécie de “paradoxo da privacidade”: enquanto há um expressivo número de indivíduos preocupados com a proteção dos seus dados pessoais, tem-se, ao mesmo tempo, uma baixíssima aderência, no dia a dia, ao uso de ferramentas *online* de proteção. Esta contradição é ainda acentuada a partir das conclusões de uma pesquisa empírica que revelou que 69% dos entrevistados estavam dispostos a receber um desconto de um dólar em troca da permissão para provedores de internet coletarem seus dados pessoais. Em sentido semelhante, outra pesquisa, da *CyberDialogue*, dos EUA, atestaria que quase 70% dos indivíduos consultados não sabiam que tinham dado seu consentimento para serem incluídos em uma lista de e-mails de distribuição de material publicitário, a despeito da existência de uma ferramenta aparentemente lícita de obtenção da autorização do indivíduo³.

Diante deste cenário, considerando-se que (i) o dado pessoal passou a figurar, na atualidade, como ativo econômico, capaz de impactar o livre desenvolvimento da personalidade do cidadão; e (ii) o consentimento do titular, a despeito do protagonismo dado pelas diferentes leis pelo mundo, não constitui fundamento suficiente

2. BIONI, Bruno. *Proteção de dados pessoais*. São Paulo: Forense, 2019. p. 147.

3. BELLMAN, Steven; JOHNSON, Eric; Lohse, Gerald. To Opt-In Or To Opt-Out? It Depends On The Question. *Communications of the ACM*. 2001. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/220425981_To_Opt-in_or_Opt-out_It_Depends_on_the_Question/link/00b49517edbe811b8700000/download]. Acesso em: 20.12.2020.

para concretização da autodeterminação informacional, são apresentadas, na parte final do quarto capítulo, propostas de solução para este impasse, protagonizadas pelo uso de “Tecnologias de Facilitação da Privacidades (PETs)” – como as ferramentas de criptografia, por exemplo. Dito de outro modo, há uma defesa da simbiose entre direito e tecnologia, como uma aliança apta a operacionalizar a prometida esfera de controle dos dados pelo titular. É uma tentativa de superar, por meio de recursos interativos e tecnológicos, a artificialidade dos adjetivos que acompanham o consentimento – não alcançados, certamente, por meio dos estéreis “aceites” nas políticas de privacidade.

No quinto capítulo, ainda em um exercício propositivo, o autor destaca que, se por um lado deve haver uma sofisticação do consentimento, assegurando um maior desempenho da autodeterminação informativa, por outro, há uma necessidade de comprimir as zonas de exercício da autonomia privada pelo titular nestas relações. Ou seja, deve haver núcleos duros para o consentimento, além de uma maior importância às legítimas expectativas do titular, de modo a obstaculizar distorções ao valor social da proteção de dados, que não pode ser reduzido apenas à lógica de mercado.

O trabalho, calçado, sobretudo, em literatura estrangeira bastante recente, promove com densidade reflexões sobre a temática, jogando luz sobre o persistente protagonismo dado pelo legislador a um suposto consentimento livre e informado do titular. A obra, também, é notável por defender o uso da própria tecnologia para a promoção dos direitos e obrigações dispostas nas normas jurídicas, representando um esforço de conciliação entre os interesses econômicos envolvidos no fluxo de dados pessoais e a necessária preservação do livre desenvolvimento da personalidade em um contexto de hiperconexão e vigilância incessante.
