

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO

Departamento de Direito

Lys Nunes Lugati

**DA READEQUAÇÃO DAS ESTRATÉGIAS DE MARKETING À
LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI 13.709/18)**

Ouro Preto

2021

Lys Nunes Lugati

**DA READEQUAÇÃO DAS ESTRATÉGIAS DE MARKETING À
LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI 13.709/18)**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Ouro Preto, como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Juliana Almeida Evangelista

Ouro Preto

2021



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
REITORIA
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO



FOLHA DE APROVAÇÃO

Lys Nunes Lugatii

DA READEQUAÇÃO DAS ESTRATÉGIAS DE MARKETING À LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI 13.709/18)

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel

Aprovada em 02 de setembro de 2021

Membros da banca

Doutora - Juliana Evangelista de Almeida - Orientador(a) - Universidade Federal de Ouro Preto
Doutor- Amauri César Alves - Universidade Federal de Ouro Preto
Mestranda - Flávia Coelho Augusto Silva - Universidade Federal de Ouro Preto

Juliana Evangelista de Almeida, orientadora do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 02/09/2021



Documento assinado eletronicamente por **Juliana Evangelista de Almeida, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 03/09/2021, às 11:29, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0217278** e o código CRC **9F70675F**.

Referência: Caso responda este documento, indicar expressamente o Processo nº 23109.009246/2021-77

SEI nº 0217278

R. Diogo de Vasconcelos, 122, - Bairro Pilar Ouro Preto/MG, CEP 35400-000
Telefone: 3135591545 - www.ufop.br

*Aos meus pais e avós, que me ensinaram que há
pontes que só o amor pode construir e barreiras
que só a fé pode superar.*

RESUMO

O presente trabalho se propõe a discutir a necessidade de readequação das estratégias de marketing à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18), tendo em vista a relação intrínseca que tais estratégias assumiram com o uso de dados pessoais. A presente discussão foi baseada em uma pesquisa jurídico-dogmática, com estudos sobre a evolução das estratégias de marketing e das legislações de proteção de dados, bem como em uma revisão da literatura sobre o tema. Dessa forma, o trabalho ressaltou a necessidade de uma regulação responsiva das práticas de marketing, bem como da criação de uma cultura de proteção de dados, como forma de possibilitar a conciliação entre o avanço tecnológico, a inovação e os direitos fundamentais dos titulares de dados pessoais.

Palavras-chave: LGPD. Dados. Marketing. Readequação.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the need for readjustment of marketing strategies in light of the General Data Protection Law (Law 13.709/18) because of the intrinsic relationship that such strategies assumed with the use of personal data. The present discussion was based on legal-dogmatic research, with studies on the marketing strategies and data protection legislation evolution, as well as on a literature review on the subject. Thus, the work highlighted the need for a responsive regulation of marketing practices, as well as the creation of a data protection culture, as a way to enable the reconciliation between technological advances, innovation, and the fundamental rights of data subjects personal.

Keywords: LGPD. Data. Marketing. Readequation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	1
2 DA EVOLUÇÃO DAS ESTRATÉGIAS DE MARKETING E DA PROTEÇÃO DE DADOS.....	3
2.1 Evolução do marketing: do marketing massivo ao marketing 4.0.....	3
2.2 Do “consumidor de vidro”: a intrínseca relação entre marketing e proteção de dados.....	7
3 DA EVOLUÇÃO DAS LEGISLAÇÕES SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS	12
3.1 A proteção de dados pessoais no panorama internacional	17
3.2 A proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro.....	20
4 DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI 13.709/18) E DA READEQUAÇÃO DAS ESTRATÉGIAS DE MARKETING.....	26
4.1 Das mudanças trazidas pela Lei Geral de Proteção de Dados.....	26
4.2 Da readequação das estratégias de marketing.....	31
4.3 Dos benefícios de uma cultura organizacional inovativa.....	45
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	52

1 INTRODUÇÃO

A sociedade atual se encontra em um processo de datificação das coisas, com um largo trânsito de dados pela internet em velocidades e números exponenciais. Há uma vigilância descentralizada, na perspectiva de Bioni¹, com múltiplos atores envolvidos no processamento de dados. É impossível inferir todo o caminho de um dado pessoal e todos os atores envolvidos neste processamento e, assim, crescem as violações a diversos direitos fundamentais do titular de dados, que se vê diante de uma vigilância eterna.

Tal contexto de uso acentuado de tecnologias traz consigo a necessidade de legislações sobre proteção de dados que tratassem de forma direta sobre o direito à proteção de dados e conferisse autonomia e poder para o titular de dados, de forma que fosse participante do processo e pudesse decidir quanto a seus dados, tendo em vista sua posição de (hiper)vulnerabilidade, defendida por Bioni².

A proteção de dados no Brasil vinha sendo percorrida por legislações esparsas, como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011) e o Marco Civil da Internet, no cenário brasileiro. Mas tais regulamentações não bastavam para abranger a problemática envolvida por trás da proteção de dados. Era necessário que houvesse legislação específica.

A União Europeia, por exemplo, já tinha históricos de legislações importantes sobre o tema, a exemplo da Convenção 108 e da Diretiva 95/46, mas seu grande marco foi a regulamentação da General Data Protection Regulation (GDPR), que serviu como grande catalisador para que outros países também criassem suas legislações de proteção de dados, como ocorreu com o Brasil.

Com a LGPD, o Brasil ocupa posição segura entre os países que têm legislações completas sobre proteção de dados. Mas a normativa exigiu grande mudança no cenário brasileiro que antes desconhecia, em sua maior parte, sobre o que seria proteção de dados.

A saga pela adequação à LGPD, que, apesar de ter sido promulgada em 2018, só entrou em vigor (sem a aplicação de sanções) em setembro de 2020, envolveu um grande receio por parte das organizações com a sua entrada, haja vista que enxergavam uma legislação que pudesse promover um “freio” ao avanço tecnológico, com um viés de uma

¹ BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. 2ª edição – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

² BIONI, Bruno Ricardo. Op cit.

legislação punitiva. Como a legislação possui a previsão de sanções, a visão geral foi a de uma adequação a passos rápidos, a fim de não incorrer em penas maiores.

Entretanto, a LGPD surgiu com o intuito de criar uma cultura de proteção de dados, algo que fosse intrínsecamente disseminado na sociedade, que envolvesse todo o processo de concepção de dados e que gerasse uma adequação à longo prazo. O intuito, de fato, era o de garantir maior segurança aos titulares de dados, bombardeados em meio a essa era de datificação das coisas.

Dentre as áreas que necessitavam de mudança, encontra-se o marketing. Com a evolução de um marketing individualizado e personalizado a um marketing global, digital e com relação intrínseca com a captação de dados, é notório que as estratégias também precisam ser revisitadas de forma a estar em consonância com aquilo que a LGPD dispõe.

Como Akerlof e Shiller³ abordam com muita precisão, se antes era preciso enviar cupons para o consumidor com uma propaganda e um desconto a fim de saber os anúncios, hoje é possível direcionar as ofertas de produtos e serviços aos potenciais compradores com muita precisão, através do uso de seus dados pessoais.

Conforme se depreende de uma rápida visão da sociedade atual, o marketing faz parte do cotidiano do ser humano, pois o ser humano é influenciado a todo tempo por essas estratégias. Suas vontades, suas opções, seus comportamentos diários refletem em anúncios personalizados de acordo com suas preferências. E tais anúncios e estratégias levam também a comportamentos de consumo. O indivíduo é a todo tempo influenciado a consumir. O “ser” passa ao “ter” e isso dimensiona a sua participação no meio social.

Mas observa-se que o uso de dados pessoais de forma desenfreada pelo marketing leva a uma série de violações de dados pessoais desses usuários, o que confronta diretamente com as legislações de proteção de dados.

Por isso, o presente trabalho se utilizou de uma pesquisa jurídico-dogmática, com revisão da literatura sobre o tema e análise da evolução das estratégias de marketing e das legislações de proteção de dados para discutir o quão importante é uma readequação das estratégias de marketing atualmente utilizadas.

Dessa forma, o trabalho pretende demonstrar que uma readequação baseada em uma regulação responsiva e que estabeleça uma cultura de proteção de dados é de suma importância a fim de possibilitar uma conciliação entre o avanço tecnológico e inovativo atualmente vivenciado com a proteção de direitos e garantias fundamentais do ser humano.

³ AKERLOF, G. A.; SHILLER, R. J. Pescando tolos: a economia da manipulação e fraude. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016

2 DA EVOLUÇÃO DAS ESTRATÉGIAS DE MARKETING E DA PROTEÇÃO DE DADOS

É extremamente perceptível o quanto o marketing se transformou com o tempo, evoluindo de uma perspectiva de marketing massivo até a era digital e com a chegada do Marketing 4.0, de acordo com a teoria de Kotler, Kartajaya e Setiawan⁴, um marketing que é totalmente centrado no ser humano e que cobre cada aspecto da jornada do cliente, com a utilização de diversas estratégias para captar sua atenção. De fato, o marketing assume posição indiscutivelmente essencial.

Ocorre que, diante da sociedade da informação e do processo de datificação das coisas, os dados assumem papel de extrema importância e se configuram como um ativo essencial na atual economia, inclusive sendo trazido por autores como Bioni⁵ como *commodities*.

Sendo assim, importante observar que, para a grande maioria das estratégias de marketing, também há fortemente a utilização de dados, sobretudo em meio a estratégias que buscam atingir um público específico e por isso trazem a necessidade de uso massivo de dados, o que fez com que também fosse o marketing um notório meio de violação de dados pessoais.

Nesse prisma, necessário avaliar o quanto as estratégias de marketing também devem ser reavaliadas com a introdução da Lei Geral de Proteção de Dados, a fim de que se coadunem com a proteção de dados pessoais. Por isso, precipuamente, deve-se analisar como se deu a evolução do marketing até os dias atuais e, conseqüentemente, como se tornou intrínseca a relação entre marketing e proteção de dados, a fim de observar o que deveria ser reformulado nesse sentido.

2.1 Evolução do marketing: do marketing massivo ao marketing 4.0

De acordo com Santos et al.⁶, a palavra “marketing” deriva do latim *mercare*, haja vista sua relação com o ato de comercializar produtos na Roma Antiga. Os autores apontam, entretanto, que apenas na década de 40, nos Estados Unidos, é que efetivamente a prática do marketing despontou, pois as vendas necessitavam de certo incremento, o que antes era

⁴ KOTLER, Philip; KARTAJAYA, Hermawan; SETIAWAN, Iwan. Marketing 4.0. Rio de Janeiro: Sextante, 2017.

⁵ BIONI, Bruno Ricardo. Op cit.

⁶ SANTOS, Tatiane. et al. O DESENVOLVIMENTO DO MARKETING: UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA in: Revista de Gestão USP, São Paulo, v. 16, n. 1, 2009.

desnecessário.

É inegável que a evolução do marketing também acompanhou a evolução da sociedade e da economia e, por isso, não há como entender como atingiu papel tão fundamental sem observar a trajetória por trás do marketing até os dias de hoje.

Assim, defende Ambler⁷ que o marketing pode, inclusive, ser considerado tão velho quanto o comércio, uma das mais antigas atividades humanas. Nessa perspectiva, Santos et al. enunciam que desde a Antiguidade se pode perceber a presença do marketing, junto ao desenvolvimento de muitas civilizações, como o caso dos Fenícios, que se sobressaíram na arte de mercar. Contudo, é com a evolução das relações de consumo, que o marketing assume papel de importante destaque.

Em um cenário inicial, conforme defende Mendes⁸, as relações comerciais eram feitas de forma pessoal, ou seja, o consumidor procurava por aquilo que era necessário para satisfazer suas necessidades e havia a pactuação de todos os termos da contratação. A produção artesanal daquele produto personalizado demandava tempo e dedicação praticamente exclusivas, com o oferecimento de preços elevados, haja vista que por trás da venda do produto, havia a necessidade da subsistência do artesão e de sua família. Existia o que se denominava de “lei da oferta e procura”.

Esse cenário muda substancialmente com o início da Revolução Industrial, entre os séculos XVII e XIX, em que o produtor vê sua capacidade de produção aumentar exponencialmente, com a introdução da oferta de produtos em série e a baixo custo. Sobre isso, afirma Cavaliere Filho⁹ que tamanha era a oferta, que inclusive superou a demanda, o que gerou a necessidade de massificar a produção, com a escoação para compradores distantes. Portanto, há uma grande alteração do panorama anterior, pois agora o consumidor tem acesso a bens padronizados, que são produzidos em massa, sem a oportunidade de uma discussão prévia entre os contratantes.

Nesse cenário, Kotler, Kartajaya e Setiawan¹⁰, indicam o surgimento do primeiro estágio do marketing, o que se denominou de “Marketing 1.0”. Nessa fase, o marketing é centrado no produto, com o objetivo de vender o maior número de produtos da fábrica a qualquer um que quisesse adquiri-los. Havia uma padronização e um ganho em escala, sem

⁷ AMBLER, T. The new dominant logic of Marketing: views of the elephant. London: Centre for Marketing of London Business School, 2004. Working Paper, n. 04-903.

⁸ MENDES, Diego Ferreira. O equiparado a consumidor e sua proteção no CDC. In: Reflexões de magistrados paulistas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

¹⁰ KOTLER, Philip; KARTAJAYA, Hermawan & SETIAWAN, Iwan. Op cit.

preocupações maiores com construção de marca, segmentação de mercado ou personalização. A estratégia era massificar a divulgação em alguns meios de comunicação e aumentar a exposição dos produtos e serviços.

Com a década de 90, doravante denominada de “Era da Informação”, Kotler, Kartajaya e Setiawan¹¹ trazem o estágio do “Marketing 2.0”, em que as estratégias de troca e venda passam a não ser tão simples. Isso pois os consumidores estavam mais informados e havia diversidade de produtos no mercado. Assim, o profissional do marketing deveria se destacar de alguma forma para atrair o consumidor, que tem desejos e necessidades. O consumidor diz o que quer e quanto quer pagar e por isso aumenta a interação entre empresa e cliente.

Já com o “Marketing 3.0”, tem-se o início da “Era dos Valores”, conforme abordam Kotler, Kartajaya e Setiawan¹². Dessa forma, o foco ainda é o consumidor, mas também são observados os problemas da sociedade, com o enfoque dos conceitos de missão, visão e valores. É preciso convencer o cliente das convicções positivas da empresa, de seus valores e ideias. Abordam Gomes e Kury¹³ que, nessa fase, os profissionais de marketing devem repensar os consumidores como “indivíduos plenos, com mente, coração e espírito”.

Há grande expansão das mídias sociais e, conseqüentemente, se tem maior conexão e interação entre as pessoas e também maior circulação de notícias. Não obstante, os autores afirmam haver uma “era do paradoxo da globalização”, momento em que os consumidores passam a participar de questões socioambientais e, diante disso, em meio à observação de problemas na sociedade, para captar a atenção desses consumidores, as empresas deveriam fazer parte da mudança.

Portanto, afirmam Gomes e Kury¹⁴ que há a transformação de uma mídia passiva para uma mídia segmentada. O processo começa pelo público-alvo, pois deve ser pensado a partir do consumidor e de seus desejos e anseios. A medida que o consumidor se torna mais espiritualizado, mais culto e evoluído, também o marketing o acompanha. Nessa linha de pensamento, Kotler, Kartajaya e Setiawan¹⁵:

Em suma, a era do Marketing 3.0 é aquela em que as práticas de marketing são muito

¹¹ KOTLER, Philip; KARTAJAYA, Hermawan & SETIAWAN, Iwan. Op cit.

¹² KOTLER, Philip; KARTAJAYA, Hermawan & SETIAWAN, Iwan. Op cit

¹³ GOMES, M; KURY, G. A Evolução do Marketing para o Marketing 3.0: o marketing de causa. In: CONGRESSO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO NA REGIÃO NORDESTE, 14, 2013. Anais... Mossoró. Disponível em: <<http://www.portalintercom.org.br/anais/nordeste2013/resumos/R37-0945-1.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2021.

¹⁴ GOMES, M; KURY, G. Op cit

¹⁵ KOTLER, Philip; KARTAJAYA, Hermawan & SETIAWAN, Iwan. Marketing 3.0: as forças que estão definindo o novo marketing centrado no ser humano. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. P. 22

influenciadas pelas mudanças no comportamento e nas atitudes do consumidor. É a forma mais sofisticada da era centrada no consumidor, em que o consumidor demanda abordagens de marketing colaborativas, culturais e espirituais.

Mas tendo em vista que a sociedade vem evoluindo junto às relações de comércio, é importante pensar ainda em um “Marketing 4.0”, estágio atual trazido por Kotler, Kartajaya e Setiawan¹⁶, a “Era da Economia Digital”, em que o marketing sai do tradicional e vai para o digital e, assim, passa por diversas reformulações.

A conectividade presente nessa fase traz consigo diversas mudanças na sociedade. Dentre elas, Kotler, Kartajaya e Setiawan¹⁷ trazem alguns pontos principais, como: a inclusão vira a regra em detrimento da exclusividade e há senso de comunidade, com a eliminação de barreiras geográficas e demográficas; as estruturas de poder verticais dão lugar a relações horizontais entre marcas e consumidores e as decisões individuais são influenciadas pelas opiniões sociais compartilhadas nas comunidades digitais.

Não obstante, os autores se posicionam no sentido de haver uma convergência entre *online* e *offline*, pois as experiências físicas ainda têm valor, ainda que com o crescimento exponencial de relações pela Internet.

Essa conectividade, ainda, estimula o compartilhamento de opiniões sobre as marcas entre os consumidores. Assim, os consumidores compartilham experiências positivas e negativas sobre o que consomem, o que impacta diretamente o cenário para os comerciantes, também.

Isso também vai de encontro com o que Jenkins¹⁸ denomina de “Cultura da Convergência”. Segundo o autor, convergência é a palavra que define como as mídias circulam em nossa cultura diante das mudanças tecnológicas, industriais, culturais e sociais. As mídias são, portanto, extremamente influenciadas pela internet. Os conteúdos se movimentam por meio de diversas plataformas, com diversos atores envolvidos, de forma fluida e estratégica. Logo, os meios de comunicação convergem através de uma cultura participativa e da criação de uma inteligência coletiva.

Com a introdução de uma cultura participativa, o poder do consumidor é nítido, com a utilização de estratégias que buscam envolver os consumidores para determinada ação e, assim, o consumidor participa ativamente da construção de novos conteúdos. Já com a inteligência coletiva, tem-se a ideia de que com a reunião de um grupo para discussão de

¹⁶ KOTLER, Philip; KARTAJAYA, Hermawan; SETIAWAN, Iwan. Marketing 4.0. Rio de Janeiro: Sextante, 2017.

¹⁷ KOTLER, Philip; KARTAJAYA, Hermawan; SETIAWAN, Iwan. Op cit.

¹⁸ JENKINS, H. Cultura da convergência. São Paulo: Aleph, 2009.

determinado assunto, há também a junção de conhecimentos e o aumento da capacidade intelectual.

Aplicando a teoria de Jenkins¹⁹ no Marketing 4.0, então, vê-se que as estratégias de marketing são readequadas diante de uma sociedade extremamente conectada e convergente. Pode se perceber o aumento de estratégias que trazem a interação de comunidades de consumidores com o produto que lhes são oferecidos e também estratégias que vinculam diversas redes sociais e meios de comunicação, tanto no digital, quanto no *offline*, a fim de que o comerciante tenha presença marcante entre os mais diversos públicos e meios de comunicação.

Sendo assim, diante de tais características, as empresas que melhor se adequam a essa realidade 4.0 são as que prezam por uma lógica inclusiva, horizontal e social e que estão presentes nos mais diversos meios de comunicação, *online* ou *offline*, conforme será exposto a seguir.

2.2 Do “consumidor de vidro”: a intrínseca relação entre marketing e proteção de dados

É nítido que a forma como a sociedade se organiza passa por diversas mudanças ao longo do tempo e se reestrutura de acordo com um elemento essencial à sua configuração em determinado momento. Com o passar do tempo e a introdução exponencial da tecnologia, esse elemento passa a ser a informação, dando início a denominada “Sociedade da Informação”. Nesse sentido, Siqueira Jr²⁰ demonstra que:

A ‘sociedade da informação’ tem como principal valor a informação, o conhecimento. Na era agrícola, a terra se configurava como o fator primordial da geração de riquezas. Na era industrial a riqueza surge da máquina a vapor e da eletricidade. Na era do conhecimento, a informação e o conhecimento são os atores centrais da produção econômica.

A tecnologia transformou o modo como as relações se dão e, sobretudo, proporcionou que as informações fossem disseminadas de forma massiva em um curto lapso de tempo. Com o incremento de novos meios de comunicação e com a chamada cultura da convergência, conceito abordado por Jenkins²¹, a sociedade está sempre conectada e tem amplo acesso a todo tipo de informação possível, o que tem seus aspectos positivos e negativos.

Certamente o acesso em larga escala à internet facilitou maior difusão de

¹⁹ JENKINS, H. Op cit.

²⁰ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. Teoria do direito. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 218

²¹ JENKINS, H. Op cit.

conhecimentos, bem como trouxe a facilidade de se conectar e relacionar com pessoas ao redor do mundo. Mas essa economia digital também trouxe consigo alguns problemas, quando deu espaço à vigilância imperativa.

O fato de estar conectado a todo momento rompeu com a ideia de estar só e trouxe uma violação contínua ao direito à privacidade, diante de uma economia baseada e dependente de um fluxo informativo. Os dados pessoais passam a ter tamanha importância a ponto de serem considerados, atualmente, como uma *commodity*, conforme elenca Doneda²².

Logo, como expõe Bioni²³, diante da inteligência gerada pela ciência mercadológica, sobretudo com o marketing e a publicidade, os dados pessoais dos cidadãos se tornam um fator vital na engrenagem da economia da informação. Os dados passam a ser centrais no que se chama de “economia de vigilância” e passam a ser a base de sustentação desse novo mercado.

Em relação às estratégias de marketing, estas passam a ter como elemento estratégico o uso de informações pessoais dos consumidores. Isso pois o recolhimento e análise dos dados permite a implementação de estratégias personalizadas e mais eficazes.

Elenca Bioni²⁴ que, diante de uma quantidade massiva de dados, é possível identificar e precisar o perfil do consumidor, seus hábitos e outras informações para tomada de decisões estratégicas, o que doravante foi denominado de mineração de dados ou *data mining* por Stair e Reynolds²⁵.

Sendo assim, precisar um perfil permite que as estratégias de marketing sejam pensadas com um direcionamento a um público-alvo específico, conferindo determinada vantagem competitiva. De acordo com Cordeiro²⁶,

A definição de perfis é habitualmente feita em tempo real e pode versar sobre interesses, hábitos e preferências do titular dos dados, mas também, v.g., sobre o seu desempenho profissional, a sua situação econômica e a sua fiabilidade.

Nesse novo modelo de negócio atual, portanto, os consumidores não pagam em dinheiro pelos bens de consumo. O pagamento se dá através da cessão de seus dados pessoais em redes sociais, e-mails, *softwares*, aplicativos, entre outros. O consumidor torna-se também um produto comercializável.

²² DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção dos dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²³ BIONI, Bruno Ricardo. Op cit.

²⁴ BIONI, Bruno Ricardo. Op cit.

²⁵ STAIR, Ralph; REYNOLDS, George WP. Princípios de sistema de informação: uma abordagem gerencial. Tradução Flávio Soares Correa. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

²⁶ CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES, Direito da proteção de dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019, Coimbra, Almedina, 2020 apud COSTA, Inês da Silva. A proteção da pessoa na era do big data: a opacidade do algoritmo e as decisões automatizadas. In: Revista Eletrônica de Direito, nº1, vol. 24, fev. 2021.

Os bancos de dados, além de um agrupamento de informações, tornam-se uma ferramenta quando quem o manipula consegue analisar e descobrir informações para tomar suas decisões. Quanto ao marketing, por exemplo, essas decisões vão da concepção do bem de consumo ao direcionamento de uma mensagem publicitária.

Um exemplo citado por Bioni²⁷ é de quando a equipe de análise da empresa Target, através de algoritmos específicos, conseguiu verificar que um perfil de consumidores adquiria certa lista de produtos, o que permitia não só antecipar o estado de gravidez, bem como o período de gestação, lhes direcionamento produtos de acordo com a fase da gravidez. Nesse exemplo, vê-se que uma base de dados serve para vários fins, contanto que o algoritmo seja redefinido.

Inclusive, tamanha é a importância dos dados para o marketing, que tem ganhado destaque a figura dos *data brokers*, setor empresarial especialmente dedicado a congregação de informações a fim de, a partir da avaliação de determinadas características, gerar a definição de perfis, que serão comercializados a anunciantes ou empresas que querem comercializar seus produtos para um público-alvo.

Nesse prisma, entende Bioni²⁸ que há uma vigilância imperativa das pessoas, sobretudo do potencial consumidor, com a observação de todos os seus movimentos, que vão desde seus hábitos de navegação e o seu comportamento no meio virtual, bem como suas próprias emoções. Portanto, o consumidor é totalmente transparente. Por isso, Lacey²⁹ cunhou a expressão “consumidor de vidro”.

Não obstante, o que se pode perceber é que o cenário é de uma “ditadura” dos algoritmos³⁰, pois, com um aumento massivo de dados pessoais recolhidos, é possível também exercer controle sobre as vítimas de tais dados, a partir da manipulação das informações obtidas. Nesse sentido, indica Domingos³¹:

Os algoritmos sentenciam a informação que encontramos, os filmes que vemos, os produtos que compramos e até o nosso par. Em última instância, podem definir o que pensamos e qual a nossa personalidade – ou aquela que se crê ser a nossa personalidade –, com base em inferências probabilísticas decorrentes da monitorização da nossa atividade online.

Ademais, fato é que os algoritmos guardam relação intrínseca com dados: quanto

²⁷ BIONI, Bruno Ricardo. Op cit.

²⁸ BIONI, Bruno Ricardo. Op cit.

²⁹ LACEY, Susanne. *The glass consumer: life in a surveillance society*. Bristol: Policy Press, 2005.

³⁰ De acordo com Domingos (2017), um algoritmo pode ser traduzido como “uma sequência de instruções que diz a um computador o que fazer” de acordo com um objetivo que é programado.

³¹ DOMINGOS, Pedro, *A revolução do algoritmo-mestre: como a aprendizagem automática está a mudar o mundo*, Barcelona, Manuscrito, 2017. P. 36

maior a quantidade e qualidade dos dados que são envolvidos, maior será a precisão dos algoritmos quanto ao propósito pelo qual foi programado.

Dessa forma, Bioni³² acredita que o maior problema por trás dessa economia informacional é que o usuário sequer sabe qual é o custo efetivo desse panorama. Temos um cenário em que o usuário é (hiper)vulnerável, pois não tem conhecimento efetivo sobre o tratamento de seus dados e os riscos da troca de seus dados em detrimento de determinados produtos ou serviços.

Em um mercado de consumo em que vale a lógica do “ter para ser” e que a aquisição de determinados bens de consumo determina a inserção na sociedade, o usuário, na maioria das vezes, acredita ser mais viável adquirir tal bem, ainda que isso o custe a cessão de seus dados.

Nessa ótica, explica Bioni³³ que o ser humano tem a tendência de sempre focar nos benefícios imediatos, o que seria representado, nessa lógica, pelo acesso a um produto ou serviço *on-line* sem observar os possíveis prejuízos à privacidade, vez que os danos só seriam percebidos no futuro.

Inclusive, na maioria das vezes, há apenas o uso de termos de adesão, que sequer são inteiramente lidos, e sua não aceitação gera a implicação de não poder adquirir determinado bem. Não há, de fato, uma escolha. Por isso, é difícil dizer que o consumidor tenha autonomia quanto a decidir sobre seus próprios dados.

E assim, indo de encontro à teoria adotada por Fiuza³⁴, é possível perceber que diante do contexto de veiculação de estratégias que influenciam a todo tempo a vontade dos usuários, é difícil concluir que os indivíduos sejam levados a fazer convenções baseados em sua própria vontade, pois dar tamanha importância ao elemento volitivo nesse contexto informacional seria ignorar o avanço das ciências que estudam a mente humana.

Destarte, é visível que dentro da economia digital e de um cenário de datificação das coisas, o marketing também tem relação intrínseca com os dados pessoais, ao passo que a infomação é que permite a elaboração e direcionamento de diversas estratégias de marketing. E, numa linha tênue, o marketing também é um dos meios pelo qual há diversas violações de dados pessoais, quando as estratégias se utilizam destes dados de forma desgovernada.

Por conseguinte, deve ser pensado um modo de conciliar o marketing com estratégias

³² BIONI, Bruno Ricardo. Op cit.

³³ BIONI, Bruno Ricardo. Op cit.

³⁴ FIUZA, Cesar. Por uma redefinição da contratualidade. 31 mar. 2017 In: Âmbito Jurídico. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/por-uma-redefinicao-da-contratualidade/>>. Acesso em 10 abr. 2020.

que se coadunem com a proteção de direitos e garantias fundamentais do indivíduo, de forma também a cumprir as legislações de proteção de dados atinentes, sobretudo a Lei Geral de Proteção de Dados (lei 13.709/18), o que se discutirá adiante.

3 DA EVOLUÇÃO DAS LEGISLAÇÕES SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS

Parte da doutrina vai no sentido de que a origem do direito à privacidade remonta às teses filosóficas de John Locke e John Stuart Mill. Locke³⁵ trouxe a ideia de liberdade como sendo a autonomia de dispor sobre sua pessoa, atos, bens ou qualquer coisa que lhe pertença. Em outra linha, Mill³⁶ acreditava que somente quando uma conduta humana afetasse os demais é que seriam gerados deveres e responsabilidades sociais. O indivíduo era soberano sobre si.

Mas Machado³⁷ lembra que, apesar de os autores abordarem uma liberdade que diz respeito a certo grau de autonomia, sem que terceiros interfiram, naquela época não se cunhavam as expressões “privacidade”, “intimidade” e “vida privada”.

Sendo assim, é plausível dizer que a discussão sobre o que hoje se diz ser privacidade se inicia de fato com a potencialidade de novas tecnologias, que se tornam invasivas, ao passo que dão margem à divulgação de informações da esfera privada do indivíduo.

Entende Mendes³⁸, um dos marcos para a referida discussão se deu com o artigo “the right of privacy”, escrito pelos autores Warren e Brandeis. Até aqui, menciona Cancelier³⁹, que a concepção de privacidade era a assumida pelo jurista Thomas McIntyre Cooley (1824-1898) que cunhou em 1888 a expressão “*right to be let alone*” (direito a estar só).

Explica Machado⁴⁰ que, na verdade, o artigo de Warren e Brandeis se propôs a apenas estabelecer limites para intromissão na vida privada. Isso pois Warren teria sido vítima de escândalo sobre sua vida conjugal, por ter se casado com a filha de um senador tradicional em Boston, e por ter mantido vida desordenada. Portanto, ainda que tenha sido um importante trabalho, os autores não definiram o *right to privacy* (direito à privacidade), limitando-se a defini-lo como um “direito a ser deixado só”.

³⁵ LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo. Petrópolis: Vozes, 1999.

³⁶ MILL, J. S. A liberdade/utilitarismo. 1. ed. Martins Fontes, 2000.

³⁷ MACHADO, Joana de Moraes Souza. Caminhos para a tutela da privacidade a sociedade da informação: a proteção da pessoa em face da coleta e tratamento de dados pessoais por agentes privados no Brasil. 2014. 186 p. Tese (Doutorado) - Fundação Edson Queiroz, Universidade de Fortaleza, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, 2014. Disponível em: <<http://uolp.unifor.br/oul/ObraSiteLivroTrazer.do?method=trazerLivro>>. Acesso em: 20 fev. 2021.

³⁸ MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. – Série IDP: linha de pesquisa.

³⁹ CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi; CRISTO, Camila Kohn de; MAFRA, Gabriela. Evasão de informações privadas: proteção à privacidade nos casos de pornografia de vingança. In: Anais do 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. 2017, Santa Maria. Anais Santa Maria: UFSM, 2017. p.1. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/evas%C3%A3o-de-informa%C3%A7%C3%B5es-privadas-prote%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-privacidade-nos-casos-de-pornografia-de-vingan%C3%A7>>. Acesso em: 03 jul. 2021.

⁴⁰ MACHADO, Joana de Moraes Souza. Op cit.

É nítido que, naquele contexto, a privacidade que se pretendia era uma prerrogativa de uma emergente classe burguesa, com foco individualista, sendo a privacidade um instrumento para marcar sua identidade na sociedade e para facilitar que a burguesia se isole dentro de sua própria classe, conforme aborda Machado⁴¹.

Nessa perspectiva, Rodotá⁴² lembra o quão importante é pensar nas inspirações que motivaram os “fundadores” da privacidade, a fim de entender o conceito que foi elaborado na época. O autor demonstra que o nascimento da privacidade, naquele momento, não era uma exigência “natural” de cada indivíduo, mas era uma aquisição de um privilégio para determinado grupo.

Por fim, se observa que a perspectiva do direito à privacidade era sua visão como um direito negativo. Logo, à medida em que o Estado se abstivesse de adentrar a esfera individual de cada um, o direito à privacidade seria garantido. É possível encaixar essa visão com a primeira geração de direitos fundamentais em que se inseria, vinculado diretamente com o direito à liberdade.

Uma nova visão sobre o assunto surge junto ao fim do século XX, aproximadamente em 1960, frente ao avanço de novas tecnologias e uma maior capacidade de tratar informações, conforme elenca Doneda⁴³. Isso pois, com tal avanço, cresce também o interesse pela tutela da privacidade e seu exercício. Sobre isso, Mendes⁴⁴ ensina que:

De um direito com uma dimensão estritamente negativa e com uma conotação quase egoísta, passou a ser considerado uma garantia de controle do indivíduo sobre as próprias informações e um pressuposto de um regime democrático. É nesse sentido que se pode afirmar que o século passado vivenciou um “processo de inexorável reinvenção da privacidade”

Portanto, percebe-se a necessidade de modificar a concepção do direito à privacidade para que abarque a proteção de dados pessoais, ao passo que ganha cada vez mais enfoque o tratamento informatizado de dados. Inclusive, Mendes⁴⁵ diz que, já em 1970 aproximadamente, são visualizadas decisões jurídicas e legislações que vão de encontro à posição de serem os dados pessoais uma projeção da personalidade do indivíduo e por isso hábeis a receber tutela jurídica.

Certo é que até o direito à proteção de dados ganhar espaço na doutrina como direito

⁴¹ MACHADO, Joana de Moraes Souza. Op cit.

⁴² RODOTÁ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

⁴³ DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção dos dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁴⁴ MENDES, Laura Schertel. Op cit

⁴⁵ MENDES, Laura Schertel. Op cit

fundamental, conforme entendem alguns autores como Mendes⁴⁶, e contar com legislações tão específicas como a *General Data Protection Regulation* e a Lei Geral de Proteção de Dados, podem ser visualizadas diversas fases.

Para percorrer o trajeto do referido direito, a doutrina majoritária se utiliza da concepção de Viktor Mayer-Scönberger, que discorre sobre a regulamentação da proteção de dados pessoais em quatro gerações distintas. Explica Doneda⁴⁷ que são:

[...] leis que partem desde um enfoque mais técnico e restrito até a abertura mais recente a técnicas mais amplas e condizentes com a profundidade da tecnologia adotada para o tratamento de dados, em busca de uma tutela mais eficaz e também vinculando a matéria aos direitos fundamentais.

A primeira geração de leis se insere no contexto do Estado Moderno, onde é presente uma quantidade massiva de dados, tendo em vista que o Estado se utilizava de informações para poder controlar a população. Nesse contexto, Doneda⁴⁸ explica que o destinatário principal dessas normas era o Estado e suas estruturas administrativas, haja visto que o núcleo dessas leis se embasava em concessão de autorizações para a criação de banco de dados e também do seu controle.

Nesse momento, a opção por princípios de proteção se deu em virtude de um receio do uso desenfreado de tecnologia, haja vista que ainda não se sabia ao certo quais eram os possíveis prejuízos desse uso. Portanto, a tecnologia representava uma ameaça. Essas leis tratavam de bancos de dados e não propriamente de privacidade, de forma mais genérica, e sem participação do cidadão no processo, conforme aborda Doneda⁴⁹.

Como exemplo de lei da primeira geração, tem-se o *Privacy Act*, norte-americano de 1974, que a doutrina acredita ter sido muito representativo. A primeira geração se estende, assim, até o implemento da *Bundesdatenschutzgesetz*, a lei federal da República Federativa da Alemanha sobre proteção de dados pessoais, de 1977.

Um ponto fundamental a ser destacado nesse contexto é que na Alemanha foram implementadas diversas leis nesse sentido, que vão além da *Bundesdatenschutzgesetz*. Sobre esse panorama de legislações da Alemanha, explica Gasiola⁵⁰ que:

[...] são reações a projetos estatais para implementar bancos de dados centralizados sobre a população, em meio à euforia tecnológica que marcou o pós-guerra. O choque

⁴⁶ MENDES, Laura Schertel. Op cit

⁴⁷ DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção dos dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 96

⁴⁸ DONEDA, Danilo. Op cit

⁴⁹ DONEDA, Danilo. Op cit

⁵⁰ GASIOLA, Gustavo Gil. Criação e desenvolvimento da proteção de dados na Alemanha. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/criacao-e-desenvolvimento-da-protacao-de-dados-na-alemanha-29052019>>. Acesso em 10 fev. 2021.

entre a recente lembrança (ou presença) dos governos autoritários e a iminência de tais projetos levou ao reconhecimento expresso da proteção de dados perante às pretensões públicas de aumentar seu poder informacional. O objetivo dessas leis era, acima de tudo, estabelecer limites e garantir a transparência na criação de bancos de dados.

Todavia, tal geração de leis se tornou ultrapassada, com a multiplicação de centros de processamento de dados. Na perspectiva de Doneda⁵¹, era inviável um controle focado em um regime de autorizações, que demandava acompanhamento contínuo. Aliado a isso, o processamento de dados passou a ser feito fora do domínio governamental, de forma privada.

Diante disso, ensejou-se a segunda geração de leis, momento em que segundo Bioni (2020), o usuário através de seu consentimento tem o poder de participar do processo de tratamento de dados, em fases como a coleta, uso e compartilhamento de seus dados pessoais.

Ademais, Doneda⁵² exemplifica que em 1978 houve um grande marco da segunda geração de leis, com a intitulada *Informatique et Libertées*, a Lei Francesa de Proteção de Dados Pessoais. A estrutura das leis já se baseavam na consideração da privacidade e na proteção de dados pessoais, ainda como uma liberdade negativa a ser exercida pelo indivíduo.

Mas progressivamente o fornecimento de dados pelos cidadãos começou a ser essencial, de forma que condicionava a sua participação na sociedade. Dessa forma, havia a necessidade de reformular as leis existentes, de forma a considerar a liberdade não só de forma negativa, mas também garantir que a liberdade seja efetiva. O cidadão precisava participar desse processo.

Com as transformações significativas decorrentes de novas tecnologias e da necessidade da informação como um ativo, a privacidade passa a ser vista como liberdade positiva, sendo um poder “de exigir, por exemplo, conhecimento, controle e disposição de dados relativos à individualidade [...] capazes de afetar autonomia e liberdades”⁵³.

Sendo assim, surge a terceira geração de leis, que segundo Bioni⁵⁴, amplia a participação do indivíduo agora para todas as fases. Os regulamentos são modificados até atingir o conceito central de “autodeterminação informativa”. Sobre isso, Doneda⁵⁵:

A proteção de dados é vista, por tais leis, como um processo mais complexo, que envolve a própria participação do indivíduo na sociedade e considera o contexto no qual lhe é solicitado que revele seus dados, estabelecendo meios de proteção para as ocasiões em que sua liberdade de decidir livremente é cerceada por eventuais condicionantes proporcionando o efetivo exercício da autodeterminação

⁵¹ DONEDA, Danilo. Op cit

⁵² DONEDA, Danilo. Op cit

⁵³ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; PONCE, Paula Pedigoni. Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado: o que permanece e o que deve ser reconsiderado. *Internet & Sociedade*, São Paulo, n.1, v. 1, 2020. P. 78-79

⁵⁴ BIONI, Bruno Ricardo. Op cit.

⁵⁵ DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção dos dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 97

informativa.

Contudo, essa geração ainda só abarcou uma parcela de indivíduos, tornando a terceira geração insuficiente. A autodeterminação informativa era concedida apenas a uma minoria, caminhando assim para a quarta geração, que prevalece até hoje. Conforme explica Bioni⁵⁶, “na feliz expressão de Mayer-Schonberger, somente os eremitas alcançariam a proteção plena de seus dados, já que, como decorrência da sua recusa em fornecê-los, amargariam o custo social decorrente da exclusão de tais atividades”.

A quarta geração nasce então de um anseio em superar essas desvantagens que decorrem de uma visão individualista por trás das outras gerações. Essa é a geração que é visualizada até hoje, em que há leis que priorizam os titulares dos dados frente a terceiros que possam manipular suas informações pessoais. Nas palavras de Doneda⁵⁷:

Nestas leis procura-se enfocar o problema integral da informação, pois elas presumem que não se pode basear a tutela dos dados pessoais simplesmente na escolha individual – são necessários instrumentos que elevem o padrão coletivo de proteção.

Há a busca por uma relação de equilíbrio entre o titular de dados e as entidades que realizam o processamento de seus dados, com a concessão do direito à autodeterminação informativa. A tentativa é de empoderar o titular de dados dentro desse processo.

Portanto, é perceptível a existência de um verdadeiro “processo inexorável de reinvenção da privacidade”, conforme diz Stefano Rodotà⁵⁸, onde surge o direito à proteção de dados pessoais, que segundo Mendes⁵⁹, é concebido como um direito fundamental autônomo cuja proteção é vinculada à tutela da dignidade e personalidade dos titulares de dados em meio à sociedade da informação.

Sendo assim, importante distinguir, conforme Garcel et al⁶⁰ o direito à privacidade o direito à proteção de dados. Dessa forma, o direito à privacidade pode ser compreendido como um direito humano fundamental que proíbe a interferência do Estado na vida privada, exceto nas hipóteses previstas em lei, envolvendo a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra, imagem, casa e do sigilo das telecomunicações. Já o direito à proteção de dados pode

⁵⁶ BIONI, Bruno Ricardo. Op cit.

⁵⁷ DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção dos dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 98

⁵⁸ RODOTÁ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 15

⁵⁹ MENDES, Diego Ferreira. O equiparado a consumidor e sua proteção no CDC. In: Reflexões de magistrados paulistas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

⁶⁰ GARCEL, Adriane; MORO, Sergio Fernando; SOUZA NETTO, José Laurindo de; HIPPERTT, Karen Paiva. Lei geral de proteção de dados: diretrizes e implicações para uma sociedade pandêmica. Coletâneas de artigos jurídicos: em homenagem ao Professor José Laurindo de Souza Netto. Viviane C. de S. K., Adriane G., José L. de S. N. I.ed., Curitiba: Clássica Editora, 2020.

ser visto como um direito que impõe o funcionamento de mecanismos de segurança que protejam o indivíduo cujos dados são coletados, processados, armazenados e utilizados.

Nessa perspectiva, cabe elucidar como se deu esse processo de evolução das legislações, tanto no panorama internacional quanto no brasileiro, até abarcar o conceito de proteção de dados pessoais, a fim de entender melhor a implementação da LGPD.

3.1 A proteção de dados pessoais no panorama internacional

Diante do desenvolvimento de uma economia digital, que guarda relação intrínseca com fluxos de bases de dados, sobretudo aqueles relacionados a pessoas, foi necessário o surgimento de regulamentações sobre proteção de dados pessoais.

Importante destacar que, como explica Silva⁶¹, um dos primeiros instrumentos jurídicos que regulamentaram a coleta, manutenção e uso de informações pessoais, mantidos em registros de órgãos federais se deu com a Lei da Privacidade (*Privacy Act*), em 31 de dezembro de 1974, nos Estados Unidos. Contudo, era um regulamento limitado às agências do governo, que usavam de tecnologias essenciais, que tinham determinado risco.

Ainda assim, é principalmente na União Europeia que surgem leis de grande destaque quanto ao assunto de proteção de dados, que serviram de influência para que outros países também implementassem legislações sobre o tema, o que Pinheiro⁶² diz ser um “efeito dominó” que foi causado.

Entende Krieger⁶³ que apesar de já existirem alguns regulamentos anteriores, é em 1980 que de fato a União Europeia se atenta de fato ao assunto, com uma preocupação maior.

Inicialmente, o Conselho Europeu regulamentou a Convenção nº 108, que trouxe a relação entre dados pessoais e o livre fluxo informacional transfronteiriço, conforme indica Krieger⁶⁴. Esse foi o primeiro documento que tentou unificar e regulamentar a proteção de dados pessoais, com objetivos, finalidades, princípios, definição de fluxo de dados e também acesso e consulta a bancos de dados.

Notório salientar que já no preâmbulo de tal legislação estavam contidos os objetivos

⁶¹ SILVA, M. A. C. et al. Cultura Inovativa e Formação de Ambiente Inovador. In: XVII SEMEAD Seminários em Administração, ISSN 2177-3866. São Paulo: out. 2014.

⁶² PINHEIRO, Patrícia Peck. Proteção de Dados Pessoais: comentários à lei n. 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva, 2018.

⁶³ KRIEGER, Maria Victoria Antunes. A análise do instituto do consentimento frente à lei geral de proteção de dados do Brasil (lei nº 13.709/18). Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 2019. Data da publicação: 05 dez. 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/203290/TCC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

⁶⁴ KRIEGER, Maria Victoria Antunes. Op cit.

do Conselho da Europa, que pretendiam uma união mais estreita entre os membros a fim de buscar a supremacia de direitos humanos e liberdades fundamentais e, ao mesmo tempo, a liberdade de informação transfronteiriça, garantindo segurança dos dados pessoais.

Além disso, trouxe diversos princípios, como: da transparência; da exatidão; da finalidade; do livre acesso; da segurança física e lógica que, na opinião de Doneda⁶⁵, formaram a espinha dorsal de diversas leis, tratados, convenções ou acordos entre privados em matéria de proteção de dados pessoais.

Todavia, apesar de ser um documento propulsor para outras regulamentações diversas, era apenas uma recomendação e referência para que outros Estados membros criassem suas leis. Ademais, através de tal Convenção, foi possível influenciar a geração da Diretiva Europeia de Dados Pessoais (95/46 CE).

Primeiramente, importante dizer que através de uma diretiva é estruturado o modelo europeu, que conforme indica Doneda⁶⁶, trata-se de “uma disciplina ampla e detalhada que é transposta para a legislação interna de cada estado-membro”. Basicamente serve, então, como uma uniformização legislativa.

A Diretiva 95/46/CE tinha como objetivo principal a uniformização da coleta, tratamento e uso dos dados pessoais entre os estados membros da União Europeia. Havia a preocupação em assegurar a livre circulação dos dados pessoais, mas não de forma descontrolada. Assim, traz como uma de suas inovações a introdução de deveres àqueles que realizam o tratamento de dados (*data controllers*).

Cabem citar alguns artigos que carregam inovações que permearam diversas legislações de proteção de dados. Em seu artigo 2º, há a definição de dados pessoais como sendo “qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável”.

Nesse mesmo artigo 2º, na alínea b, há a conceituação de tratamento de dados pessoais, sendo uma operação ou conjunto de operações com base em dados pessoais, ainda que não de forma automatizada, envolvendo todo o ciclo de dados, desde a coleta até sua destruição.

Ademais, também no artigo 2º, alínea h, pode-se ainda observar a conceituação do consentimento, sendo trazido como “qualquer manifestação de vontade, livre, específica e informada, pela qual a pessoa em causa aceita que dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objecto de tratamento”. Inclusive, na alínea a do artigo 7º, vê-se que o consentimento é colocado como fundamental no tratamento de dados, excluídos os casos de dispensa, o que se assemelha inclusive com a disposição feita pela LGPD.

⁶⁵ DONEDA, Danilo. Op cit

⁶⁶ DONEDA, Danilo. Op cit

Não obstante, o artigo 22 traz a garantia de que os titulares de dados poderão responsabilizar aqueles que violaram a seus direitos, o que traz a real importância da proteção de dados pessoais. Inclusive, seu artigo 27 trazia a proibição de compartilhamento de dados com países que não protegessem dados pessoais.

Por isso, afirma Bioni⁶⁷, que a inovação trazida por essa regulamentação é tamanha a fim de ser hábil a enquadrá-la, inclusive, na quarta geração de leis de proteção de dados, pois o foco da Diretiva gira em torno do titular dos dados e dos *data controllers*.

Com a implementação de diretivas, cada país possui um determinado prazo para que faça a adaptação, o que se chama de “transposição” e que pode gerar à resposta pela mora do país diante da Corte Europeia de Justiça⁶⁸.

Porém, em 27 de abril de 2016, é aprovado o Regulamento (EU) 2016/679, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (*General Data Protection Regulation*), conhecido como GDPR, que revogou a Diretiva 95/46/CE, contudo manteve seus princípios, conforme indica Malheiro⁶⁹.

O requisito do consentimento aparece diversas vezes na lei e ganha um enfoque, aparecendo ao lado de adjetivações como “livre”, “específico”, “informado” e “inequívoco”. Apesar de o artigo 6º demonstrar outras hipóteses em que o consentimento é dispensado, vê-se que o consentimento ganha enfoque através dessa regulamentação. Importante observar as diversas adjetivações que aparecem no item 32 das considerações, assim como no item 11 de seu artigo 4º:

(32) O consentimento do titular dos dados deverá ser dado mediante um ato positivo claro que indique uma manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca de que o titular de dados consente no tratamento dos dados que lhe digam respeito, como por exemplo mediante uma declaração escrita, inclusive em formato eletrônico, ou uma declaração oral. [...] O consentimento deverá abranger todas as atividades de tratamento realizadas com a mesma finalidade. Nos casos em que o tratamento sirva fins múltiplos, deverá ser dado um consentimento para todos esses fins. Se o consentimento tiver de ser dado no seguimento de um pedido apresentado por via eletrônica, esse pedido tem de ser claro e conciso e não pode perturbar desnecessariamente a utilização do serviço para o qual é fornecido.

Art. 4º

(11) «Consentimento» do titular dos dados: uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento.

⁶⁷ BIONI, Bruno Ricardo. Op cit.

⁶⁸ DONEDA, Danilo. Op cit

⁶⁹ MALHEIRO, Luíza Fernandes. O consentimento na proteção de dados pessoais na Internet: uma análise comparada do Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu e do Projeto de Lei 5.276/2016. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2017. Data da publicação: 8 jan. 2018. Disponível em: < bdm.unb.br/handle/10483/18883 >. Acesso em: 20 mar. 2021.

Conforme é possível visualizar pelos artigos que dispõem sobre o consentimento na GDPR, indica Bioni⁷⁰ que o consentimento nesta lei parte de uma ação afirmativa ou declaração, que coloca a manifestação de vontade do titular com destaque.

A importância dada ao consentimento também é visualizada em diversos outros artigos do Regulamento, como o item 60⁷¹ e o item 61⁷².

O considerando nº 10 demonstra a importância que o Regulamento confere a assegurar um nível de proteção coerente e elevado de proteção de dados pessoais na União Europeia e trazer uma determinação maior sobre o tratamento de tais dados.

Dessa forma, o responsável pelo tratamento de dados pessoais, deve garantir a segurança dos dados pessoais e também informar sobre todo o tratamento para as autoridades de controle.

Sendo assim, o Regulamento dispõe de uma legislação completa sobre proteção de dados, que inspirou a criação de outras legislações de dados em outros sistemas jurídicos, inclusive o brasileiro, sobretudo por trazer que o compartilhamento de dados com os países da União Europeia só poderá ser feito com países que tenham proteção adequada aos dados.

3.2 A proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro

Na perspectiva da maioria dos autores, como Krieger⁷³, a proteção de dados começa a ser tratada no Brasil, ainda que de forma tácita, a partir da Constituição Federal de 1988, através da proteção ao direito de personalidade, à liberdade de expressão (art. 5º, IX) e pelo

⁷⁰ BIONI, Bruno Ricardo. Op cit.

⁷¹ (60) Os princípios do tratamento equitativo e transparente exigem que o titular dos dados seja informado da operação de tratamento de dados e das suas finalidades. O responsável pelo tratamento deverá fornecer ao titular as informações adicionais necessárias para assegurar um tratamento equitativo e transparente tendo em conta as circunstâncias e o contexto específicos em que os dados pessoais forem tratados. O titular dos dados deverá também ser informado da definição de perfis e das consequências que daí advêm. Sempre que os dados pessoais forem recolhidos junto do titular dos dados, este deverá ser também informado da eventual obrigatoriedade de fornecer os dados pessoais e das consequências de não os facultar. Essas informações podem ser fornecidas em combinação com ícones normalizados a fim de dar, de modo facilmente visível, inteligível e claramente legível uma útil perspectiva geral do tratamento previsto. Se forem apresentados por via eletrónica, os ícones deverão ser de leitura automática.

⁷² (61) As informações sobre o tratamento de dados pessoais relativos ao titular dos dados deverão ser a este fornecidas no momento da sua recolha junto do titular dos dados ou, se os dados pessoais tiverem sido obtidos a partir de outra fonte, dentro de um prazo razoável, consoante as circunstâncias. Sempre que os dados pessoais forem suscetíveis de ser legitimamente comunicados a outro destinatário, o titular dos dados deverá ser informado aquando da primeira comunicação dos dados pessoais a esse destinatário. Sempre que o responsável pelo tratamento tiver a intenção de tratar os dados pessoais para outro fim que não aquele para o qual tenham sido recolhidos, antes desse tratamento o responsável pelo tratamento deverá fornecer ao titular dos dados informações sobre esse fim e outras informações necessárias. Quando não for possível informar o titular dos dados da origem dos dados pessoais por se ter recorrido a várias fontes, deverão ser-lhe fornecidas informações genéricas.

⁷³ KRIEGER, Maria Victoria Antunes. Op cit.

direito à informação (art. 5, XIV).

Não obstante, se depreende a garantia da inviolabilidade da vida privada e intimidade (art. 5º, X), o habeas data (art. 5º, LXXII) e a interceptação das comunicações telefônicas, telegráficas ou de dados (art. 5º, LXXII). Cabe a observação destes dispositivos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

[...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[...]

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

Ato contínuo, outras normas setoriais passam a dispor indiretamente sobre proteção de dados, ainda que de forma tímida, como fez o Código de Defesa do Consumidor, em 1990. O seu artigo 43 expõe a proteção dada ao titular dos dados frente a bancos de dados e cadastros. O CDC traz a exigência de que os cadastros e dados sejam claros, objetivos, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão. Não obstante, frise-se a importância da comunicação acerca da abertura de cadastros, ficha, registro e dados pessoais e de consumo:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. §1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. §4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

§6º Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor.

Conforme entende Doneda⁷⁴, teria o legislador brasileiro buscado orientação no *Fair Information Principles*, lei que é elencada por grande parte da doutrina como um “marco normativo dos princípios de proteção de dados pessoais” no Brasil.

De acordo com Bioni⁷⁵, a legislação consumerista fez a opção clara de conferir ao consumidor o direito de controle de suas informações pessoais, no mesmo padrão regulatório das FIPPs, através de uma normatização que foi desenhada para que o consumidor pudesse autodeterminar suas informações pessoais.

Todavia, tal como entendem Andrade e Moura⁷⁶, ainda havia a clara preocupação em regular os bancos de dados, sem uma relação expressa com a necessidade de consentimento. Dizem os autores que:

O presente artigo, entretanto, analisa a regra do CDC de forma mais crítica, pois se preocupa mais com a regulamentação dos Bancos de Dados do que com o consentimento prévio ao registro ou arquivamento dos mesmos, estando mais próxima das normas de primeira geração do que as de terceira. Ademais, a suposta autodeterminação informacional do consumidor resta ainda mais fragilizada a partir da Súmula no 404, do STJ, que adverte: “É dispensável o a visto de recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros.”.

Também acredita Bioni⁷⁷ que a legislação busca abranger a todo e qualquer banco de dados que atinja o livre desenvolvimento da personalidade do consumidor. Por fim, conclui Mendes⁷⁸ que a proteção dada aos dados pessoais na relação de consumo ainda é frágil, pois ao utilizar dados para elaborar o perfil do consumidor, pode ser notado um tratamento discriminatório:

Ao se examinar o tratamento de dados pessoais realizado no âmbito da relação de consumo, é fundamental se considerar a vulnerabilidade do consumidor nesse processo. Isso porque os dados pessoais, assim como as demais informações extraídas a partir deles, constituem-se em uma representação virtual da pessoa perante a sociedade, ampliando ou reduzindo as suas oportunidades no mercado, conforme a sua utilização. O risco ao consumidor que tem os seus dados coletados e processados ocorre, principalmente, quando o tratamento dos dados é realizado de forma equivocada ou discriminatória, acarretando a sua classificação e discriminação no mercado de consumo. Isso acaba por afetar expressivamente o seu acesso a bens e serviços e as suas oportunidades sociais⁷⁹.

Nessa esteira de legislações, surge no ano de 2011 a lei 12.414/2011, “Lei do Cadastro Positivo”, que busca regulamentar os dados derivados de operações financeiras e

⁷⁴ DONEDA, Danilo. Op cit

⁷⁵ BIONI, Bruno Ricardo. Op cit.

⁷⁶ ANDRADE, Diego de Calasans Melo; MOURA, Plínio Rebouças de. O direito de consentimento prévio do titular para o tratamento de dados pessoais no ciberespaço. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias, Goiânia, v.5, n.1, p.1 10-133, Jan/Jun de 2019.

⁷⁷ BIONI, Bruno Ricardo. Op cit.

⁷⁸ MENDES, Laura Schertel. Op cit

⁷⁹ MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. – Série IDP: linha de pesquisa. P. 198.

adimplementos dos consumidores, com o objetivo de facilitar a concessão de crédito, como entende Krieger⁸⁰.

À medida em que o consentimento é colocado como necessário para o compartilhamento de dados, Mendes⁸¹ acredita ser uma lei que consolida a evolução por trás do conceito de autodeterminação informativa no ordenamento.

Nessa Lei, tal como indica Bioni⁸², a situação econômica do postulante de crédito não é obtida apenas através de informações negativas (como o não adimplemento de dívidas) mas também são notadas outras informações que referenciam dados positivos de seu histórico de adimplemento.

De acordo com Bessa⁸³, os bancos de dados com informações de crédito já existiam anteriormente a lei de cadastro positivo, mas se registravam apenas informações negativas:

A grande maioria das informações registradas é denominada negativa: referem-se a dívidas vencidas e não pagas. Por se tratar de informação que enseja, invariavelmente, a avaliação desfavorável quanto à concessão de crédito a alguém, cunhou-se o termo negativo e suas derivações: o consumidor não é registrado ou inscrito nos bancos de dados, ele é negativado⁸⁴.

Ao passo que a legislação traz a orientação de que o titular dos dados pessoais deve ter o poder de gerenciá-los, já traz inovação em relação à legislação consumerista, que apenas previa a comunicação da abertura do banco de dados. Inclusive, pelo requisito do consentimento aqui observado, Krieger⁸⁵ observa a introdução do sistema *opt-in* no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, cabe ao gestor da base de dados o dever de observar a não coleta de informações excessivas e sensíveis para a análise de crédito, tal como a obrigação de não utilizá-las para outras finalidades, o que indica Bioni⁸⁶ ser mais um indicício de uma técnica legislativa que capacita o consumidor sobre o controle de suas informações possíveis e referencia a autodeterminação informacional.

Também cabe a observação da implementação da Lei Complementar nº 166/2019, que regridiu ao sistema *opt-out*, diante da inclusão de consumidores no banco de dados de forma automática, tal como afirma Bioni⁸⁷.

⁸⁰ KRIEGER, Maria Victoria Antunes. Op cit.

⁸¹ MENDES, Laura Schertel. Op cit

⁸² BIONI, Bruno Ricardo. Op cit.

⁸³ BESSA, Leonardo Roscoe. Cadastro Positivo: Comentário à Lei nº. 12.414, de 09 de junho de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

⁸⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. Op cit

⁸⁵ KRIEGER, Maria Victoria Antunes. Op cit.

⁸⁶ BIONI, Bruno Ricardo. Op cit.

⁸⁷ BIONI, Bruno Ricardo. Op cit.

Mas na linha cronológica da legislação brasileira sobre dados, certo é que ganhou destaque o Marco Civil da Internet. Tal regulamentação ganhou importância e teve seu trâmite legislativo acelerado após notícia escandalosa de espionagem trazida por um ex-analista, Edward Snowden, dentro da Agência Nacional de Segurança dos Estados Unidos.

Na oportunidade, demonstrou-se a repercussão dessa espionagem no âmbito brasileiro. Isso gerou preocupação no âmbito brasileiro e motivou o discurso da presidente Dilma em adotar o regimento de urgência da lei⁸⁸, culminando na aprovação do Marco num evento de governança multisetorial da internet (NetMundial)⁸⁹.

De acordo com Leonardi⁹⁰, o sistema jurídico brasileiro não dispunha de uma lei específica que regulasse de maneira ampla a proteção de dados. Sendo assim, a solução era criar normas com termos correlatos. Mas o autor afirma que o MCI nunca pretendeu substituir uma lei geral de proteção de dados pessoais, pois apenas pretendia ser um “passo no caminho legislativo”.

Na explicação de Bioni⁹¹, o Marco Civil da Internet se constitui como uma reação à tentativa de regular o uso da internet por meio de leis penais, já que uma técnica prescritiva e restritiva para regular o uso da internet poderia resultar em um retardo da inovação tecnológica no país. Por isso, essa legislação se afasta dessa técnica e busca regular o uso da internet, conferindo direitos e garantias do cidadão nas relações travadas no meio virtual, de uma forma principiológica.

De fato, há menção expressa ao consentimento, bem como a sua adjetivação, pois tentou-se conferir proteção especial ao titular de dados, conferindo participação no tratamento de dados. Porém, Leonardi⁹² afirma que a pressa legislativa em acrescentar diversos dispositivos de forma acelerada na legislação após o escândalo de Snowden fez com que tal legislação se tornasse um microsistema confuso, restritivo e contraditório.

Além disso, conforme explica Malheiro⁹³, não havia até o momento uma legislação que trata diretamente da proteção de dados em si, o que veio a ser efetivamente regulamentado por meio da Lei Geral de Proteção de Dados, em 2018.

⁸⁸ TAVARES, Mônica. Após espionagem, Dilma pede urgência de votação do Marco Civil da Internet. **O Globo**. 11 de set 2013. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/apos-espionagem-dilma-pede-urgencia-de-votacao-do-marco-civil-da-internet-9912712>>. Acesso em: 22 jul 2021

⁸⁹ ARAGÃO, Alexandre. Dilma sanciona Marco Civil na abertura do NETMundial. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 23 abr 2014. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/04/1444200-dilma-sanciona-marco-civil-na-abertura-do-netmundial.shtml>>. Acesso em 22 jul 2021

⁹⁰ LEONARDI, Marcel. Aspectos controvertidos entre a Lei Geral de Proteção de Dados e o Marco Civil da Internet. In: Temas atuais de proteção de dados. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

⁹¹ BIONI, Bruno Ricardo. Op cit.

⁹² LEONARDI, Marcel. Op cit

⁹³ MALHEIRO, Lúiza Fernandes. Op cit.

Logo, o Brasil encontrava a necessidade urgente de uma legislação que fosse específica sobre o tema de proteção de dados, sobretudo frente a influência gerada pela GDPR, quando traçou em seu artigo 46 que a transferência de dados só poderia ser feita a países que também tivesse leis que gerassem uma proteção adequada, vejamos:

Artigo 46.º. Transferências sujeitas a garantias adequadas 1. Não tendo sido tomada qualquer decisão nos termos do artigo 45.o, n.o 3, os responsáveis pelo tratamento ou subcontratantes só podem transferir dados pessoais para um país terceiro ou uma organização internacional se tiverem apresentado garantias adequadas, e na condição de os titulares dos dados gozarem de direitos oponíveis e de medidas jurídicas corretivas eficazes.

O debate acerca de uma legislação de proteção de dados, conforme expõe Bioni⁹⁴, já existia desde 2010. A primeira versão do anteprojeto foi colocada para consulta em 2010⁹⁵. Então, após quase uma década de debates, é que o Brasil finalmente aprovou uma Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Sendo assim, tamanha a sua importância, cabe falar especificamente sobre ela.

⁹⁴ BIONI, Bruno Ricardo. *Op cit.*

⁹⁵ Dispõe sobre a proteção de dados pessoais, a privacidade e dá outras providências. Disponível em: <<http://culturadigital.br/dadospessoais/files/2010/11/PL-Protecao-de-Dados.pdf>>. Acesso em 22 jul 2021.

4 DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI 13.709/18) E DA READEQUAÇÃO DAS ESTRATÉGIAS DE MARKETING

A Lei n. 13.709/2018 dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, sendo inédita ao especificar o tema de proteção de dados pessoais, o que antes não havia sido feito no ordenamento jurídico brasileiro. Indo na mesma linha de pensamento da GDPR, a Lei de Proteção de Dados Pessoais da União Europeia, a legislação brasileira regula uma série de princípios, direitos e obrigações relacionados ao tratamento de dados pessoais. Na perspectiva de Pinheiro⁹⁶:

A Lei n. 13.709/2018 é um novo marco legal brasileiro de grande impacto, tanto para as instituições privadas como para as públicas, por tratar da proteção dos dados pessoais dos indivíduos em qualquer relação que envolva o tratamento de informações classificadas como dados pessoais, por qualquer meio, seja por pessoa natural, seja por pessoa jurídica. É uma regulamentação que traz princípios, direitos e obrigações relacionados ao uso de um dos ativos mais valiosos da sociedade digital, que são as bases de dados relacionados às pessoas.

Também de acordo com Pinheiro⁹⁷, a lei teve como espírito a proteção dos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana, ao passo que o tratamento de dados pessoais deve cumprir um rol de princípios e também garantir um controle da segurança das informações, podendo inclusive incorrer em responsabilização.

Certo é que, ao introduzir a necessidade de uma cultura de proteção de dados pessoais, bem como ao trazer possíveis sanções pelo seu descumprimento, a LGPD impactou o cenário do tratamento de dados pessoais no Brasil, trazendo a necessidade de diversas mudanças internas e externa para aqueles que buscassem estar em conformidade com tal regulamentação.

Nessa linha de pensamento, cabe percorrer as principais inovações legislativas trazidas com a LGPD, a fim de entender, posteriormente, o impacto sobre as estratégias de marketing atualmente utilizadas.

4.1 Das mudanças trazidas pela Lei Geral de Proteção de Dados

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) regulamentou a proteção de dados pessoais em âmbito nacional, buscando o equilíbrio entre a proteção dos direitos da pessoa e a necessidade de circulação de informação. De acordo com Garcel et al⁹⁸, “a LGPD

⁹⁶ PINHEIRO, Patrícia Peck. Proteção de Dados Pessoais: comentários à lei n. 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva, 2018. P. 15

⁹⁷ PINHEIRO, Patrícia Peck. Op cit

⁹⁸ GARCEL, Adriane; MORO, Sergio Fernando; SOUZA NETTO, José Laurindo de; HIPPERTT, Karen Paiva.

reflete aquilo que vem ser a espinha dorsal das regulamentações existentes acerca da proteção de dados que tratam das questões principais com as quais o ordenamento irá ter que lidar”.

A legislação define seu escopo sendo o tratamento de dados pessoais, que de forma extensa, é trazido pelo artigo 5º, X, como

toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração

Já em seu artigo 2º, a LGPD expõe seus fundamentos, quais sejam: respeito à privacidade e autodeterminação informativa; liberdade de expressão, informação, comunicação e opinião; inviolabilidade da intimidade, da honra e imagem; desenvolvimento econômico e tecnológico; inovação, livre iniciativa, concorrência e defesa do consumidor; direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, dignidade e exercício da cidadania.

Frisa Garcel et al.⁹⁹ que o objetivo precípua da legislação é dar a garantia de que a pessoa tenha ciência sobre quais dados são acessados, coletados, armazenados, bem como para qual fim e por quem, objetivo que pode ser percebido a partir da análise dos princípios que embasam a proteção de dados no país, consagrados no artigo 6º: boa-fé, finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas.

Cabe destacar que, conforme entende Pinheiro¹⁰⁰, a regulamentação de proteção de dados pessoais é uma legislação principiológica, por isso os princípios merecem especial atenção.

Primeiramente, o tratamento de dados deve ser baseado no princípio da boa-fé, estabelecendo um padrão ético entre as partes, de acordo com a expectativa e confiança depositados pelo titular de dados pessoais.

O princípio da finalidade traz a necessidade de um juízo de ponderação entre a utilização de determinados dados para certa finalidade, conforme indica Doneda¹⁰¹. Consagra também que a utilização dos dados deve percorrer os moldes daquilo que foi dito no momento

Lei geral de proteção de dados: diretrizes e implicações para uma sociedade pandêmica. Coletâneas de artigos jurídicos: em homenagem ao Professor José Laurindo de Souza Netto. Viviane C. de S. K., Adriane G., José L. de S. N. 1.ed., Curitiba: Clássica Editora, 2020. P. 9

⁹⁹ GARCEL, Adriane; MORO, Sergio Fernando; SOUZA NETTO, José Laurindo de; HIPPERTT, Karen Paiva. Op cit.

¹⁰⁰ PINHEIRO, Patrícia Peck. Op cit

¹⁰¹ DONEDA, Danilo. Op cit

do recolhimento, com finalidade legítima e em conformidade com as normas que regulamentam o tratamento de dados do início ao fim, conforme explicam Corrêa e Gediel¹⁰².

O princípio da adequação resguarda que a informação que é solicitada tenha pertinência a essa finalidade que é exposta, assegurando que o dado é recolhido para motivação legítima. E o princípio da necessidade, por sua vez, traz que o recolhimento de dados deve ser o mínimo possível, apenas para cumprir com a finalidade por trás do tratamento, para coibir que o recolhimento se dê de maneira desproporcional e excessiva.

Ademais, Garcel et al.¹⁰³ explica que o princípio da proporcionalidade no uso de dados para obter os fins que se desejam também deverá ser observado.

Já o princípio do livre acesso traz a garantia de que o titular de dados seja informado sobre o todo processo de tratamento de seus dados, bem como de que pode solicitar a qualquer momento as informações que desejar e inclusive retifica-los, suprimi-los ou complementa-los. Esse princípio também vai de encontro ao princípio da transparência, que diz respeito à necessidade do responsável de informar o titular de dados sobre as especificidades do tratamento de dados.

Outrossim, de acordo com o princípio da qualidade dos dados, os dados devem ser atualizados, claros e exatos. Além disso, não poderão promover discriminação do titular dos dados, de qualquer natureza, conforme consagra o princípio da não discriminação.

Por fim, os princípios da prevenção, segurança, responsabilização e prestação de contas buscam garantir que o tratamento de dados se baseie em um sistema que garanta a segurança dos dados, bem como a gestão de riscos de segurança da informação por trás de tal tratamento, evitando quaisquer danos oriundos do tratamento de dados. Em caso de descumprimento ou violação de direitos do titular, ocorrerá a sua responsabilização, portanto.

Dentre os conceitos trazidos pela LGPD, importante trazer o conceito de dado pessoal, haja vista que, conforme sustenta Bioni¹⁰⁴, é um conceito central tendo em vista que um dado que não seja pessoal não tem a tutela jurídica da LGPD. Na LGPD, portanto, dado pessoal é não só aquela informação relativa à pessoa diretamente identificada, mas também a que permita identificá-la.

Fundamental também observar que a legislação traz mais duas categorias de dados, que merecem atenção específica, quais sejam: os dados sensíveis e os dados anonimizados.

¹⁰² CORRÊA, Adriana Espíndola; GEDIEL, José Antônio Peres. Proteção Jurídica de Dados Pessoais: a intimidade sitia da entre o Estado e o Mercado. Revista da Faculdade de Direito UFPR, n. 47. Curitiba, 2008.

¹⁰³ GARCEL, Adriane; MORO, Sergio Fernando; SOUZA NETTO, José Laurindo de; HIPPERTT, Karen Paiva. Op cit.

¹⁰⁴ BIONI, Bruno Ricardo. Op cit.

Sendo assim, o artigo 5º, II, afirma que dados anonimizados são aqueles relativos a titulares que não possam ser identificados por meio de técnicas razoáveis e disponíveis no tratamento e, por sua vez, dados sensíveis são aqueles sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

Convém também explicitar a distinção entre as figuras do controlador e o operador, que assumem responsabilidades distintas no momento do tratamento de dados. De acordo com o artigo 5º, VI, controlador é a

pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais” e, por sua vez, o operador é a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador

Não obstante, ainda há a figura do encarregado, que será uma pessoa indicada entre o controlador e o operador, em conjunto, a fim de servir como elo entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

Fundamental destaque também merece a figura do consentimento, consagrada no artigo 5º, XII, como “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de dados pessoais para uma finalidade determinada”. Bioni¹⁰⁵ defende que, apesar de existirem outras bases legais que motivam o tratamento de dados expostas pela Lei, o consentimento continua merecendo especial destaque, sendo citado mais de 30 vezes ao longo da legislação.

O consentimento é um meio para implemento do direito à autodeterminação informativa e, tal como elenca Doneda¹⁰⁶, serve como “mola propulsora” na estrutura de proteção de dados pessoais. O titular tem o poder de anuir ou não com a coleta e tratamento de suas informações e participa de todas as etapas do processamento de dados.

O intuito da Lei em adjetivar extensivamente o consentimento, colocar o campo gravitacional dos princípios com centro no indivíduo e dar regramento específico ao instituto, denota a importância dada ao consentimento, conforme explica Bioni¹⁰⁷.

Ademais, junto ao consentimento, figuram outras hipóteses para a realização do tratamento de dados pessoais, no artigo 7º, sendo basilar que uma das hipóteses esteja configurada para que seja possível o tratamento:

¹⁰⁵ BIONI, Bruno Ricardo. Op cit.

¹⁰⁶ DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção dos dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 212.

¹⁰⁷ BIONI, Bruno Ricardo. Op cit.

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

- I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;
- II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;
- IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;
- V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;
- VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);
- VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
- VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;
- IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou
- X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

Outrossim, há um rol de informações que o titular terá acesso quando solicitar, que deverão ser fornecidas de maneira clara, adequada e ostensiva, com fins de garantir o princípio do livre acesso, supra explicitado. Esse direito é fulcrado no artigo 9º:

Art. 9º O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso:

- I - finalidade específica do tratamento;
- II - forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial;
- III - identificação do controlador;
- IV - informações de contato do controlador;
- V - informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade;
- VI - responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e
- VII - direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei.

Não obstante, indo além de uma visão teórica, a Lei traz a exigência de que os agentes de tratamento observem boas práticas de segurança e governança, priorizando a segurança de dados, dedicando capítulo especial ao tema, inclusive cobrando que ocorra a comunicação sobre as práticas que vêm sendo adotadas, bem como sobre a possibilidade de risco ou dano aos dados dos titulares ou incidentes de segurança que ocorreram.

Por fim, a legislação ainda cria a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal, que observará o cumprimento da LGPD, bem como poderá aplicar possíveis sanções ao descumprimento da legislação, conferindo aplicabilidade

às disposições trazidas pela Lei.

A *vacatio legis* da LGPD, em 2018, era de dois anos, mas a entrada em vigor da Lei passou por um cenário de reformulações, prevalecendo ao fim a entrada em vigor em 18 de setembro de 2020, com a Lei 14.058/20 e as sanções tiveram sua entrada em vigor adiada para o dia 1º de agosto de 2021, por força da Lei nº 14.010/20.

O impacto sentido pela LGPD já começou a ser sentido poucos dias depois da sanção presidencial que confirmou a sua vigência, em 21 de setembro de 2020, pois a Lei já embasava o ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) perante a Infortexto LTDA¹⁰⁸, com base na LGPD, o que já serviu para demonstrar a importância da adequação à legislação.

Dessa forma, discorrido o impacto trazido pela LGPD, bem como as principais inovações legislativas que trouxe, é possível passar ao impacto que a legislação traz especificamente quanto ao cenário das técnicas de marketing atualmente utilizadas.

4.2 Da readequação das estratégias de marketing

Com a evolução do marketing e a chegada de tecnologias cada vez mais invasivas, tornou-se intrínseca a relação entre as estratégias de marketing e a captação de dados. À medida em que as informações passam a ser o cerne das atividades empresariais, mais invasivas tornam-se as tecnologias, a fim de conseguirem traçar melhor os padrões de comportamento dos usuários e assim fornecer produtos direcionados. Na perspectiva de Oliveira e Silva¹⁰⁹:

Nesta roda viva tecnológica dos dados pessoais, tecnologias cada vez mais invasivas são utilizadas para extrair e analisar padrões de comportamentos online e estas informações passam a constituir a base de diversas atividades empresariais. “Não existe almoço grátis” é um ditado bem pertinente quando o assunto é coleta e utilização de dados pessoais. As empresas do setor tecnológico se especializam cada vez mais para fornecer produtos aparentemente gratuitos ao usuário, cujo “preço” embutido é o da coleta, refinamento e até venda de seus dados estrategicamente.

Dessa forma, a estrutura do marketing, de acordo com Castelluccia¹¹⁰ passa a ser formada basicamente pelos anunciantes (*advertisers*) que têm seus produtos, serviços ou marcas

¹⁰⁸MPDFT ajuíza 1ª ação civil pública com base na LGPD. PORTAL DO MPDFT, 2020. Disponível em: <<https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2020/12384-mpdft-ajuiza-1-acao-civil-publica-com-base-na-lgpd>>. Acesso em: 15 jun 2021.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Jordan Vinícius de; SILVA, Lorena Abbas da. Cookies de navegador e história da internet: desafios à lei brasileira de proteção de dados pessoais. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 22, n. 36, p.307, jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹¹⁰ CASTELLUCCIA, Claude. Behavioural Tracking on the Internet: A Technical Perspective. Em: GUTWIRTH, S. LEENES, R. DE HERT, P. POULLET, Y. (eds). European Data Protection: In Good Health? Dordrecht: Springer, 2012. P. 22. DOI: Disponível em: <https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-94-007-2903-2_2#citeas>. Acesso em: 20 jul. 2021

expostas por terceiros (*publishers*), que veiculam as mídias. A negociação entre ambos pode contar com agências responsáveis pela coleta e posicionamento dos anúncios (*adnetworks*) que recebem contrapartida financeira geralmente proporcional ao número de *clicks* que obteve o anúncio.

Sendo assim, como explica Ramos¹¹¹, com a crescente importância da publicidade baseada em dados, ganha um novo desafio: se o conteúdo de uma página muda frequentemente, ou se o usuário pode personalizar o conteúdo pela sua interação com o site, como automatizar a publicidade de forma a evitar que as agências precisem negociar pessoalmente com cada veículo? E assim, nessa linha, surgem também ferramentas de tecnologias que automatizam os processos de identificação de conteúdo nas páginas e entregam publicidade segmentada de acordo com o conteúdo identificado, por meio de *cookies*, tags, gerenciadores de base de dados e outras tecnologias.

Com isso, surge também a publicidade comportamental, que basicamente possibilita a identificação do histórico de navegação do usuário e o processamento em bases de dados, a fim de segmentar a entrega de publicidade específica para um perfil de usuário.

Nessa linha, Ramos¹¹² defende que o valor da publicidade é alterado, pois o que passa a ser significativo, de fato, ao se pensar em uma estratégia, é se o anúncio será relevante para a audiência e não somente se têm posição importante em um site. Logo, os valores cobrados passam também a ser voltados a modelos de monetização que contam impressões (*cost per mile*, “CPM”), cliques (*cost per click*, “CPC”) ou aquisições (*cost per acquisition*, “CPA”).

Com o que chamamos de compra de mídia programática, as informações passam a ser um ativo essencial para as estratégias de marketing, não porque precisam de fato usar dados pessoais dos usuários, mas porque as informações são importantes para veicular uma estratégia que seja realmente direcionada e atraente aos usuários.

Portanto, o que se pretende trazer aqui é não a visão da LGPD como uma lei proibitiva ou punitiva, que impeça a utilização de dados pessoais nas estratégias de marketing. Ao contrário, permite-se a utilização de dados pessoais para pensar o marketing, mas com atenção às disposições trazidas pela legislação, visando um marketing que respeite os direitos dos titulares de dados.

A fim de enriquecer o debate, uma pesquisa da *Data and Marketing Association*¹¹³

¹¹¹ RAMOS, Pedro Henrique Soares Melo. A regulação de proteção de dados e seu impacto para a publicidade online: um guia para a LGPD. Disponível em: <<https://baptistaluz.com.br/institucional/a-regulacao-de-protecao-de-dados-e-seu-impacto-para-a-publicidade-online-um-guia-para-a-lgpd/>>. Acesso em 25 jun. 2021.

¹¹² RAMOS, Pedro Henrique Soares Melo. Op cit.

¹¹³ 71% of marketers see GDPR as a creative opportunity. **DATA AND MARKETING ASSOCIATION**, 2017.

trouxe que 71% dos profissionais de marketing do Reino Unido pensaram na GDPR (*General Data Protection Regulation*), a legislação de proteção de dados da União Europeia, como uma oportunidade de incrementar a criatividade nas estratégias de marketing. Mas lógico é que alguns pontos que vêm sendo utilizados pelo marketing merecem atenção e a adequação, o que não será tão simples e nem rápida.

Ainda, de acordo com uma pesquisa da Cisco¹¹⁴, entre as empresas que têm uma boa gestão de seus dados, 72% atingem eficiência operacional, 73% tornam a empresa mais atrativa para investidores e 74% constroem confiança e lealdade dos consumidores.

Sendo assim, é de suma importância pensar na adaptação das estratégias de marketing às legislações de proteção de dados. É importante refletir que a utilização dos dados pessoais necessitam de uma base legal. Nesse sentido, alguns autores como Ramos¹¹⁵ acreditam que as bases legais mais importantes para o setor de publicidade são o consentimento e o legítimo interesse.

Pela LGPD o consentimento é consagrado no artigo 5º, XII sendo uma “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”.

Apesar de existirem outras bases legais no artigo 5º e não existir hierarquia entre elas, o consentimento ganha posição de destaque na LGPD, o que se percebe por ser tratado de forma exhaustiva, aparecendo no texto 35 vezes. Ademais, houve a preocupação notória em garantir a sua adjetivação.

Sobre isso, Mendes¹¹⁶ diz que a validade do consentimento se forma a partir dos pressupostos de que “o titular deve emitir consentimento por sua livre e espontânea vontade; ii) o consentimento deve ser voltado a uma finalidade específica; iii) deve haver informação ao usuário sobre os objetivos da coleta, processamento e uso de dados e consequências sobre não consentir com o tratamento”.

Basicamente, através do consentimento, o usuário confere sua permissão, anuência, aprovação para determinada forma de tratamento de seus dados¹¹⁷.

Disponível em: <<https://dma.org.uk/press-release/71-of-marketers-see-gdpr-as-a-creative-opportunity>>. Acesso em > 20 jun 2021.

¹¹⁴ CISCO. From Privacy to Profit: Achieving Positive Returns on Privacy Investments. Disponível em: https://www.cisco.com/c/dam/global/en_uk/products/collateral/security/2020-data-privacy-cybersecurity-series-jan-2020.pdf. Acesso em 20 jun de 2021.

¹¹⁵ RAMOS, Pedro Henrique Soares Melo. Op cit

¹¹⁶ MENDES, Laura Schertel. Op cit

¹¹⁷ MALHEIRO, Luíza Fernandes. O consentimento na proteção de dados pessoais na Internet: uma análise comparada do Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu e do Projeto de Lei 5.276/2016. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2017. Data da publicação: 8 jan. 2018. P. 34. Disponível em: <bdm.unb.br/handle/10483/18883>. Acesso em: 20 mar. 2021.

Em relação à obtenção e documentação do consentimento no contexto do marketing, Ramos¹¹⁸ acredita ser uma tarefa desafiadora, mas que existem alternativas possíveis, como:

(i) por meio da obtenção do consentimento através de um *opt-in*¹¹⁹ em uma política de privacidade no momento da abertura do cadastro, com disposições razoáveis, claras e bem escritas sobre de que modo e para que haverá a utilização dos dados do usuário, bem como sobre os direitos dos titulares de dados, sendo que, nesse caso, o consentimento seria obtido de forma granular¹²⁰, garantindo maior transparência;

(ii) obtenção do consentimento por meio de um aviso de *cookies* (lembrando que *cookies* são tratados como dados pessoais tanto pela LGPD quanto pela GDPR), inclusive através de plataformas de gestão de consentimento que permitem uma boa experiência de usuário.

Ademais, para atender aos preceitos da LGPD, não basta que haja o repasse de informações àquele que têm seus dados tratados, mas esse repasse deve ocorrer de forma completa, transparente e simples, de modo que haja o entendimento do que irá ocorrer para que se saiba com o que se está anuindo.

Isso pois é essencial que o indivíduo tenha autonomia para decidir acerca de seus dados, mas isso só é possível através de seu empoderamento com a ciência de todas as informações sobre o tratamento de seus dados.

Ainda, frise-se que o consentimento trazido pela LGPD adota a forma “*click-wrap*”, modalidade em que, conforme Lima¹²¹, há uma ação por parte do usuário para demonstrar a sua anuência, através de expressões como “aceito”, “concordo”, “sim”. Logo, deve existir uma ação por parte do usuário para indicar que o consentimento foi feito de forma devida, não bastando que exista uma caixa pré-marcada com a aceitação do usuário ou que haja um mero “eu aceito” após um longo texto incompreensível.

Não obstante, o artigo 8º da LGPD esclarece que o consentimento deve ser dado de forma escrita ou por meio que demonstre sua vontade, sendo que, de acordo com o §1º, se for dado de forma escrita, deve ser destacado. Ainda, o §4º veda autorizações genéricas. Logo, o

¹¹⁸ RAMOS, Pedro Henrique Soares Melo. Op cit

¹¹⁹ De acordo com SENDPULSE (2020), “Opt-in é uma abordagem do Inbound Marketing em que um profissional de marketing digital solicita a permissão de um cliente em potencial para enviar determinado tipo e conteúdo sobre uma marca. Também é conhecido como marketing de permissão e pode ser opt-in único ou double opt-in.”

¹²⁰ De acordo com Bioni (2020), o consentimento granular seria aquele em que o titular tem a liberdade de decidir sobre: (i) quais serão os seus dados coletados; (ii) por quais modalidades de tratamentos eles serão submetidos; (iii) por qual período de tempo e frequência; e (iv) a possibilidade de compartilhamento com terceiros, garantindo uma entrada gradual do titular de dados em meio ao fluxo de dados.

¹²¹ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (*shrink-wrap* e *click-wrap*) e dos termos e condições de uso (*browse-wrap*): um estudo comparado entre Brasil e Canadá. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

consentimento é obtido para fins determinados.

Em virtude de tamanha importância dada à especificidade do consentimento, as hipóteses dos artigos 8º, §6º e 9º, §2º demonstram a importância do resguardo da finalidade que motivou a anuência pelo titular e da ciência deste de todos os atos que permearão o processo de tratamento de dados. E caso não concorde com qualquer alteração ou modificação, o usuário também poderá revogar o seu consentimento, o que é importante que lhe seja informado e assegurado de forma gratuita e facilitada, por meio de simples manifestação (arts. 8º, §5º e 18º, IX da LGPD).

Cabe ressaltar que, recentemente, em 25 de junho de 2021, ABNT, através da norma NBR ISO/IEC 29184:2021, trouxe diretrizes importantes a serem seguidas sobre a obtenção do consentimento, sobretudo, ressaltando que a sua captação deverá ocorrer *opt-in*, ou seja, com a efetiva demonstração do usuário, sem permissão de seu silêncio ser considerado como anuência. Interessante também observar que a norma destaca que o consentimento para uso de dados pessoais deve ser diferenciado dos termos de uso, para que não haja confusão quanto à obtenção devida do consentimento.

Mas acredita Ramos¹²² que obter o consentimento na forma acima pode ser mais desafiador, tendo em vista se tratar de um ecossistema amplo e diverso em que é impossível obter o consentimento para toda e qualquer empresa que faça parte da cadeia de valor. Portanto, nesse sentido, destaca-se a base legal do legítimo interesse.

O legítimo interesse somente pode fundamentar o tratamento de dados para fins legítimos, a partir de situações concretas, com respeito às legítimas expectativas do usuário e direitos previstos na LGPD. A legislação autoriza o tratamento de dados, baseado no legítimo interesse, para fins de apoio e promoção das atividades de uma empresa, o que segundo Ramos¹²³ justificaria a extensão à realização de privacidade.

Inclusive, ao revés do consentimento, é possível que a base legal do legítimo interesse permita o uso dos dados coletados para fins diversos daqueles da coleta originalmente.

Cabe ressaltar que a utilização de tal base legal não é aplicável para o tratamento de dados pessoais sensíveis (artigo 11 da LGPD). Convém frisar que dados sensíveis são aqueles elencados pelo artigo 5º, II, da LGPD, sendo aqueles dados sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

¹²² RAMOS, Pedro Henrique Soares Melo. Op cit

¹²³ RAMOS, Pedro Henrique Soares Melo. Op cit

A percepção de que o legítimo interesse é uma base legal chave da norma precisa ser revista com cautela, de acordo Mattiuzzo e Ponce¹²⁴, haja vista que exige uma série de cuidados e medidas, antes e durante o curso do tratamento de dados pessoais.

Trazendo a perspectiva do GDPR, vê-se que o Article 29 Data Protection Working (WPDP29), uma entidade com fins de unificar interpretações acerca de proteção de dados pessoais, elenca que o legítimo interesse tem relação intrínseca com o princípio da *accountability*¹²⁵. Logo, em consonância com a LGPD, Mattiuzzo e Ponce¹²⁶ concluem que o legítimo interesse segue a exigência dos princípios da transparência, responsabilização e prestação de contas, consagrados nos artigos 6º, VI e X, da LGPD.

O artigo 10 da LGPD orienta a aplicação do legítimo interesse, trazendo o “teste de adequação para utilização do legítimo interesse”, que na GDPR recebe a nomenclatura de *legitimate interest assessment* (LIA). Apesar de o teste não estar previsto claramente na legislação brasileira, Bioni¹²⁷ acredita ser possível a esquematização de um teste adequado ao ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, a aplicação do teste é feita a partir de quatro requisitos, sendo: (i) legitimidade; (ii) adequação; (iii) necessidade e (iv) balanceamento. Portanto, cabe análise de cada requisito.

Na perspectiva de Ramos¹²⁸, a avaliação de legitimidade passa pelo questionamento se existe situação concreta que viabiliza a aplicação da base legal e se o interesse da empresa é legítimo, lícito, adequado e proporcional.

Importante observar que o WPDP29 (2014), já referenciado, trouxe algumas hipóteses a fim de identificar se o interesse é legítimo: (i) avaliar se o interesse é legal; (ii) se é claro e articulado de modo a permitir a realização do teste; (iii) se representa um interesse real e presente.

Também de acordo com Bioni¹²⁹, há a necessidade de que o interesse seja claramente articulado, pois quanto mais articulada e definida a situação ensejante do caso, mais fácil conduzir o restante do teste.

Já a análise da adequação, conforme entendem Mattiuzzo e Ponce¹³⁰, envolve avaliar se

¹²⁴ MATTIUZZO, Marcela; PONCE, Paula Pedigoni. O legítimo interesse e o teste da proporcionalidade: uma proposta interpretativa. In: Revista Internet&Sociedade, v.1, n.2, dez. 2020

¹²⁵ Article 29 Data Protection Working Party. (2014). *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf>. Acesso em: 15 jul 2021

¹²⁶ MATTIUZZO, Marcela; PONCE, Paula Pedigoni. Op cit

¹²⁷ BIONI, Bruno Ricardo. Op cit.

¹²⁸ RAMOS, Pedro Henrique Soares Melo. Op cit

¹²⁹ BIONI, Bruno Ricardo. Op cit.

¹³⁰ MATTIUZZO, Marcela; PONCE, Paula Pedigoni. Op cit.

a medida é apta a fomentar o objetivo que se pretende. Ou seja, se os dados pessoais tratados guardam relação com a finalidade de tratamento pretendida.

Quanto à necessidade, Ramos¹³¹ entende que passa pelo questionamento sobre a existência de outra base legal que seria mais adequada e se apenas se processam os dados estritamente necessários àquele fim pretendido.

Assim, Mattiuzzo e Ponce¹³² explicam que a análise engloba os impactos do tratamento de dados pessoais para o seu titular, cabendo refletir se o tratamento de dados pessoais é necessário em si e se há maneira de alcançar a mesma finalidade de forma menos intrusiva ou onerosa.

Ademais, Bioni¹³³ destaca que, para configuração da necessidade, deve ser verificado se não há outra base legal disponível para o tratamento de dados pessoais.

Outrossim, quanto ao balanceamento, entende Ramos¹³⁴ caber o questionamento se o uso dos dados está dentro da legítima expectativa do usuário e se os direitos e liberdades fundamentais dos usuários estão sendo observados.

De acordo com Mattiuzzo e Ponce¹³⁵, essa última etapa tange a sopesar os interesses do controlador de dados pessoais e do titular desses dados pessoais. Assim, caberia entender sobre de que forma o tratamento afeta os direitos e liberdades fundamentais do titular de dados e se contraria suas legítimas expectativas.

Na perspectiva de Ramos¹³⁶ é importante observar quando a há uma relação pré-estabelecida para fazer o marketing, isso porque, neste caso, seria mais fácil identificar uma série de situações concretas que ensejam a aplicação do legítimo interesse, haja vista que seria mais fácil identificar legítimas expectativas do usuário para utilização de seus dados para fins de marketing, tais como: (i) o usuário já é consumidor de determinado site e este deseja enviar, por meio de e-mail marketing, ofertas de produtos semelhantes ao histórico de compras; (ii) um usuário é assinante de um canal de vídeo, assiste aos vídeos com frequência, e o canal quer impactar o usuário com publicidade própria; (iii) o usuário realizou pesquisas de preço em um mesmo site de passagens aéreas e o site, identificando a baixa de preço da passagem ora desejada, resolve impactar o usuário com publicidade sobre essa passagem.

Mas conforme ressalta Ramos¹³⁷, não significa dizer que a existência de relacionamento

¹³¹ RAMOS, Pedro Henrique Soares Melo. Op cit

¹³² MATTIUZZO, Marcela; PONCE, Paula Pedigoni. Op cit

¹³³ BIONI, Bruno Ricardo. Op cit.

¹³⁴ RAMOS, Pedro Henrique Soares Melo. Op cit

¹³⁵ MATTIUZZO, Marcela; PONCE, Paula Pedigoni. Op cit

¹³⁶ RAMOS, Pedro Henrique Soares Melo. Op cit

¹³⁷ RAMOS, Pedro Henrique Soares Melo. Op cit

prévio é exigida para o legítimo interesse.

De acordo com o autor, o legítimo interesse é desafiador, ao passo que oferece uma oportunidade de autorreflexão em toda cadeia de indústria, sobretudo por entender que o legítimo interesse faz repensar sobre a qualidade dos dados que vêm sendo coletados, ao invés do foco em uma captura massiva de dados.

Cabe frisar que, como destaca Ramos¹³⁸, essa tendência começou antes da GDPR, com a *Digital Advertisign Alliance* (DAA) que trouxe, em 2010, a AdChoices, uma ferramenta que permitia ao usuário entender como o anúncio lhe foi entregue, bem como pudesse bloquear a entrega de anúncio semelhantes. Com tal introdução, empresas como Google, Microsoft e Facebook tornaram-se adeptas dos princípios regulatórios da DAA e passaram a se utilizar de ferramentas semelhantes.

Ademais, destaca que após a GDPR, outras inúmeras plataformas têm aumentado o uso de ferramentas de transparência e controle de dados pessoais, como Facebook, Google e Verizon Media. A formulação de tais ferramentas envolvem os conceitos de *privacy dashboards* e *consent management platforms*. Nesse sentido, Ramos¹³⁹:

Os *Privacy Dashboards* são ferramentas oferecidas por controladores e operadores de dados pessoais para garantir o cumprimento de direitos previstos em regulações como GDPR e LGPD. Esses direitos incluem a confirmação da existência de tratamento, o acesso, correção, exclusão de dados, portabilidade e revogação do consentimento, entre outros. [...] Já as *Consent Management Platforms* (CMPs) são plataformas que podem ou não incluir ferramentas de *dashboards*, mas que possuem como principal diferencial configurar *cookie notices* em sites e aplicativos. Isso permite a obtenção do consentimento dos usuários em conformidade com as regulações aplicáveis – o IAB, por exemplo, tem disponibilizado gratuitamente artigos e protocolos técnicos para que empresas possam desenvolver suas próprias CMPs.

Não obstante, Ramos¹⁴⁰ acredita que o uso de políticas de privacidades claras, inteligentes e compreensíveis seja, igualmente, um desafio. Por isso, sugere abordagens interessantes, como com a aplicação de conceitos de *visual law*¹⁴¹, com políticas que usem de gráficos, imagens e textos de fácil compreensão para auxiliar o entendimento do usuário.

Não menos importante, também é possível pensar em estratégias de mitigação de riscos quanto a tratamentos de dados inválidos por parceiros comerciais, que poderão gerar responsabilidade solidária pela LGPD (gerando consequências expostas em seção específica a

¹³⁸ RAMOS, Pedro Henrique Soares Melo. Op cit

¹³⁹ RAMOS, Pedro Henrique Soares Melo. Op cit

¹⁴⁰ RAMOS, Pedro Henrique Soares Melo. Op cit

¹⁴¹ “O *Visual Law* é uma subárea do *Legal Design* que usa elementos visuais para tornar o Direito mais claro e compreensível. O que se busca, em suma, é transformar a informação jurídica em algo que qualquer pessoa seja capaz de entender.” (SOUZA, Bernardo de Azevedo e. *Visual Law: o que você precisa saber*, in: *Revista JusBrasil*, 1 fev. 2020. Disponível em: <<https://besouza86.jusbrasil.com.br/artigos/804292299/visual-law-o-que-voce-precisa-saber>>.)

seguir).

Assim, Ramos¹⁴² acredita que a utilização de acordos de tratamento de dados, que limitam responsabilidades, padrões de conduta e possíveis penalidades, com direito de regresso em caso de responsabilidade solidária, podem ser extremamente valiosos. Ademais, tais acordos cabem a previsão do direito à auditoria, que possui como objetivo a verificação da conformidade do parceiro com a legislação de proteção de dados e boas práticas de segurança. Isso permite maior controle da segurança dos dados decorrentes da relação estabelecida.

Tendo sido exposto como deve ocorrer a regulamentação do marketing de forma geral, cabe destacar a regulamentação de práticas específicas que são muito utilizadas pelas estratégias de marketing e que necessitam de um olhar observador, quais sejam: o uso de *cookies* e o uso do *e-mail marketing*.

De acordo com Akamine¹⁴³, o *e-mail* compreende tanto a correspondência enviada pela internet para outras pessoas, por intermédio de plataformas de *webmail*, quanto o endereço eletrônico utilizado para o envio e recebimento dessas correspondências.

Especificamente, conforme preceitua Panigrahi¹⁴⁴, para fins comerciais, há o *e-mail marketing*, modalidade específica que se destina a atingir um público alvo consumerista, para: adquirir novos clientes, enviar promoções, fidelizar clientes e estreitar laços de relacionamento e confiança com os atuais clientes.

Conforme explica Panigrahi¹⁴⁵, também há modalidade conhecida como *newsletter*, em que além de uma simples divulgação de produtos e serviços, há o fim de agregar valor à sua relação com o destinatário, com mensagens que fortalecem a comunicação com o receptor.

A prática de *e-mail marketing* se desenvolveu de tal forma a existirem empresas que se dedicam, especificamente, a gerir e a realizar tal serviço para seus clientes. Akamine¹⁴⁶ cita a *Qualitare Agência de Internet Ltda.* Ainda, é prática acessível para pequenos empreendimentos e pessoas físicas, pois há softwares voltados para esse fim, como cita Akamine¹⁴⁷ alguns, como o *Sendinblue* e *E-goi*.

Cabe ainda diferenciar que as mensagens indesejadas que advêm de abuso na utilização de um dado pessoal podem ser classificadas como *spam* ou *e-mail* comercial não solicitado,

¹⁴² RAMOS, Pedro Henrique Soares Melo. Op cit

¹⁴³ AKAMINE, Alicia Yukari Lima. Regulação responsiva da prática de e-mail marketing no Brasil. 2018. 65 f., il. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

¹⁴⁴ PANIGRAHI, A. E-Marketing: leading edge for booming business world wide. *Journal of Management Research and Analysis*, v. 3, n. 3, Julho-Setembro 2016.

¹⁴⁵ PANIGRAHI, A. Op cit

¹⁴⁶ AKAMINE, Alicia Yukari Lima. Op cit

¹⁴⁷ AKAMINE, Alicia Yukari Lima. Op cit

caso o conteúdo seja exclusivamente comercial, ao passo que os *spams* estão mais associados a ataques à segurança da Internet e do usuário, com propagação de códigos maliciosos disseminação de golpes e venda ilegal de produtos, conforme explica CERT.BR¹⁴⁸. A expressão “não solicitada” pode ser traduzida por algo que:

[...] representasse o fato de que o destinatário, tendo sabido do teor da mensagem, tivesse preferido não tê-la recebido – que, por sua vez, peca pelo extremo subjetivismo. Fato é que a expressão “não solicitado” é de uso generalizado, e cabe a integração de sua interpretação, que deve ser realizada sob a ótica da boa-fé no sentido de que o e-mail deva apresentar algum interesse objetivo potencial para seu destinatário¹⁴⁹.

Na perspectiva de Akamine¹⁵⁰, portanto, os *spams* devem ser coibidos, pois atacam diretamente o direito dos titulares de dados, ao passo que para o e-mail marketing, cabe a sua regulação responsiva, haja vista que seu uso pode ser dado de forma a conciliar as disposições das legislações de proteção de dados.

Para garantir a proteção à privacidade dos indivíduos e evitar o uso abusivo de seus endereços eletrônicos, tem-se adotado a necessidade do requisito do consentimento do destinatário para o envio de mensagens, com a divisão em dois sistemas: *opt-in* e *opt-out*.

De acordo com Kumar, Zhang e Luo¹⁵¹, o sistema *opt-in* é caracterizado pelo consentimento prévio, de forma que nenhum *e-mail* pode ser enviado para o indivíduo sem que antes colha sua autorização. Portanto, deve a empresa requerer a permissão do titular do dado pessoal para o envio do *e-mail*, no momento da abertura de sua conta, bem como oferecer a possibilidade de retirar o seu consentimento a qualquer momento.

Já o sistema *opt-out*, como explicam Kumar, Zhang e Luo¹⁵², tange a possibilidade do envio de e-mails sem consentimento prévio do destinatário, contanto que haja a opção do destinatário de vedar o envio de novos e-mails, com a disponibilização de link para descadastramento.

Certo é que com a chegada de legislações sobre proteção de dados, que reconhecem o endereço eletrônico como um dado pessoal, a necessidade de legitimar o *e-mail marketing* fica mais evidente. Mas como elenca Akamine¹⁵³, as comunicações comerciais não solicitadas nesse meio já vinham sido discutidas muito antes da elaboração de tais normas, inclusive com a

¹⁴⁸ CERT.BR. Cartilha de Segurança para Internet, versão 4.0. 2ª. ed. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2012. P. 34

¹⁴⁹ BRASIL. A proteção de dados pessoais na relação de consumo: para além da informação creditícia. Brasília: SDE/DPDC, 2010. P. 93

¹⁵⁰ AKAMINE, Alicia Yukari Lima. Op cit

¹⁵¹ KUMAR, V.; ZHANG, X.; LUO, A. Modeling Customer Opt-In and Opt-Out in a Permission Based Marketing Context. Journal of Marketing Research, vol. LI, Agosto 2014

¹⁵² KUMAR, V.; ZHANG, X.; LUO, A. Op cit

¹⁵³ AKAMINE, Alicia Yukari Lima. Op cit

elaboração de outras normas, a título exemplificativo, como o CAN-SPAM nos Estados Unidos em 2003 e, no ano anterior, da Diretiva 2002/58/CE na União Europeia.

No Brasil, foram elaborados alguns projetos de lei para regulamentar o *spam*¹⁵⁴, e o setor privado com anuência do Comitê Gestor da *Internet* no Brasil (CGI.br) também elaborou o Código de Autorregulamentação para a Prática de *E-mail Marketing* (CAPEM), de 2010, especificamente sobre o *e-mail marketing* e para evitar confusão com o *spam*.

O CAPEM foi um código que estabeleceu disposições muito importantes, como algumas que se citam a seguir.

Em seu capítulo três, intitulado “*e-mail marketing* eticamente correto”, apresenta as regras para a não consideração como um *spam*, mediante o sistema europeu de *opt-in*, mesclado com a necessidade de recurso *opt-out* em todas as mensagens enviadas (artigo 3º, *caput* e inciso IV, do CAPEM). O recurso *opt-out* deve estar no corpo da mensagem em forma de *link*, além de haver mais uma alternativa para entrar em contato e solicitar o descadastramento (artigo 6º do CAPEM).

Importante observar a consideração feita acima, sobre o lançamento da norma ABNT NBR ISO/IEC 29184:2021, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), que se posicionou no sentido de que o consentimento deve ser exercido por meio de ato afirmativo indicado pelo titular dos dados pessoais, ou seja, por modalidade *opt-in*.

Portanto, considerando a norma ABNT NBR ISO/IEC 29184:2021, que trouxe panorama sobre o consentimento pós LGPD, e o CAPEM, norma específica sobre o *e-mail marketing* anterior à legislação, é possível se posicionar no sentido de que o *e-mail marketing* deve utilizar o consentimento *opt-in*, sempre com a disponibilização, inclusive, de sua forma *opt-out* para que o usuário possa se descadastrar da cadeia de e-mails.

Outrossim, interessante é o entendimento de Akamine¹⁵⁵, no sentido de que para que a prática de *e-mail marketing* seja regulada de forma a respeitar as legislações de proteção de dados, deve-se adotar uma regulação responsiva da prática, sendo aquela em que o regulador busca, em primeiro lugar, a cooperação com o regulado, ao invés de proceder diretamente às sanções em caso de violação das normas¹⁵⁶.

Isso pois, em um ambiente digital de desenvolvimento de tecnologias, entende

¹⁵⁴Akamine (2018) cita alguns projetos de lei, como o PL 2423/2003, posteriormente apensado ao PL 2186/2003, ao qual foram agregados mais quatro projetos de lei com o mesmo objetivo (PL 3731/2004, PL 3872/2004, PL 1227/2007 e PL 4187/2008). O PL 2186/2003 foi desarquivado em fevereiro de 2015 sem outras atualizações na sua tramitação na Câmara dos Deputados.

¹⁵⁵ AKAMINE, Alicia Yukari Lima. Op cit

¹⁵⁶ AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. Responsive Regulation: transcending the deregulation debate. 1ª. ed. New York: Oxford University Press, 1992.

McGeveran¹⁵⁷ que uma abordagem regulatória tradicional de comando poderia sufocar a inovação benéfica, de forma que uma regulação que se coloca entre o livre mercado (desregulação) e a regulação estatal forte, como a regulação responsiva, seria mais adequada a esse ambiente e ao seu contexto de privacidade.

Assim, a ideia de Braithwaite¹⁵⁸, é de que haja cooperação do regulado com o cooperador, ao passo que à medida em que não houver a cooperação do regulado, o regulador irá propor medidas mais gravosas. O regulador deve sempre estabelecer o diálogo com o regulado, estando sempre disposto à conciliação. Entende o autor que o regulado verá que é mais benéfico cooperar com o regulador, onde há apenas diálogo, sem a aplicação de sanções.

Com isso, Akamine¹⁵⁹ entende que a postura da ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados) deve ser também o da regulação responsiva. Isso pois, a função desses órgãos é o de educar e conscientizar a comunidade acerca de boas práticas de proteção de dados, bem como oferecer orientações e assistência para esclarecer previsões legais ou regulamentos e compartilhar sua opinião a respeito de novas práticas e tecnologias¹⁶⁰.

Inclusive, Akamine¹⁶¹ destaca que tal postura da ANPD é importante, haja vista que a ausência de comprometimento do regulado pode decorrer da falta de conhecimento ou compreensão das normas de privacidade e proteção de dados. Nesse prisma, para entender o contexto de inserção do regulado, bem como gerar e incentivar mudanças necessárias, o regulador deve ouvir ativamente e estruturar um diálogo que dá voz aos envolvidos¹⁶².

Mas para que os princípios sejam efetivados, é necessário que sejam estabelecida uma forma de monitoramento, com a seguinte ideia: a autoridade irá primeiro escutar e dialogar com os regulados, mas em caso de não cooperação, haverá a aplicação de sanções para desestimular tais infrações, para que se trabalhe em um problema até que ele seja resolvido. Assim, Akamine¹⁶³ entende que as disposições podem ser mais efetivas.

Cabe salientar que essa postura de regulação responsiva vai de encontro à postura proposta pela LGPD, qual seja, a de criar uma cultura de proteção de dados, conforme será discutido adiante, em tópico específico.

Os *cookies*, por sua vez, são arquivos de texto codificados. Conforme define

¹⁵⁷ MCGEVERAN, W. *Friending the Privacy Regulators*. Arizona Law Review, Vol. 58, 2016.

¹⁵⁸ AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. *Op cit*

¹⁵⁹ AKAMINE, Alicia Yukari Lima. *Op cit*

¹⁶⁰ U.S. CHAMBER OF COMMERCE; HUNTON & WILLIAMS LLP. *Seeking Solutions: Attributes of Effective Data Protection Authorities*. U.S. Chamber of Commerce. 2017.

¹⁶¹ AKAMINE, Alicia Yukari Lima. *Op cit*

¹⁶² AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. *Apud* AKAMINE, Alicia Yukari Lima. *Op cit*

¹⁶³ AKAMINE, Alicia Yukari Lima. *Op cit*

Castelluccia¹⁶⁴, costumam ser depositados no computador do usuário pela página acessada e permitem a identificação desse internauta para facilitar o funcionamento do site e/ou o monitoramento a da navegação, podendo pertencer à própria página visitada ou a terceiros (*cookies* de terceiros), serem temporariamente apagáveis (*cookies* de sessão) ou persistentes (*cookies* permanentes).

Assim, são responsáveis responsáveis por manter a comunicação entre cliente e servidor a fim de identificar de forma contínua um usuário enquanto ele navega por uma página na web¹⁶⁵.

Conforme entende Palhares¹⁶⁶, tal tecnologia foi criada com objetivo específico distinto do monitoramento constante das atividades realizadas na internet por usuários, mas o mercado passou a usá-los para finalidades não previstas por seus criadores. Vejamos uma elucidação interessante feita pelo autor quanto ao uso atual dos *cookies*:

Um seriado de televisão norte-americano criado em 2011, intitulado Person of Interest tinha uma chamada de entrada bem propícia, que inicia va dizendo: “You are being watched. The government has a secret system, a machine that spies on you every hour of day” (“Você está sendo observado. O governo tem um sistema secreto, uma máquina que espia você durate todas a shoras de todos os dias”). Embora a série fosse pautada numa máquina utilizada pelo governo, a vida real é mais a brangente: tanto entes públicos quanto empresas privadas possuem capacidades para vigiar seus passos e nenhuma máquina específica é necessária para isso. Basta uma tecnologia antiga, chamada de *cookies*.

Assim, de acordo com Palhares¹⁶⁷, salvo nos casos em que as informações trazidas pelos *cookies* sejam anonimizadas, *cookies* são dados pessoais, pois identificam ou podem identificar uma pessoa natural, mediante informações armazenadas.

Importante considerar que os *cookies* são considerados fins legítimos de coleta de informações de um site ou para facilitar a publicidade, conforme inclusiva especifica a Diretiva 2002/58/CE, mais especificamente à consideração n° 258 de seu preâmbulo, mas há o dever de fornecimento claro e preciso de informações acerca do cookie, com exposição clara de seus propósitos e sobre seu armazenamento no computador do usuário. A Diretiva também destaca que tais informações devem ser fornecidas de maneira acessível e amigável e deixa aberta a prerrogativa para que o site condicione a navegação à aceitação do cookie, desde que para fins

¹⁶⁴ CASTELLUCCIA, Claude. Behavioural Tracking on the Internet: A Technical Perspective. Em: GUTWIRTH, S. LEENES, R. DE HERT, P. POULLET, Y. (eds). European Data Protection: In Good Health? Dordrecht: Springer, 2012. DOI. Disponível em: <https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-94-007-2903-2_2#citeas>. Acesso em 20 jun 2021

¹⁶⁵ KRISTOL, David M. HTTP Cookies: Standards, Privacy, and Politics. ACM Transactions on Internet Technology, Vol. 1, n° 02, 2001, pp. 151– 198. Disponível em: <<https://www.cs.stevens.edu/~nicolosi/classes/17facs578/ref4-1.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2021.

¹⁶⁶ PALHARES, Felipe. Aspectos controversos entre a Lei Geral de Proteção de Dados e o Marco Civil da Internet. In: Temas atuais de proteção de dados. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

¹⁶⁷ PALHARES, Felipe. Op cit

legítimos.

Já a Diretiva 2009/136/CE⁹ traz alerta quanto à utilização de *cookies*, sendo para fins ilegítimos ou legítimos. A norma destaca a importância do fornecimento de informações claras e precisas para que o usuário avalie e permita o armazenamento ou acesso de seus dados, bem como é favorável à exibição de avisos amigáveis e acessíveis durante o ato de navegação. Contudo, traz uma exceção ao direito de informação e de escolha do titular dos dados nos casos em que exista uma justificativa técnica estritamente necessária para o emprego de *cookies* ou ferramentas similares. Por fim, cita a possibilidade de que o internauta fixe suas preferências de uso dos dados pelas configurações do navegador e a menção ao papel das autoridades nacionais para a proteção coletiva e individual de dados pessoais.

De acordo com Degeling et al.¹⁶⁸, as disposições europeias trouxeram o benefício global de promoção das discussões e práticas de proteção à privacidade na rede. Entretanto, criticam o fato de que, na prática, as tecnologias de monitoramento não mudaram sua essência invasiva e as opções do usuário ainda são muito restritas, tendo em vista que ao receberem inúmeros e distintos avisos acerca de *cookies* nos sites que acessam, são deixados à própria sorte e sem instruções claras acerca de como proceder para proteger seus dados pessoais.

Outrossim, conforme estudo elaborado em 2009 por Soltani et al.¹⁶⁹, 54 (cinquenta e quatro) dos 100 (cem) sites mais acessados nos Estados Unidos utilizavam *cookies* Flash, um tipo de cookie mais invasivo, capaz de coletar informações mesmo com a utilização alternada de diferentes navegadores em um mesmo computador.

Cabe frisar que a maioria dos sites e aplicativos que oferecem a opção de desmarcar ou não o uso de *cookies*, além de não fornecerem informações claras e corretas sobre o seu propósito, também restringem praticamente todas as funcionalidades à aceitação dos *cookies*. Portanto, vê-se que apesar do maior número de avisos de privacidade que alertam sobre o uso de *cookies*, pouca diferença se dá na prática, tendo em vista que não são efetivos.

Importante observar que quanto aos *cookies*, também cabe a aplicação das diretrizes aplicadas pela ABNT na norma NBR ISO/IEC 29184:2021, em relação ao conteúdo e a estrutura dos avisos de privacidade on-line.

De acordo com a norma, para que haja a opção de o titular dos dados pessoais consentir

¹⁶⁸ DEGELING, Martin. UTZ, Christine. LENTZSCH, Christopher. HOSSEINI, Henry. SCHAUB, Florian. HOLTZ, Thorsten. We Value Your Privacy... Now Take Some Cookies: Measuring the GDPR's Impact on Web Privacy. ArXiv 1808:05096, 2018. P. 4-12. Disponível em: <<https://arxiv.org/abs/1808.05096>>. Acesso em: 25 mai. 2021

¹⁶⁹ SOLTANI, Ashkan. CANTY, Shannon. MAYO, Quentin. THOMAS, Lauren. HOOFNAGLE, Chris Jay. Flash Cookies and Privacy. Social Science Research Network, 2009. P. 3-4 DOI: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1446862>>. Acesso em 15 jul 2021

com a utilização, é fundamental que sejam oferecidos avisos entendíveis sobre as práticas de privacidade da organização, bem como outras informações relevantes, como detalhes de contato do controlador. Tal aviso também deve ocorrer de forma audível ou visual, com uso de técnicas como o *Visual Law*, por exemplo.

Além disso, o aviso de tratamento de dados pessoais deve ter linguagem concisa, de fácil compreensão, com disponibilização em outros idiomas (de acordo com a preferência do titular). Em suma, os avisos de privacidade não devem deixar dúvidas ao titular de dados, devendo sempre apresentar transparência, linguagem acessível e trazer informações completas.

A norma serve como importante diretriz para o uso de *cookies*, portanto, haja vista que na maioria das vezes as informações sobre *cookies* vêm em forma de avisos de privacidade.

Por fim, Oliveira e Silva¹⁷⁰ entendem que à ANPD caberá a fiscalização e a fixação de parâmetros recomendáveis a serem seguidos para o tratamento de dados pessoais, o que envolve o papel dos *cookies*.

4.3 Dos benefícios de uma cultura organizacional inovativa

Apesar da importância de discutir estratégias específicas de adequação à LGPD, o que se propõe a discutir é a necessidade de uma mudança de cultura completa por parte das empresas, se priorizando uma educação sobre proteção de dados.

Ao contrário do que se disseminou desde a introdução da LGPD no ordenamento jurídico brasileiro, a proposta da Lei não era a de ser uma legislação punitiva, mas ao contrário, a ideia era a de construir uma legislação educativa, que trouxesse o assunto do direito à proteção de dados e o introduzisse no cenário brasileiro, de forma contínua e duradoura.

Inclusive, quando a Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD) começou as suas atividades, o seu diretor, Waldemar Gonçalves Ortunho Junior, discursou que o foco da Autoridade seria a educação e não a aplicação de sanções e multas¹⁷¹, já que a primeira ideia trazida com a introdução da legislação foi a de adaptar para não ser responsabilizado.

Sobre isso, importante também frisar que a própria LGPD enseja a necessidade da construção de um plano de adequação que possa ser mantido a longo prazo, com uma mudança intrínseca às organizações e em todas as atividades de tratamento de dados. Tal pensamento de que a observância ao direito à proteção de dados deve permear a todas as atividades dos

¹⁷⁰ OLIVEIRA, Jordan Vinícius de; SILVA, Lorena Abbas da. Op cit.

¹⁷¹ PIMENTA, Guilherme. LEORATTI, Alexandre. Foco inicial será criar cultura de dados, diz presidente da ANPD. Revista Jota, 26 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/cultura-de-dados-presidente-anpd-26012021>>. Acesso em: 15 jun 2021.

encarregados do tratamento se denomina de *privacy by design*¹⁷², um conceito que é abordado inclusive pela presente legislação, em seu artigo 46:

Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

§ 2º As medidas de que trata o caput deste artigo deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução. **(grifo nosso).**

Também há seção específica destinada à criação de boas práticas e governança dentro das organizações, que reafirma o enfoque dado pela legislação ao assunto, o que se pode perceber com o artigo 50 da referida Lei, vejamos:

Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

Portanto, o que se pretende abordar como ponto basilar trazido pela introdução da LGPD no ordenamento jurídico brasileiro é, sobretudo, a importância de se estabelecer uma cultura organizacional inovativa como forma de proteção para as empresas, conforme defendem Livramento, Oliveira e Moraes¹⁷³.

Certo é que o cenário de avanço tecnológico desenfreado traz como contraponto uma série de adaptações a serem percorridas pelas empresas, bem como pelo próprio ordenamento jurídico, que muda junto à sociedade, haja vista ser um reflexo dela.

Diante disso, as empresas que se pretenderem a inovar e ter um pensamento estratégico em seu cotidiano, estarão sempre preparadas para percorrer esses desafios. De acordo com Konsynski¹⁷⁴:

Novas habilidades serão necessárias para novas soluções e isso só se dará repensando o negócio, repensando o comércio e desafiando os padrões de interação social. Pelo cenário apresentado, tem-se a necessidade de inovação como uma das poucas certezas do mundo corporativo.

¹⁷² Expõe Moraes (2018) que “Privacy by Design é uma metodologia na qual a proteção de dados pessoais é pensada desde a concepção de sistemas, práticas comerciais, projetos, produtos ou qualquer outra solução que envolva o manuseio de dados pessoais.”

¹⁷³ LIVRAMENTO, T. F. S.; OLIVEIRA, E. A. de A. Q.; MORAES, M. B. de. Empresas resilientes: o desafio de estabelecer uma cultura inovativa como fator de proteção. *Latin American Journal of Business Management*, Taubaté, v. 6, n. 2, p. 237-255, jan./jun. 2015

¹⁷⁴ 2015. Apud LIVRAMENTO, T. F. S.; OLIVEIRA, E. A. de A. Q.; MORAES, M. B. de. Op cit

Conforme Godoy e Peçanha¹⁷⁵, pode-se dizer que uma cultura organizacional inovativa é aquela que prioriza fatos concernentes à tolerância, ambiguidade e ao erro, que traz a oferta de um trabalho desafiante e em equipe, valorizando a liderança, a comunicação e o reconhecimento de esforços.

Portanto, diante de um ambiente que propicie a conversa e o desenvolvimento de habilidades de equipe, os membros sentem-se encorajados a trazer ideias inovadoras, haja vista que são incentivados sempre ao diálogo. Aborda Silva et al.¹⁷⁶ que

Pesquisas sugerem que o sucesso de empresas que são altamente inovadoras está ancorado em uma cultura voltada para inovação, a qual disponibilizará ambiente com recursos físicos, financeiros e humanos para apoiar um clima de inovação.

Nessa ótica, acreditam os autores Livramento, Oliveira e Moraes¹⁷⁷ que trazer uma cultura organizacional inovativa ao cenário empresarial se configuraria como um meio essencial de proteção, pois com isso se estabeleceriam empresas resilientes, que estão aptas a enfrentar mudanças e rupturas, sem prejuízos a seus resultados. Conforme Sheffi¹⁷⁸:

Empresas resilientes são aquelas que investem na habilidade de retomar rapidamente suas atividades planejadas após passarem por uma ruptura e ainda garantem que seus clientes sejam minimamente afetados por tal episódio.

Sobre Resiliência Organizacional, esta pode ser definida de acordo com a conceituação trazida pelo BS65000, um “Guia para Organizações Resilientes” criado pela *British Standards Institution* em 2014, sendo a habilidade que as empresas têm de se antecipar, se preparar, responder e se adaptar, tanto às mudanças repentinas quanto àquelas que ocorrem de forma gradual, ou seja, são adaptáveis, competitivas, ágeis e fortes¹⁷⁹.

Logo, o que se pretende consagrar ao discorrer sobre a noção de cultura organizacional inovativa no prisma da adequação à Lei Geral de Proteção de Dados é que, se o cenário brasileiro contasse com um maior número de empresas resilientes, o impacto gerado pela necessidade de rápida adequação à legislação seria notoriamente reduzido, diante de empresas preparadas a se adaptar a mudanças.

¹⁷⁵ GODOY, R.S.P.; PEÇANHA, D.L.N. Cultura Organizacional e processos de inovação: um estudo psicossociológico em empresa de base tecnológica. Boletim Academia Paulista de Psicologia, São Paulo, Ano XXIX nº01/09, p.142-163, maio 2009.

¹⁷⁶ SILVA, M. A. C. et al. Op cit

¹⁷⁷ LIVRAMENTO, T. F. S.; OLIVEIRA, E. A. de A. Q.; MORAES, M. B. de. Op cit

¹⁷⁸ SHEFFI, Y. The resilient enterprise: overcoming vulnerability for competitive advantage. Massachusetts: MIT Press, 2007.

¹⁷⁹ BSI GROUP (Inglaterra) (Org.). Organizational Resilience Standard Published. 2014b. Disponível em: <<http://www.bsigroup.com/en-GB/aboutbsi/media-centre/pressreleases/2014/November2014/Organizationalresilience-standardpublished/#.VVKUOPIViko>>. Acesso em 04 jul. 2021.

Ademais, o impacto percebido seria mais positivo, tendo em vista que uma adequação feita de forma rápida tende a priorizar etapas prontas e rápidas com o fim de não responsabilização pelo descumprimento das normas, em detrimento ao real objetivo da LGPD, o de consolidar uma cultura de proteção de dados.

Ao se utilizar da ideia dos autores Livramento, Oliveira e Moraes¹⁸⁰, é visível que empresas resilientes conquistam diversas vantagens, como ao pensar que os membros têm maior consciência de suas responsabilidades e compartilham mais ideias, o que já é um importante fator no momento da implementação de uma cultura de proteção de dados.

Isso pois é importante visualizar que o primeiro passo na implementação da legislação é o conhecimento da empresa como um todo, sendo que cada membro deve ter noção da responsabilidade que terá nesse processo. Assim, deve ocorrer um intenso processo de autoconhecimento e um time que entenda a importância de suas adequações no decorrer da adequação. E tal vantagem já é apresentada por empresas resilientes, o que já descomplicaria esse primeiro passo.

Um outro ponto fundamental na adequação, segundo Ferreira¹⁸¹ é que também se deve promover a revisão de todos os mecanismos de segurança da informação que envolvam dados pessoais, sobretudo para garantir a rastreabilidade em vazamentos e incidentes. Portanto, as empresas também deverão observar as melhores práticas de segurança da informação, de forma urgente e necessária.

Isso também demonstra que empresas que já se preocupavam com a inovação e em buscar as melhores técnicas de segurança de dados, a fim de evitar violações de direitos de titulares, também se privilegiam dessa vantagem.

Outrossim, novas técnicas devem ser implementadas no dia a dia da empresa para assegurar o repasse de informações de forma transparente e clara aos usuários de dados, tendo em vista que a qualquer momento poderá haver requisição pelo titular dos dados.

Nessa ótica, importante a utilização de técnicas inovadoras como a de *Legal Design*¹⁸² que já vinham ganhando importância, para garantir que as normas sejam repassadas de forma simples aos usuários e também a disponibilização de termos claros nos canais de comunicação ofertados pela empresa. Além de trazer confiabilidade por parte dos usuários, também traz a

¹⁸⁰ LIVRAMENTO, T. F. S.; OLIVEIRA, E. A. de A. Q.; MORAES, M. B. de. Op cit

¹⁸¹ FERREIRA, F. LGPD: por que você não pode mais esperar para se adaptar, 2020. Disponível em: <<https://lozinskyconsultoria.com.br/estrategia-e-gestao-de-ti/lgpd-por-quevoce-naopode-mais-esperar-para-se-adaptar/>>. Acesso em: 24 jun. 2021

¹⁸² Bastos (2020) afirma que “Legal Design, desse modo, é aplicação de técnicas específicas do Design ao Direito. E pode ter, assim, aplicabilidade que vai desde a tomada de decisão e o planejamento do escritório até o seu aspecto visual propriamente dito.”

segurança de que estes saibam de seus direitos de forma adequada, como exprime a própria LGPD.

Com a LGPD, apenas se consolidou o que já se vinha sendo debatido, mas com certo rigor e receio: o direito deve ser conciliado com novas tecnologias, assumindo o direito uma postura flexível, contemporânea e inovadora também. A chegada de novas tecnologias pode acrescentar ao sistema jurídico novas técnicas, como se abordou com o *Legal Design*, por exemplo, que permitem que o sistema jurídico seja mais acessível, adaptável e fácil de ser compreendido.

Dessa forma, com a implementação de uma cultura organizacional inovativa somado a um time que tenha consciência de seu papel e importância da legislação, técnicas aprimoradas de segurança da informação e uso de novas técnicas e tecnologias que ajudem no repasse de informações de forma transparente aos titulares de dados, proporciona-se uma adequação à legislação de proteção de dados de forma plena e duradoura, que é aquilo pretendido com a introdução da LGPD.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inovação tecnológica trouxe a utilização massiva de dados pessoais e, conseqüentemente, isso gerou uma série de violações de garantias e direitos fundamentais do ser humano, que teve a sua privacidade violada em troca da cessão de seus dados.

Com isso, surge a necessidade de legislações de proteção de dados que tratassem do tema de forma específica, além das legislações já esparsas, o que aconteceu através da *GDPR* (*General Data Protection Regulation*) e da LGPD, no cenário brasileiro.

Diante da introdução de uma Lei de proteção de dados no cenário brasileiro, foi preciso que a sociedade reorganisse suas práticas de processamento de dados e criasse uma cultura de proteção de dados a fim de estar em consonância com as disposições da LGPD e não houvesse a aplicação de sanções.

Nesse cenário, vê-se que o marketing que antes era organizado a partir de estratégias individualizadas e personalizadas, passa a ser organizado a partir de dados pessoais, de forma digital e conectada. Assim, também é preciso revisitar as estratégias de marketing à luz da LGPD, tendo em vista o confronto direto.

Portanto, o presente trabalho percorreu um panorama geral das legislações de proteção de dados em outros sistemas jurídicos e no brasileiro, bem como um panorama das estratégias de marketing, trazendo à tona o quão a relação entre marketing e dados se tornou intrínseca e o porquê de merecer tanta atenção a readequação de tais estratégias.

As estratégias de marketing atualmente utilizadas precisam ser repensadas de acordo com a necessidade de se garantir uma proteção efetiva de dados e, por isso, deve-se estabelecer uma regulação responsiva e a criação de uma cultura de dados a fim de que seja possível conciliar o avanço tecnológico e inovativo e a garantia de direitos fundamentais dos titulares de dados.

Por isso, o presente trabalho trouxe algumas sugestões de formas de atendimento dos preceitos da LGPD, como através do uso das bases legais do consentimento e do legítimo interesse para fazer o processamento dos dados pessoais utilizados por tais práticas. Não obstante, discutiu-se a importância do uso de ferramentas que facilitem a comunicação com os titulares, como através do *visual law*.

Também ressaltou-se a importância de conferir enfoque a estratégias muito utilizadas pelo marketing atual, como o e-mail marketing e o uso de *cookies*, tendo em vista que são meio muito utilizados no marketing e também que confrontam diretamente a proteção de dados pessoais.

Por fim, concluiu-se sobre a importância de em todo o processo de readequação das estratégias de marketing, estabelecer uma cultura intrínseca de proteção de dados, focando sempre em construir empresas resilientes em meio à situações de crise e mudanças, sempre pensando em estabelecer uma cultura organizacional inovativa.

Assim, é possível cumprir com o verdadeiro objetivo da legislação, que não é, de longe, o de ser punitivista, mas sim, o de criar uma cultura de proteção de dados que possa ser mantida a longo prazo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

71% of marketers see GDPR as a creative opportunity. **DATA AND MARKETING ASSOCIATION**, 2017. Disponível em: <<https://dma.org.uk/press-release/71-of-marketers-see-gdpr-as-a-creative-opportunity>>. Acesso em: 20 jun 2021.

A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, **Direito da proteção de dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019**, Coimbra, Almedina, 2020, p. 149.

AKAMINE, Alicia Yukari Lima. **Regulação responsiva da prática de e-mail marketing no Brasil**. 2018. 65 f., il. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2018. Acesso em 05 jul. 2021.

AKERLOF, G. A.; SHILLER, R. J. **Pescando tolos: a economia da manipulação e fraude**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016. 320 p.

AMBLER, T. *The new dominant logic of Marketing: views of the elephant*. London: Centre for Marketing of London Business School, 2004. Working Paper, n. 04-903.

ANDRADE, Diego de Calasans Melo; MOURA, Plínio Rebouças de. O direito de consentimento prévio do titular para o tratamento de dados pessoais no ciberespaço. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, Goiânia, v.5, n.1, p.110-133, Jan/Jun de 2019.

ARAGÃO, Alexandre. Dilma sanciona Marco Civil na abertura do NETMundial. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 23 abr 2014, Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/04/1444200-dilma-sanciona-marco-civil-na-abertura-do-netmundial.shtml>>. Acesso em 22 jul 2021

Article 29 Data Protection Working Party. (2014). Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC. Disponível em: <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf>. Acesso em: 15 jul 2021

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). **ABNT NBR ISO/IEC29184:2021**. Disponível em: <<https://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=471276>>. Acesso em 20 jul. 2021.

AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive Regulation: transcending the deregulation debate**. 1ª. ed. New York: Oxford University Press, 1992.

BASTOS, Athena. **Legal Design: a técnica do Design Thinking aplicada ao Direito**. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/legal-design/>. Acesso em 21 mai. 2021.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo: Comentário à Lei nº. 12.414, de 09 de junho de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2ª edição – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRAITHWAITE, J. The essence of responsive regulation. **UBC Law Review**, 44, 2011. pp.475-520.

BRASIL. **A proteção de dados pessoais na relação de consumo: para além da informação creditícia**. Brasília: SDE/DPDC, 2010

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011**. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm>. Acesso em: 14 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 14 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 14 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor

e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 14 fev. 2021.

BSI GROUP (Inglaterra) (Org.). *Organizational Resilience Standard Published*. 2014b. Disponível em: <http://www.bsigroup.com/en-GB/aboutbsi/media-centre/pressreleases/2014/November-2014/Organizationalresilience-standard-published/#.VVKUOPIViko>>. Acesso em 04 jul. 2021.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi; CRISTO, Camila Kohn de; MAFRA, Gabriela. Evasão de informações privadas: proteção à privacidade nos casos de pornografia de vingança. In: Anais do 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. 2017, Santa Maria. **Anais Santa Maria: UFSM, 2017. p.1.** Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/evas%C3%A3o-de-informa%C3%A7%C3%B5es-privadas-prote%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-privacidade-nos-casos-de-pornografia-de-vingan%C3%A7>>. Acesso em: 03 jul. 2021.

CASTELLUCCIA, Claude. Behavioural Tracking on the Internet: A Technical Perspective. Em: GUTWIRTH, S. LEENES, R. DE HERT, P. POULLET, Y. (eds). *European Data Protection: In Good Health?* Dordrecht: Springer, 2012. Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-94-007-2903-2_2#citeas>. Acesso em: 03 jul 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CERT.BR. *Cartilha de Segurança para Internet, versão 4.0*. 2ª. ed. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2012.

CISCO. From Privacy to Profit: Achieving Positive Returns on Privacy Investments. Disponível em: https://www.cisco.com/c/dam/global/en_uk/products/collateral/security/2020-data-privacy-cybersecurity-series-jan-2020.pdf>. Acesso em 20 de junho de 2021.

CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES, **Direito da proteção de dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019**. Coimbra: Almedina, 2020

CORRÊA, Adriana Espíndola; GEDIEL, José Antônio Peres. *Proteção Jurídica de Dados*

Pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o Mercado. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, n. 47. Curitiba, 2008, p. 141–153.

COSTA, Inês da Silva. A proteção da pessoa na era do *big data*: a opacidade do algoritmo e as decisões automatizadas. **Revista Eletrônica de Direito**, nº1, vol. 24, fev. 2021.

DEGELING, Martin. UTZ, Christine. LENTZSCH, Christopher. HOSSEINI, Henry. SCHAUB, Florian. HOLTZ, Thorsten. We Value Your Privacy... Now Take Some *Cookies*: Measuring the GDPR's Impact on Web Privacy. *ArXiv* 1808:05096, 2018. Disponível em: <<https://arxiv.org/abs/1808.05096>>. Acesso em: 25 mai. 2021.

Dispõe sobre a proteção de dados pessoais, a privacidade e dá outras providências. Disponível em: <<http://culturadigital.br/dadospessoais/files/2010/11/PL-Protacao-de-Dados.pdf>>. Acesso em 22 jul 2021

DOMINGOS, PEDRO, *A revolução do algoritmo-mestre: como a aprendizagem automática está a mudar o mundo*, Barcarena, Manuscrito, 2017.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção dos dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERREIRA, F. **LGPD: por que você não pode mais esperar para se adaptar**. 2020. Disponível em: <<https://lozinskyconsultoria.com.br/estrategia-e-gestao-de-ti/lgpd-por-quevoce-naopode-mais-esperar-para-se-adaptar/>>. Acesso em: 24 jun. 2021.

FIUZA, Cesar. Por uma redefinição da contratualidade. 31 mar. 2017. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/por-uma-redefinicao-da-contratualidade/>>. Acesso em 10 abr. 2020.

GARCEL, Adriane; MORO, Sergio Fernando; SOUZA NETTO, José Laurindo de; HIPPERTT, Karen Paiva. Lei geral de proteção de dados: diretrizes e implicações para uma sociedade pandêmica. **Coletâneas de artigos jurídicos: em homenagem ao Professor José Laurindo de Souza Netto**. Viviane C. de S. K., Adriane G., José L. de S. N. 1.ed., Curitiba: Clássica Editora, 2020. ISBN 978-65-87965-03-1. pg 319-344

GASIOLA, Gustavo Gil. **Criação e desenvolvimento da proteção de dados na Alemanha**.

Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/criacao-e-desenvolvimento-da-protecao-de-dados-na-alemanha-29052019>>. Acesso em 10 fev. 2021.

GODOY, R.S.P.; PEÇANHA, D.L.N. Cultura Organizacional e processos de inovação: um estudo psicossociológico em empresa de base tecnológica. **Boletim Academia Paulista de Psicologia**, São Paulo, Ano XXIX nº01/09, p.142-163, maio 2009.

GOMES, M; KURY, G. A Evolução do Marketing para o Marketing 3.0: o marketing de causa. In: CONGRESSO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO NA REGIÃO NORDESTE, 14, 2013. **Anais...** Mossoró. Disponível em: <<http://www.portalintercom.org.br/anais/nordeste2013/resumos/R37-0945-1.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2021.

JENKINS, H. **Cultura da convergência**. São Paulo: Aleph, 2009.

KOTLER, Philip; KARTAJAYA, Hermawan & SETIAWAN, Iwan. **Marketing 3.0**: as forças que estão definindo o novo marketing centrado no ser humano. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

KOTLER, Philip; KARTAJAYA, Hermawan; SETIAWAN, Iwan. **Marketing 4.0**. Rio de Janeiro: Sextante, 2017, 256 p.

KRIEGER, Maria Victoria Antunes. **A análise do instituto do consentimento frente à lei geral de proteção de dados do brasil (lei nº 13.709/18)**. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 2019. Data da publicação: 05 dez. 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/203290/TCC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

KRISTOL, David M. HTTP *Cookies*: Standards, Privacy, and Politics. **ACM Transactions on Internet Technology**, Vol. 1, nº. 02, 2001, pp. 151–198. Disponível em: <<https://www.cs.stevens.edu/~nicolosi/classes/17fac578/ref4-1.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2021.

KUMAR, V.; ZHANG, X.; LUO, A. Modeling Customer Opt-In and Opt-Out in a Permission Based Marketing Context. **Journal of Marketing Research**, vol. LI, Agosto 2014. pp. 403-419.

LACE, Susanne. *The glass consumer: life in a surveillance society*. Bristol: Policy Press, 2005.

LEONARDI, Marcel. Aspectos controvertidos entre a Lei Geral de Proteção de Dados e o Marco Civil da Internet. *In: Temas atuais de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap): um estudo comparado entre Brasil e Canadá**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

LIVRAMENTO, T. F. S.; OLIVEIRA, E. A. de A. Q.; MORAES, M. B. de. Empresas resilientes: o desafio de estabelecer uma cultura inovativa como fator de proteção. **Latin American Journal of Business Management**, Taubaté, v. 6, n. 2, p. 237-255, jan./jun. 2015

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo**. Petrópolis: Vozes, 1999

MACHADO, Joana de Moraes Souza. **Caminhos para a tutela da privacidade a sociedade da informação: a proteção da pessoa em face da coleta e tratamento de dados pessoais por agentes privados no Brasil**. 2014. 186 p. Tese (Doutorado) - Fundação Edson Queiroz, Universidade de Fortaleza, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, 2014. Disponível em: <Disponível em: <http://uolp.unifor.br/oul/ObraSiteLivroTrazer.do?method=trazerLivro> >. Acesso em: 20 fev. 2021.

MALHEIRO, Luíza Fernandes. **O consentimento na proteção de dados pessoais na Internet: uma análise comparada do Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu e do Projeto de Lei 5.276/2016**. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2017. Data da publicação: 8 jan. 2018. Disponível em: <bdm.unb.br/handle/10483/18883>. Acesso em: 20 mar. 2021.

MATTIUZZO, Marcela; PONCE, Paula Pedigoni. O legítimo interesse e o teste da proporcionalidade: uma proposta interpretativa. **Revista Internet&Sociedade**, v.1, n.2, dez. 2020, p. 54-76.

MCGEVERAN, W. Friending the Privacy Regulators. **Arizona Law Review**, Vol. 58, 2016.

pp. 959-1025.

MENDES, Diego Ferreira. O equiparado a consumidor e sua proteção no CDC. **Reflexões de magistrados paulistas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. – Série IDP: linha de pesquisa.

MILL, J. S. **A liberdade/utilitarismo**. 1. ed. Martins Fontes, 2000.

MORAES, Henrique Fabretti. **Proteção De Dados Pessoais: Privacy By Design E Compliance**. Disponível em: <<https://lec.com.br/beta2021final/protacao-de-dados-pessoais-privacy-by-design-e-compliance/>>. Acesso em 03 jul. 2021.

MPDFT ajuíza 1ª ação civil pública com base na LGPD. **PORTAL DO MPDFT**, 2020. Disponível em: <<https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2020/12384-mpdft-ajuiza-1-acao-civil-publica-com-base-na-lgpd>>. Acesso em: 15 jun 2021.

OLIVEIRA, Jordan Vinícius de; SILVA, Lorena Abbas da. *Cookies* de navegador e história da internet: desafios à lei brasileira de proteção de dados pessoais. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 36, p.307, jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

PALHARES, Felipe. Aspectos controvertidos entre a Lei Geral de Proteção de Dados e o Marco Civil da Internet. *In: Temas atuais de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PANIGRAHI, A. E-Marketing: leading edge for booming business world wide. **Journal of Management Research and Analysis**, v. 3, n. 3, Julho-Setembro 2016. pp. 131-135.

PIMENTA, Guilherme. LEORATTI, Alexandre. Foco inicial será criar cultura de dados, diz presidente da ANPD. **Revista Jota**, 26 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/cultura-de-dados-presidente-anpd->

26012021 >. Acesso em: 15 jun 2021.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de Dados Pessoais: comentários à lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. São Paulo: Saraiva, 2018.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; PONCE, Paula Pedigoni. **Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado: o que permanece e o que deve ser reconsiderado**. Internet & Sociedade, São Paulo, n.1, v. 1, p. 64-90, 2020.

RAMOS, Pedro Henrique Soares Melo. **A regulação de proteção de dados e seu impacto para a publicidade online: um guia para a LGPD**. Disponível em: <<https://baptistaluz.com.br/institucional/a-regulacao-de-protecao-de-dados-e-seu-impacto-para-a-publicidade-online-um-guia-para-a-lgpd/>>. Acesso em 25 jun. 2021.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

SANTOS, TATIANE. et al. O DESENVOLVIMENTO DO MARKETING: UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA. **Revista de Gestão USP**, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 89-102.

SENDPULSE. **O que é Opt In?**. Disponível em: <<https://sendpulse.com/br/support/glossary/opt-in>>. Acesso em 02 de novembro de 2020.

SHEFFI, Y. **The resilient enterprise: overcoming vulnerability for competitive advantage**. Massachusetts: MIT Press, 2007.

SILVA, M. A. C. et al. **Cultura Inovativa e Formação de Ambiente Inovador**. XVII SEMEAD Seminários em Administração, ISSN 2177-3866. São Paulo: out. 2014.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. Teoria do direito. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOLTANI, Ashkan. CANTY, Shannon. MAYO, Quentin. THOMAS, Lauren. HOOFNAGLE, Chris Jay. **Flash Cookies and Privacy**. Social Science Research Network, 2009. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1446862>. Acesso em: 15 jul 2021

SOUZA, Bernardo de Azevedo e. Visual Law: o que você precisa saber. **Revista JusBrasil**, 1 fev. 2020. Disponível em: <<https://besouza86.jusbrasil.com.br/artigos/804292299/visual-law-o-que-voce-precisa-saber>>. Acesso em: 20 jul 2021

STAIR, Ralph; REYNOLDS, George WP. **Princípios de sistema de informação: uma abordagem gerencial**. Tradução Flávio Soares Correa. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

TAVARES, Mônica. Após espionagem, Dilma pede urgência de votação do Marco Civil da Internet. **O Globo**. 11 de set 2013. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/apos-espionagem-dilma-pede-urgencia-de-votacao-do-marco-civil-da-internet-9912712>>. Acesso em: 22 jul 2021

U.S. CHAMBER OF COMMERCE; HUNTON & WILLIAMS LLP. **Seeking Solutions: Attributes of Effective Data Protection Authorities**. U.S. Chamber of Commerce. p. 1 - 40. 2017.

UNIÃO EUROPEIA (2002). *Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas), 12 de jul. 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/2LWprQL>>. Acesso em: 04 mai. 2021.

UNIÃO EUROPEIA (2009). *Directiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*. Altera a Directiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas, a Directiva 2002/58/CE relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor, 25 nov. 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/2HeNTyb>>. Acesso em: 04 mai. 2021.

WARREN, Brandeis. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, Vol Iv, Dez. 1890. Disponível em: http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html acesso em: 05 de mai. 2021.