

FELIPE MELAZZO DO NASCIMENTO SANTOS

NUDGES, DADOS PESSOAIS E BOAS PRÁTICAS

CHECKLIST COM LEGAL
DESIGN PARA TRATAMENTOS
AUTORIZADOS PELO
CONSENTIMENTO

Nesta obra intitulada "NUDGES, DADOS PESSOAIS E BOAS PRÁTICAS: checklist com Legal Design para tratamentos autorizados pelo consentimento", Felipe Melazzo apresenta os campos profissional e acadêmico com reflexões sobre a interação de temas que não se ligam de forma óbvia. Ele consegue relacionar, com êxito, achados de economia comportamental, previsões da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD) e aplicação de técnicas de Legal Design. Essa correlação é guiada pela genialidade do autor ao se aprofundar na compreensão de consentimento fundado em uma vontade limitada e que pode ser influenciada por uma série de fatores. Nesse contexto, Felipe Melazzo convida o(a) leitor(a) para ir além, não só ao propor o estudo de uma dessas influências – os nudges – mas, também, ao realizar sua aplicação no contexto do consentimento do(a) titular de dados pessoais. O resultado é a proposição de um checklist, uma ferramenta poderosa que auxilia a concretização das determinações da LGPD sobre esse consentimento. O autor utiliza os nudges como verdadeiros "empurrões" que estimulam e facilitam a compreensão sobre o que está sendo autorizado no tratamento dos dados pessoais. Até esse ponto a pesquisa já teria um resultado científico e social extremamente importante, porém, a visão diferenciada do tema trouxe, ainda, a aplicação das técnicas de Legal Design na elaboração desse checklist, o que permitiu levar em conta o ser humano que consente o tratamento de dados pessoais, e não apenas o titular. Portanto, o(a) leitor(a) que se interessa por uma abordagem científica, arrojada e diferenciada sobre as determinações legais acerca do tratamento de dados pessoais, e que, sobretudo, acredita na interdisciplinaridade entre Direito, Economia Comportamental e o Design como forma de democratizar os direitos e torná-los e mais compreensíveis e acessíveis, não pode deixar de ler esta obra.

Profa. Leila Bitencourt

Advogada no VLF Advogados

Professora Substituta de Direito da UFSJ

Mestre em Direito pela UFOP

Doutora em Direito pela UFMG

ISBN 978-65-6006-034-0



NUDGES, DADOS PESSOAIS E BOAS PRÁTICAS

CHECKLIST COM LEGAL
DESIGN PARA TRATAMENTOS
AUTORIZADOS PELO
CONSENTIMENTO



Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola Superior de Desporto de Rio Maior, Escola Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, e PUC - Minas

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UniCEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIFE), Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Uinhorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos

Diagramação: Editora Expert

Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SANTOS, Felipe Melazzo Do Nascimento

Título: NUDGES, DADOS PESSOAIS E BOAS PRÁTICAS: checklist com Legal Design para tratamentos autorizados pelo consentimento - Belo Horizonte - Editora Expert - 2023

Autor: Felipe Melazzo Do Nascimento Santos

ISBN: 978-65-6006-034-0

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

1.Direito 2.Economia Comportamental 3.Dados Pessoais

I. I. Título.

CDD: 340

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



EXPERT
EDITORA DIGITAL

*“Sua observação, disse o dono da casa sorrindo, traz o sabor do chocolate que o senhor bebeu naturalmente esta manhã antes de sair para a caça. Presumo que é rico. Na abundância é impossível compreender as lutas da miséria, e a máxima de que todo homem pode, com esforço, chegar ao mesmo brilhante resultado, há de sempre parecer uma grande verdade à pessoa que estiver trinchando um peru... Pois não é assim; há exceções. **Nas coisas deste mundo não é tão livre o homem, como supõe**, e uma coisa, a que uns chamam mau fado, outros concurso de circunstâncias, e que nós batizamos com o genuíno nome brasileiro de caiporismo, impede a alguns ver o fruto de seus mais hercúleos esforços. César e sua fortuna! toda a sabedoria humana está contida nestas quatro palavras.”*
(Machado de Assis, 1876).

APRESENTAÇÃO

Nesta obra intitulada “NUDGES, DADOS PESSOAIS E BOAS PRÁTICAS: *checklist* com *Legal Design* para tratamentos autorizados pelo consentimento”, Felipe Melazzo apresenta os campos profissional e acadêmico com reflexões sobre a interação de temas que não se ligam de forma óbvia. Ele consegue relacionar, com êxito, achados de economia comportamental, previsões da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD) e aplicação de técnicas de *Legal Design*. Essa correlação é guiada pela genialidade do autor ao se aprofundar na compreensão de consentimento fundado em uma vontade limitada e que pode ser influenciada por uma série de fatores. Nesse contexto, Felipe Melazzo convida o(a) leitor(a) para ir além, não só ao propor o estudo de uma dessas influências – os *nudges* – mas, também, ao realizar sua aplicação no contexto do consentimento do(a) titular de dados pessoais. O resultado é a proposição de um *checklist*, uma ferramenta poderosa que auxilia a concretização das determinações da LGPD sobre esse consentimento. O autor utiliza os *nudges* como verdadeiros “empurrões” que estimulam e facilitam a compreensão sobre o que está sendo autorizado no tratamento dos dados pessoais. Até esse ponto a pesquisa já teria um resultado científico e social extremamente importante, porém, a visão diferenciada do tema trouxe, ainda, a aplicação das técnicas de *Legal Design* na elaboração desse *checklist*, o que permitiu levar em conta o ser humano que consente o tratamento de dados pessoais, e não apenas o titular. Portanto, o(a) leitor(a) que se interessa por uma abordagem científica, arrojada e diferenciada sobre as determinações legais acerca do tratamento de dados pessoais, e que, sobretudo, acredita na interdisciplinaridade entre Direito, Economia Comportamental e o *Design* como forma de democratizar os direitos e torná-los e mais compreensíveis e acessíveis, não pode deixar de ler esta obra.

Profa. Leila Bitencourt
Advogada no VLF Advogados
Professora Substituta de Direito da UFSJ
Mestre em Direito pela UFOP
Doutora em Direito pela UFMG

PREFÁCIO

É com grande satisfação que recebi o convite de Felipe Melazzo do Nascimento Santos para escrever o prefácio de seu texto, que foi gestado no âmbito do Mestrado Acadêmico em “Novos Direitos, Novos Sujeitos” da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP).

O trabalho de Felipe Melazzo do Nascimento Santos é fruto de uma pesquisa densa e criteriosa, que reflete seu cuidado e comprometimento com o tema. Ao longo de sua trajetória acadêmica e profissional, ele se voltou à tarefa de revelar os desafios e as lacunas existentes no tratamento de dados pessoais, especialmente em relação ao consentimento. Sua abordagem, pautada em uma perspectiva interdisciplinar, permite uma análise abrangente e atualizada sobre o assunto.

O livro, intitulado “NUDGES, DADOS PESSOAIS E BOAS PRÁTICAS: checklist com Legal Design para tratamentos autorizados pelo consentimento”, aventa aspectos basais próprios ao tratamento de dados pessoais, como o consentimento no contexto da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), os dados sensíveis, os dados de crianças e adolescentes, e o papel dos algoritmos. Decifrar tais noções e perceber como elas podem afetar os direitos fundamentais são iniciativas essenciais para uma postura técnica amadurecida.

O autor destaca, então, a relevância de se adotarem medidas especiais para certificar a segurança desses dados, levando em conta as vulnerabilidades nas hipóteses de necessidade de consentimento. É dizer, o autor demonstra sensibilidade quanto às vulnerabilidades decorrentes do fluxo de informações e do tratamento de dados. Ele se preocupa em assegurar a autonomia do titular dos dados, levando em consideração a racionalidade limitada e outras questões pertinentes. Portanto, o livro coteja temas como “empurrões”, heurísticas e vieses, que são discutidos de maneira devidamente embasada. A discussão trazida é crucial para uma visão mais ampla das decorrências do tratamento abusivo de dados e para a caça de soluções que equilibrem a inovação tecnológica e a tutela dos direitos correlatos.

Nesse sentido, além de descortinar resultados consistentes para o entendimento e a aplicação dos chamados “*nudges*” e das boas práticas no tratamento de dados autorizado pelo consentimento, o texto também almeja elucidar, de forma concreta, as possibilidades do *Legal Design* no uso de uma linguagem contemporânea, extremamente sedutora e imagetivamente rica. Essas possibilidades abrem horizontes novos para pesquisadores empenhados com a realidade das demandas emergentes na sociedade da informação.

Vale ressaltar que o texto compartilha com o leitor os diversos caminhos percorridos durante a elaboração e a seleção das estratégias metodológicas utilizadas, desde a definição do problema de pesquisa até a apresentação das conclusões. Isso pode ser particularmente favorável para acadêmicos que estejam começando suas investigações e queiram se inspirar em modelos semelhantes, sobretudo quando estejam dispostos a abandonar a clausura teórica da tradição do conhecimento jurídico e explorar novas epistemologias.

Com efeito, neste livro, o autor confecciona um checklist com *Legal Design*, uma ferramenta que auxilia na criação de práticas e políticas que estejam em conformidade com a legislação vigente. Por meio desse checklist, os profissionais que lidam com dados pessoais são chamados a conjecturar se suas ações estão de acordo com os requisitos legais, asseverando a privacidade dos titulares.

O texto, assim, proporciona ao leitor a oportunidade de se familiarizar com boas práticas e conformidade no tratamento de dados, através de uma busca aplicada, concreta e cientificamente sistematizada. Duas figuras centrais nesse contexto são o *privacy by design* e o *privacy by default*.

O *privacy by design* versa sobre a incorporação de instrumentos de privacidade desde o início do desenvolvimento de um produto ou serviço, garantindo a proteção dos dados já em sua concepção. Isso implica a articulação dos princípios de privacidade desde a preparação das arquiteturas e infraestruturas, promovendo a privacidade dos usuários de modo proativo. O *privacy by default* refere-se à configuração padrão de um sistema com as melhores práticas de privacidade, para

que os usuários não precisem realizar ajustes adicionais para demarcar as suas preferências mais regulares.

O livro em apreço é, desse modo, um convite o leitor para participar de um diálogo qualificado sobre questões extremamente atuais e urgentes no campo da pesquisa científica empírica, uma vez em que problematiza, examina e propõe expedientes jurídicos adequados para lidar com as vulnerabilidades conexas à privacidade e à autodeterminação informativa.

As ideias expostas neste texto são provocativas, estimulando o senso crítico e incitando inquietações. A solidez dos fundamentos e a firmeza argumentativa e metodológica evidenciam a importância de um estudo indispensável, revelador e extremamente útil para a práxis jurídica.

Nesse sentido, a leitura é altamente recomendada para profissionais do direito e demais interessados, pois oferece uma compreensão aprofundada das melhores práticas e conformidade no tratamento de dados, viabilizando uma atuação tecnicamente mais eficiente e segura.

Parabenizo o autor por sua dedicação e pelo trabalho de qualidade publicado neste livro. Tenho certeza de que a obra contribuirá para o avanço do debate e para a construção de rotinas mais éticas e positivamente responsáveis no tratamento de dados pessoais.

Do Campus Morro do Cruzeiro, Universidade Federal de Ouro Preto, em outubro de 2023.

Roberto Henrique Pôrto Nogueira
Professor da Graduação e do Mestrado Acadêmico
em Direito da UFOP.
Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas.
Pesquisador do Núcleo de Estudos NOVOS DIREITOS
E RECONHECIMENTO.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO À ESTRUTURA METODOLÓGICA E AOS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS	17
COMPARTILHANDO OS CAMINHOS.....	27
2.1 Tentativas em vão? Delimitação do objeto de pesquisa	30
2.2 Marco teórico e operacionalização da pesquisa	31
2.3 Matriz de análise (ou <i>checklist</i> legal e comportamental)	35
O CONSENTIMENTO E A LGPD.....	51
3.1 O papel do consentimento no âmbito da LGPD	54
3.1.1 O consentimento no tratamento de dados sensíveis	58
3.1.2 O consentimento no tratamento de dados de crianças e adolescentes ..	60
3.1.3 A exigência da forma de recolhimento do consentimento na LGPD.....	62
3.2 O tratamento de dados pessoais e os algoritmos	63
3.3 O fluxo informacional, a criação de vulnerabilidades e a autonomia.....	71
DA RACIONALIDADE LIMITADA AOS “EMPURRÕES”	81
4.1 Racionalidade limitada e procedimental	83
4.2 Heurísticas e vieses	88
4.3 <i>Nudges</i> ou “empurrões”	92

BOAS PRÁTICAS, PRIVACY BY DESIGN E PRIVACY BY DEFAULT ... 99

5.1 Boas práticas e compliance 101


 5.1.1 A LGPD e as boas práticas 106

5.2 *Privacy by design* e *privacy by default* 109

5.3 Matriz de análise e sua relação com as boas práticas, o *privacy by design* e o *privacy by default*..... 111

CONSIDERAÇÕES FINAIS 113

REFERÊNCIAS119



**INTRODUÇÃO
À ESTRUTURA
METODOLÓGICA E
AOS PRESSUPOSTOS
TEÓRICOS**

INTRODUÇÃO À ESTRUTURA METODOLÓGICA E AOS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS¹

A organização de um sistema geral e específico acerca da proteção de dados pessoais no Brasil adveio com a publicação, em 15 de agosto de 2018, da Lei 13.709 ou Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).² A LGPD, por sua vez, elege o consentimento dos titulares de dados para o respectivo tratamento, como seu vetor principal.³

Apesar da importância dada ao consentimento dos titulares de dados pessoais, esse consiste em uma das hipóteses autorizativas de tratamento, trazidas pela LGPD em seu artigo 7º. Existem outras hipóteses de tratamento ou base legais, horizontalmente elencadas, que dispensam o consentimento do titular. Ressalta-se, entretanto, que tais hipóteses não dispensam a observância, pelos agentes de tratamento, das previsões da LGPD, em especial dos princípios gerais e da garantia dos direitos do titular.

A lei, no inciso XII do seu artigo 5º, traz como consentimento a manifestação livre, informada, inequívoca, pela qual o titular concorda

1 Os resultados e discussões apresentados na presente obra é fruto da pesquisa de mestrado do autor: SANTOS, Felipe Melazzo do Nascimento. **Nudges e os tratamentos de dados pessoais autorizados pelo consentimento: proposta de matriz de análise a partir da investigação empírica em startups da Região dos Inconfidentes**. 2022. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2022. Disponível em: <http://www.repositorio.ufop.br/jspui/handle/123456789/14849>. Além disso, por ter sido produzida entre fevereiro de 2020 e janeiro de 2022, a pesquisa e, consequentemente a presente obra, não levou em consideração as publicações, regulamentações, notas técnicas, relatórios, tomadas de subsídios, estudos técnicos e documentos institucionais emitidos pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) após esse período, incluindo especificamente, mas não se limitando a: (i) Resolução CD/ANPD N° 2, que aprovou o Regulamento de aplicação da LGPD para agentes de tratamento de pequeno porte; e o (ii) Guia orientativo: cookies e proteção de dados pessoais.

2 OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellize; LOPES, Isabela Maria Pereira. Os princípios norteadores da proteção de dados pessoais no Brasil e sua otimização pela Lei 13.709/2018. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 71.

3 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 127.

com o tratamento de seus dados pessoais, sempre direcionada a uma finalidade determinada.

As noções afetas à concretização do consentimento podem ser analisadas por meio das teorizações realizadas no campo da Economia Comportamental, na medida em que se consideram, como verdadeiros processos de tomada de decisão, as manifestações de vontade dos titulares de dados pessoais nos tratamentos cujo consentimento consiste na sua hipótese autorizativa.

A Economia Comportamental (EC), responsável pelo estudo das influências sociais, cognitivas e emocionais sobre o comportamento econômico humano, surgiu como área de estudo fértil de experimentações e desenvolvimento de teorias ou modelos sobre o processo de tomada de decisão pelos seres humanos.⁴

Isso porque, a EC⁵ nasce da incorporação pela Economia dos desenvolvimentos teóricos e descobertas empíricas no campo da Psicologia para estudar problemas e comportamentos econômicos por meio da experimentação. Ressalta-se que intersecção entre os campos é tamanha, que nem sempre as fronteiras entre as áreas são claramente definidas.

Hebert A. Simon, no seu texto “*A Behavioral Model of Rational Choice*”, publicado na *The Quarterly Journal of Economics*, em 1955, traz que a teoria econômica tradicional postulou a noção de “homem econômico”, conseqüentemente racional. Segundo o autor, esse homem seria teoricamente dotado de um conhecimento de aspectos relevantes do ambiente que vive, que, se não fosse completo, seria pelo menos volumoso e claro.⁶

Esse homem econômico também seria dotado de um sistema estável de preferências que lhe permitiria, em um processo decisório,

4 SAMSON, Alain. **Introdução à economia comportamental e experimental.** In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (Orgs.). Guia de Economia Comportamental e Experimental. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015, p. 26.

5 No capítulo 4, será melhor desenvolvimento a incorporação de aspectos empíricos à Economia na medida em que se expõe sobre a noção de racionalidade procedimental.

6 SIMON, Hebert A. A Behavioral Model of Rational Choice. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 69, n. 1, p. 99-118, 1955, 99.

calcular todas as alternativas possíveis que lhe estão disponíveis, e, dessa forma, seguiria pelo caminho que lhe permitiria alcançar o ponto mais alto na sua escala de preferência.

Simon⁷, portanto, assume como tarefa substituir a racionalidade do “homem econômico” por um tipo de comportamento racional compatível com o acesso à informação e com as capacidades cognitivas que realmente possuem os seres humanos nos ambientes aos quais estão inseridos.

Em contraposição à racionalidade do “homem econômico” ou racionalidade neoclássica, desenvolve-se a noção de racionalidade limitada. A racionalidade limitada ou *bounded rationality* consiste na limitação cognitiva humana, presente nos processos decisórios ou de deliberação mental, para examinar e avaliar todas as contingências, bem como a restrição para apreciar todos os dados inseridos nas informações disponíveis.⁸

A partir da racionalidade limitada, outros estudos de contestação das noções formais de racionalidade foram desenvolvidos, como é o caso “*A judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*”, de Amos Tversky e Daniel Kahneman, publicado na revista *Science*, em 1974.⁹

No trabalho, os autores dispõem que os seres humanos, na avaliação de eventos incertos, apoiam-se em um número limitado de princípios heurísticos ou heurísticas, que (i) reduzem a complexidade de tarefas ligadas à avaliação de probabilidades, mitigando a aptidão em predizer valores para operações mais simples de juízo; e, por conseguinte, (ii) podem resultar em vieses.¹⁰

7 SIMON, Hebert A. A Behavioral Model of Rational Choice. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 69, n. 1, p. 99-118, 1955, 100.

8 POMPEU, Renata Guimarães. Da tragédia dos comuns à noção de racionalidade limitada nos contratos: a deliberação mental dos agentes econômicos na composição do conteúdo eficazional. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz (Orgs.). **Novos direitos privados**. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 126-138, p. 132.

9 TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. A judgment under uncertainty: heuristics and biases. **Science**, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974, p. 1124.

10 TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. A judgment under uncertainty: heuristics and biases. **Science**, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974, p. 1124.

As heurísticas consistem em estratégias simplificadoras, ou regras práticas, utilizadas pelos seres humanos ao tomarem decisões. São mecanismos adotados para o enfrentamento dos ambientes complexos que circundam os processos decisórios. Das heurísticas, resultam os vieses decisórios, isto é, erros graves ou sistemáticos de decisão.¹¹

Nesse sentido, a partir de tais constatações, Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein¹² desenvolveram aquilo que eles chamam de paternalismo libertário. Trata-se de uma forma específica de ingerência nos processos decisórios que reconhece a racionalidade limitada e as heurísticas, procura mitigar os seus impactos, mas não desconsidera a aptidão do sujeito para decidir.

O paternalismo libertário versa sobre o papel das instituições públicas e privadas em desenvolverem meios que guiem os cidadãos para escolhas que, em tese, maximizam o seu próprio bem-estar. O desenvolvimento desses meios, entretanto, no panorama dos autores aludidos, não deve ser feito de forma coercitiva, pois deve ser respeitada a possibilidade dos cidadãos não se submeterem a sua influência.¹³

Um dos principais instrumentos do paternalismo libertário é, portanto, a arquitetura de escolhas, que significa a organização do contexto no qual as pessoas tomam decisões. A arquitetura de escolhas operacionaliza-se através da disponibilização e da organização daquilo que Sunstein e Thaler¹⁴ chamam de “*nudges*”, isto é, “qualquer aspecto capaz de mudar o comportamento das pessoas de forma previsível sem vetar qualquer opção e sem nenhuma mudança significativa em seus incentivos econômicos”. Segundo os autores, a intervenção *nudge*

11 BAZERMAN, Max H. **Processo decisório**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

12 SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. O paternalismo libertário não é uma contradição em termos. **Civilistica.com. Revista eletrônica de direito civil**. Rio de Janeiro: a. 4, n. 2, 2015, p. 4.

13 GALUPPO, Marcelo Campos; ROCHA, Bruno Anuniação. Paternalismo libertário no Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 53, n. 210, abr./jun. 2016, p. 135-148, p. 141.

14 SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 14.

não deve ser custosa, tampouco uma mera ordem, pois deve ser fácil de evitar.

No que pese ao tratamento de dados pessoais, cuja base legal é o consentimento, tendo em vista que a manifestação de vontade envolvida se trata de um processo decisório, os modelos entabulados pela Economia Comportamental parecem ser úteis para o desenvolvimento de contributos que o qualificam.

Segundo Bruno Ricardo Bioni,¹⁵ em que pese o controle exercido pelos titulares de dados pessoais em relação as suas informações, há uma impossibilidade por parte desses em desempenharem um processo genuíno de tomada de decisão, devido às limitações cognitivas em absorver, memorizar e processar toda a complexidade contida na lógica do *trade-off*, isto é, na troca de dados em serviços e produtos *online* da economia dos dados pessoais.

Em relação ao tratamento de dados pessoais *online*, há, portanto, uma complexidade considerável nos procedimentos, isto é, nos algoritmos que permeiam e executam tal fluxo informacional.¹⁶ Dentro desses modelos, há a nítida possibilidade de “erro, viés, manipulação, comodismo, influência comercial ou política, ou falhas sistêmicas”.¹⁷ A possibilidade de organização dos dados de entrada é uma oportunidade para que esses sejam conjugados com base em parâmetros que extrapolam a mera relevância, como motivações por propriedade, por interesses próprios comercial ou institucional, ou até mesmo por ganho político.

Os modos de funcionamento dos algoritmos que tratam dados pessoais destacam uma assimetria informacional que acaba se resvalando em uma assimetria de poder e que deixam os titulares

15 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 141.

16 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 138.

17 GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018, p. 117.

impotentes de fazerem valer seu desejo de controlar seus dados pessoais.¹⁸

Para Bioni,¹⁹ o consentimento, assim, tendo em vista as limitações cognitivas somadas ao fluxo informacional complexo, é encarado mais como um pilar da estratégia regulatória da LGPD para legitimar os modelos de negócios da economia digital, do que como um meio apto a proteção dos dados pessoais. Para o autor, o consentimento é uma verdadeira ficção legal, uma mistificação que não é confrontada com o contexto socioeconômico em que se insere, que por sua vez estrangula a prometida liberdade da autodeterminação informacional.

A proposta, pelo menos teórica, desenvolvida por Bioni,²⁰ diante da constatação também teórica acerca do papel da assimetria informacional e da racionalidade limitada no processo decisório, perpassa: (i) a reavaliação de um quadro regulatório que tem o consentimento como seu elemento normativo central, e aposta todas as suas fichas em um sujeito autônomo, capaz de exercer plenamente tal esfera de controle e de proteção de suas informações pessoais; (ii) uma arquitetura de vulnerabilidade, que toma como ponto de partida o pressuposto de que os titulares de dados pessoais são vulneráveis e, dessa forma, deve-se aparelhá-lo com mecanismos que lhe permitam superar suas limitações em relação ao fluxo de seus dados pessoais.

Essa última, por sua vez, é inspirada no raciocínio desenvolvido pelo mencionado paternalismo libertário e pela arquitetura de escolhas. Segundo Bioni,²¹ deve-se projetar ambientes que favoreçam a tomada de decisões mais benéficas às pessoas.

18 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 151.

19 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 159.

20 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 154.

21 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 159.

Só assim “se superará parte do drama da proteção dos dados pessoais, que é a sublinhada falta de correspondência entre o programado direito da autodeterminação informacional e uma arquitetura que lhe dê vazão.”²²

Estipulados os pressupostos e os referenciais, o presente trabalho tem como objetivo geral, portanto, propor uma matriz de análise (ou *checklist*) desenvolvida com elementos de *Legal Design*²³ apta a identificar o cumprimento: (i) dos requisitos legais estabelecidos pela LGPD aos tratamentos de dados pessoais cuja base legal é o consentimento, bem como (ii) de aspectos comportamentais, isto é, os *nudges*.

Em outras palavras, pretende-se apresentar um documento que permite identificar se são adotados por agentes de tratamento mecanismos que levam em consideração ou estipulam medidas para a mitigação das limitações cognitivas - nos termos dos referenciais adotados - nos seus procedimentos de coleta de consentimento para tratamento de dados pessoais, bem como se tais agentes de tratamento cumprem as exigências legais da LGPD em relação ao recolhimento do consentimento.

Dessa forma, a pesquisa estrutura-se a partir da noção de *nudges*, especificamente aqueles desenvolvidos por Sunstein no seu artigo “*Nudging: A Very Short Guide*” publicado em 2014 na “*Journal of Consumer Policy*”. Além da contribuição teórica exposta, o trabalho também se vale de marcos estabelecidos pela LGPD.

Como aposta do presente trabalho, aspira-se, ainda, investigar a relação dos parâmetros utilizados na construção da matriz de análise

22 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 160.

23 Não é objetivo da presente obra aprofundar na noção de *Legal Design* e traçar considerações a respeito do tema. Entretanto, vale ressaltar que o conceito adotado pelo trabalho é aquele desenvolvido por Margareth Hagan, que dispõe que o *Legal Design* consiste na aplicação do *design* e suas técnicas na maneira de criar e desenvolver produtos ou serviços jurídicos, de forma a considerar os usuários como o foco do trabalho jurídico e, com isso, deixar os produtos e serviços mais acessíveis, utilizáveis e satisfatórios (HAGAN, Margareth. **Law by design**. Disponível em: <https://lawbydesign.co/legal-design/>. Acesso em: 01 out. 2022.).

com as medidas de boas práticas, especificamente as de *privacy by design* e *privacy by default*.

A relevância do trabalho mostra-se evidente na medida em que a identificação de *nudges* em procedimentos de recolhimento do consentimento *in concreto* é de suma importância para a proposição ou aperfeiçoamento futuro de práticas voltadas à privacidade e proteção de dados pessoais. Práticas que levam em consideração as características humanas e o contexto fático envolvidos nos tratamentos, cuja base legal é o consentimento.

Além disso, os critérios adotados para a construção da matriz de análise, bem como o próprio documento desenvolvido, contribuem para a proteção e promoção de direitos dos titulares de dados pessoais envolvidos, além de gerar um produto e ferramenta replicável apto a otimizar práticas no sentido idealizado pela LGPD.

Dessa forma, o trabalho contribui também para a compreensão metodologicamente estruturada das relações que são objeto da LGPD e dos novos direitos e garantias por ela regulamentados. A compreensão da relação entre titulares de dados pessoais e agentes de tratamento e das suas prerrogativas permite, por consequência, a revelação de novas formas de interpretação e de aplicação do recente instrumento legal.

Para o desenvolvimento do trabalho, no segundo capítulo será exposto o caminho perseguido para a operacionalização da pesquisa e construção da matriz utilizada para levantar os resultados.

No terceiro e quarto capítulo serão elucidados os núcleos semânticos que permeiam a presente pesquisa, isto é, o papel do consentimento no âmbito da LGPD e a construção teórica por trás dos *nudges* realizada no campo da Economia Comportamental.

Explorado o método e as bases teóricas, no quinto capítulo a matriz será relacionada com a possibilidade (ou não) de ser encarada como modelo apto à implementação de boas práticas.



**COMPARTILHANDO
OS CAMINHOS**

COMPARTILHANDO OS CAMINHOS

Apesar de não se pretender realizar um trabalho ligado à Cartografia Social,²⁴ tal estratégia de pesquisa se mostra como a inspiração para o presente trabalho, especificamente para o presente capítulo.

Isso, porque, a Cartografia Social ao ressignificar a noção de ciência estabelece que determinado conhecimento para ser científico depende muito mais do compartilhamento dos percursos, que são ajustados e constantemente problematizados durante o processo de pesquisar, do que de uma “perspectiva hermética, altamente estática e controlada do objeto, do sujeito e do processo de investigação”.²⁵

A ciência, portanto, para a Cartografia, passa a ser sobre o compartilhamento de caminhos, para que esses possam ser refutados pela comunidade científica em geral, e deixa de ser sobre um paradigma moderno de produção de conhecimento de separação total entre sujeito e objeto e controle artificial de variáveis. O processo de pesquisa é caminho que se constrói ao caminhar, muitas vezes fluido e composto por avanços e regressos.

24 “A Cartografia social não se atrela a noção de método como proposição de regras, mas sim, como [...] estratégia de análise crítica e ação política, olhar crítico que acompanha e descreve relações, trajetórias, formações rizomáticas, a composição de dispositivos, apontando linhas de fuga, ruptura e resistência” (PRADO FILHO, Kleber, 2013 *apud* SANTOS, Felipe Melazzo do Nascimento. **Possíveis incongruências entre os delineamentos experimentais e a cartografia**. 2019. 56 f. Monografia (Graduação em Direito) - Escola de Direito, Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019, p. 41); “Virgínia Kastrup traz a Cartografia como um método que visa a acompanhar um processo, sem a pretensão de representar o objeto. Para a autora, o método cartográfico lançaria mão de pesquisas de campo para o estudo ou mapeamento do processo de construção de subjetividades, sem que se defina de antemão os objetivos que serão perseguidos, bem como o conjunto de regras abstratas a serem aplicadas na investigação.” (KASTRUP, Virgínia, 2019 *apud* SANTOS, Felipe Melazzo do Nascimento. **Possíveis incongruências entre os delineamentos experimentais e a cartografia**. 2019. 56 f. Monografia (Graduação em Direito) - Escola de Direito, Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019, p. 41).

25 SANTOS, Felipe Melazzo do Nascimento. **Possíveis incongruências entre os delineamentos experimentais e a cartografia**. 2019. 56 f. Monografia (Graduação em Direito) - Escola de Direito, Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019, p. 51.

Dito isso, ao longo dos próximos tópicos, será exposto o percurso seguido até a delimitação do problema final eleito pelo presente trabalho e seu respectivo método. É importante ressaltar que a ordem dos fatos foi eleita de forma a deixar a exposição mais didática, o que significa que as etapas não foram necessariamente estanques e que algumas pequenas alterações acerca da cronologia dos acontecimentos foram realizadas.

Nessa perspectiva, ajustes de trajetória investigativa são tidos como possíveis resultados úteis que podem somar à discussão e à conclusão.

2.1 TENTATIVAS EM VÃO? DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE PESQUISA

Desde o desenvolvimento do projeto do presente trabalho, pretendeu-se aproximar das noções desenvolvidas pela Economia Comportamental, isto é, dos estudos das influências cognitivas, sociais e emocionais, observados sobre o comportamento econômico das pessoas.²⁶

Entretanto, por se tratar de uma pesquisa que pretendia ser jurídica, buscou-se uma forma de relacionar os conceitos da Economia Comportamental com noções próprias do Direito. Dessa forma, as meras pretensões precisavam transformar-se em objetivos operacionalizáveis para que o trabalho se tornasse uma pesquisa científica apta a responder determinado problema jurídico. Para tanto, lançou-se a busca, primariamente, por um dos principais componentes de um problema de pesquisa: o objeto de estudo.

Acerca do objeto de estudo, acredita-se que ele sofreu muitas alterações ao longo do caminho. Por pretender tratar de noções da Economia Comportamental e tendo em vista que, segundo Samsom, um dos focos de estudo da área são os processos de tomada de

26 SAMSOM, Alain. Introdução à Economia Comportamental e Experimental. In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (Orgs.). Guia de Economia Comportamental e Experimental. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015.

decisão dos agentes econômicos por meio da experimentação e desenvolvimento de teorias, esse passou a ser o foco: encontrar, no Direito, algo que envolvesse processos de tomada de decisão.

A tomada de decisão no âmbito da Economia Comportamental é um processo de escolha dentre as alternativas que são disponibilizadas aos seres humanos.²⁷ Dessa forma, imediatamente, apostou-se nos negócios jurídicos e nos contratos, como institutos jurídicos que permitiriam a aproximação dos campos. Mas quais seriam especificamente esses negócios jurídicos ou contratos? O objeto ainda pendia de recorte.

Passou-se pelos contratos de compra e venda, contratos adesão, contratos de franquia, para, enfim, chegar nos processos de manifestação de consentimento autorizativos de tratamento dos titulares de dados pessoais.

Isso porque, além de envolver um processo de tomada de decisão, cujas alternativas seriam fornecer ou não o consentimento, a manifestação pelo titular poderia ser encarada como verdadeiros negócios jurídicos realizados no âmbito informacional. Além disso, com o advento recente da LGPD, o estudo das novas relações reguladas pela normativa também soou pertinente.

Tendo sido demarcado o objeto de pesquisa, cabia, então, projetar a operacionalização, especialmente no que toca à interface do problema com os preferenciais teóricos da Economia Comportamental.

2.2 MARCO TEÓRICO E OPERACIONALIZAÇÃO DA PESQUISA

Os aspectos da Economia Comportamental que parametrizam a análise do objeto constituem o marco teórico presente trabalho, isto é, a perspectiva teórica em que o fenômeno ou objeto proposto será enxergado.

²⁷ BAZERMAN, Max H. **Processo decisório**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 3.

A Economia Comportamental sempre esteve presente na estruturação do projeto de pesquisa, tendo em vista a consonância de suas premissas com a própria visão de mundo do pesquisador.

Mais uma vez inspirado pela pesquisa Cartográfica, essa estabelece que no âmbito da produção científica do conhecimento, o pesquisador é sempre impactado por aquilo que pesquisa e vice-versa. A Cartografia pressupõe a modificação tanto do sujeito, quanto do objeto, no decorrer da pesquisa. Tudo e todos estão entrelaçados e implicados.²⁸ Dessa forma, a adoção de marcos que são confessionais propriamente ditos não significa que o conhecimento não é científico.

Dito isso, a pesquisa estruturou-se, sobretudo, a partir da noção de “*nudges*”, desenvolvida pelos autores Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein. Os *nudges* significam quaisquer aspectos ou configurações da arquitetura de escolhas, isto é, da organização dos contextos em que as decisões são tomadas, capazes de mudar o comportamento das pessoas para um determinado sentido, “sem vetar qualquer opção e sem nenhuma mudança significativa em seus incentivos econômicos”²⁹.

O reconhecimento da possibilidade de se desenvolver um ambiente de estímulos hábeis a influenciar o comportamento humano só foi possível graças ao desenvolvimento de bases teóricas anteriores, como é o caso da racionalidade limitada ou *bounded rationality* de Hebert. A. Simon.

Ao desenvolver uma teoria de confrontação teórica aos modelos estabelecidos pela Economia e pela Psicologia Social, o autor estabelece que os seres humanos em processos de tomada de decisão

28 SANTOS, Felipe Melazzo do Nascimento. **Possíveis incongruências entre os delineamentos experimentais e a cartografia**. 2019. 56 f. Monografia (Graduação em Direito) - Escola de Direito, Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019, p. 51.

29 SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 14.

são limitados cognitivamente e restritos para apreciar todos os dados inseridos nas informações disponíveis.³⁰

Abandona-se, portanto, uma noção até então desenvolvida de racionalidade plena pela Economia, sem, entretanto, flertar com a irracionalidade ou com as motivações por mero afeto, como propunha a Psicologia Social.

Ressalta-se que no Capítulo 4 do presente trabalho o marco teórico e sua relação com a noção de racionalidade limitada serão elucidados de forma mais detalhada.

Entretanto, cabe desde já determinada ressalva: o recorte estabelecido pelo presente trabalho reside no estudo e no aprofundamento de apenas um dos pressupostos da Nova Economia Institucional (NEI), isto é, da racionalidade limitada e suas derivações teóricas. Isso não significa, entretanto, que outros pressupostos não possam aparecer ao longo da pesquisa, na medida em que eles se relacionam com os temas propostos.

A Nova Economia Institucional (NEI) desenvolvida por Ronald Coase em 1937, mas nomeada por Oliver Williamson na década de 1970 pretendeu modificar e estender a Teoria Neoclássica até então presente na Economia, de modo a se construir a partir dela. A NEI trouxe para o estudo econômico uma teoria das instituições, isto é, a investigação da funcionalidade econômica e das propriedades de diversos arranjos institucionais, de modo a considerar e a estudar as restrições às escolhas dos agentes. Dessa forma, as instituições deixam de ser consideradas como uma mera variável sob o comportamento econômico e passam a ser objeto de pesquisa.³¹

Para que o papel das instituições fosse analisado nesses moldes, a NEI valeu-se de pressupostos comportamentais reformulados

30 POMPEU, Renata Guimarães. Da tragédia dos comuns à noção de racionalidade limitada nos contratos: a deliberação mental dos agentes econômicos na composição do conteúdo eficazional. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz (Orgs.). **Novos direitos privados**. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 126-138, p. 132.

31 POMPEU, Ivan Guimarães. **Contratos relacionais e teoria da imprevisão: abordagem a partir da teoria da empresa**. 2017. 201 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2017, p. 60.

referentes à racionalidade dos agentes. Dentre esses pressupostos estão a racionalidade limitada, mas também, por exemplo, o comportamento oportunista, isto é, a busca pelos indivíduos de fazer valer seus próprios interesses por meio de diversos artifícios.³²

Ambos os pressupostos trazem implicações significativas para o direito contratual, por exemplo. A racionalidade limitada e o ambiente de incertezas estabelecem que os contratos são sempre inevitavelmente incompletos, visto que nenhum agente econômico seria capaz de prever antecipadamente medidas que abarquem qualquer evento que possa ocorrer durante a execução de um determinado contrato.

Já o comportamento oportunista está relacionado com a assimetria de informações, uma vez que os agentes podem ter acesso desigual às informações referentes à transação realizada, de forma impedir que ela ocorra de maneira vantajosa para ambas as partes.

Além das noções afetas à Economia Comportamental, o presente trabalho, para a concretização do seu objetivo geral, também se vale de marcos estabelecidos pela LGPD, visto que o texto legal se mostra orientado em alguma medida à qualificação do processo de manifestação do consentimento, no que toca à disponibilização de informações. Delimitou-se, portanto, a partir das disposições legais, as exigências em relação ao recolhimento do consentimento a fim de realizar a análise pretendida. Tais exigências serão expostas no Capítulo 3, especificamente no ponto 3.1.3.

Dado um panorama geral acerca do ponto de partida e da perspectiva teórica, passa-se à exposição da operacionalização desse marco e da forma de impacto à coleta dos dados que serão apreciados e utilizados para responder o problema de pesquisa.

32 VARGAS, Luana Cristina de Melo. **Economia Institucional: Uma Análise sobre os Custos de Transação no Brasil**. 2015. 51 f. Dissertação (Mestrado em Economia) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 18.

2.3 MATRIZ DE ANÁLISE (OU *CHECKLIST* LEGAL E COMPORTAMENTAL)

Conforme adiantado, no presente trabalho, o objetivo geral consistiu na construção de uma matriz de análise (ou *checklist*) suficiente a investigar a observância os requisitos e diretrizes de legalidade e comportamentais no tratamento de dados autorizados pelo consentimento do titular de dados pessoais.³³

A matriz foi construída a partir dos marcos teóricos escolhidos, dentre eles e especificamente os *nudges*, elencados por Sunstein no artigo “*Nudging: A Very Short Guide*”, publicado em 2014 na “*Journal of Consumer Policy*”, bem como dos requisitos estatuidos pela LGPD.

Acerca da matriz, foi construída uma primeira versão, chamada de “versão-base” (Quadros 1 a 3). Após a confecção da versão-base – tendo em vista a possibilidade de replicabilidade da matriz para análise de tratamentos de dados pessoais, cujo a base legal é o consentimento, para além dos “muros” da presente pesquisa –, foi confeccionada nova versão da matriz, mais amigável (Imagens 1 a 8) e com elementos de *Legal Design*. Essa segunda versão foi nomeada de “*Checklist Legal e Comportamental*”³⁴.

33 É importante ressaltar que matriz se mostrou apta a investigação dos critérios que se propões, uma vez que ela foi testada por meio da pesquisa de mestrado do autor por meio da sua aplicação em *startups* da Região dos Inconfidentes sobre o recolhimento de *cookies* realizados por elas: SANTOS, Felipe Melazzo do Nascimento. **Nudges e os tratamentos de dados pessoais autorizados pelo consentimento: proposta de matriz de análise a partir da investigação empírica em startups da Região dos Inconfidentes**. 2022. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2022. Disponível em: <http://www.repositorio.ufop.br/jspui/handle/123456789/14849>.

34 O “*Checklist Legal e Comportamental*” individualmente separado pode ser solicitada ao autor por meio do seguinte e-mail: melazzofelipe@gmail.com.

Quadro 1 – Qualificação do tratamento a ser analisado

Agente de tratamento:	
Endereço eletrônico:	
Documentos utilizados:	
Tratamento cuja base legal é o consentimento:	
Data e horário a análise:	

Fonte: Elaborado pelo autor.

Quadro 2 – Identificação dos aspectos da LGPD (Critérios 1 a 11)

Critérios 1 e 2: Forma de recolhimento (Art. 8º)	
O processo recolhe o consentimento por escrito ou por qualquer outra forma que demonstre a manifestação de vontade do titular.	
Cumpre	Não cumpre
No caso de fornecimento por escrito, o processo fornece cláusula destacada das demais cláusulas contratuais (Art. 8º, § 1º)	
Cumpre	Não cumpre
Observações:	
Critério 3: Finalidades específicas (Art. 9º, I)	
O processo fornece informações acerca das finalidades específicas do tratamento.	
Cumpre	Não cumpre
Observações:	
Critério 4: Forma e duração do tratamento (Art. 9º, II)	
O processo fornece informações acerca da forma e duração do tratamento.	
Cumpre	Não cumpre
Observações:	

Critério 5: Identificação do controlador (Art. 9º, III e IV)		
O processo fornece informações acerca da identificação e contato do controlador.		
Cumpre	<input type="checkbox"/>	Não cumpre
Observações:		
Critérios 6 e 7: Compartilhamento de dados pelo controlador (Art. 9º, V)		
O processo fornece informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a respectiva finalidade.		
Cumpre	<input type="checkbox"/>	Não cumpre
No caso de compartilhamento de dados com terceiros, o processo exige consentimento específico para que tais dados sejam compartilhados com outras empresas.		
Cumpre	<input type="checkbox"/>	Não cumpre
Observações:		
Critério 8: Responsabilidade dos agentes de tratamento (Art. 9º, VI)		
O processo fornece informações acerca da responsabilidade dos agentes que realizarão o tratamento.		
Cumpre	<input type="checkbox"/>	Não cumpre
Critério 9: Direitos dos titulares (Art. 9º, VII)		
O processo fornece informações acerca dos direitos dos titulares, com menção expressa ao Artigo 18 da LGPD.		
Cumpre	<input type="checkbox"/>	Não cumpre
Observações:		
Critério 10: Revogação do consentimento (Art 8º, § 5º)		
O processo fornece informações acerca da possibilidade e forma de revogação do consentimento.		
Cumpre	<input type="checkbox"/>	Não cumpre
Observações:		

Critério 11: Cópia integral dos dados pessoais coletados (Art 19, § 3º)	
O processo fornece informações acerca da possibilidade de solicitação de cópia integral dos dados pessoais, observados os segredos comercial e industrial, nos termos de regulamentação da autoridade nacional, em formato que permita a sua utilização subsequente, inclusive em outras operações de tratamento.	
Cumpre	Não cumpre
Observações:	

Fonte: Elaborado pelo autor.

Quadro 3 - Identificação de *nudges*/aspectos da arquitetura de escolhas, conforme SUSTEIN, 2014

Nudge 1: Opções-padrão/ <i>Default rules</i>	
O modelo estipula opções-padrão pré-selecionadas/automáticas.	
Cumpre	Não cumpre
Observações:	
Nudge 2: Simplificação/ <i>Simplification</i>	
O modelo fornece mecanismos de simplificação das informações aptos a ajudarem as pessoas no processo de tomada de decisão. Ex: Simplificação de formulários, facilidade de navegação, mecanismo facilmente navegável.	
Cumpre	Não cumpre
Observações:	
Nudge 3: Uso de normas sociais/ <i>Use of social norms</i>	
O modelo fornece informações para o usuário sobre o comportamento das demais pessoas em relação ao mesmo processo de tomada de decisão.	
Cumpre	Não cumpre
Observações:	
Nudge 4: Facilidade e conveniência/ <i>Increases in ease and convenience</i>	
O modelo fornece mecanismos que afastam as barreiras (Ex: tempo) e deixam o processo de tomada de decisão mais fácil de ser realizado.	

	Cumpre		Não cumpre
Observações:			
Nudge 5: Divulgação, Revelação/ <i>Disclosure</i>			
O modelo estabelece formas de dar visibilidade aos custos que envolvem os aspectos do processo de tomada de decisão. Ex: Divulgação de políticas de compliance, privacidade, etc.			
	Cumpre		Não cumpre
Observações:			
Nudge 6: Alertas, Advertências/ <i>Warnings, graphic or otherwise</i>			
O modelo estabelece alertas acerca dos riscos envolvidos no processo de tomada de decisão.			
	Cumpre		Não cumpre
Observações:			
Nudge 7: Estratégias de compromisso prévio/ <i>Precommitment strategies</i>			
O modelo estabelece formas do usuário se comprometer previamente a se envolver em determinadas ações futuras de modo a reduzir a procrastinação e ficarem mais propensos a agir conforme os seus próprios objetivos.			
	Cumpre		Não cumpre
Observações:			
Nudge 8: Lembretes/ <i>Reminders</i>			
O modelo fornece lembretes aos usuários.			
	Cumpre		Não cumpre
Observações:			
Nudge 9: Intenções de implementação/ <i>Eliciting implementation intentions</i>			
O modelo é capaz de induzir intenções de implementação em um determinado sentido ou chamar atenção para as identidades das pessoas. Ex: "You are a voter, as your past practices suggest".			
	Cumpre		Não cumpre

Observações:			
Nudge 10: Informando pessoas sobre a natureza e as consequências das suas próprias escolhas passadas / <i>Informing people of the nature and consequences of their own past choices</i>			
O modelo fornece aos usuários informações acerca da natureza e consequências das suas escolhas passadas.			
<input type="checkbox"/>	Cumpre	<input type="checkbox"/>	Não cumpre
Observações:			

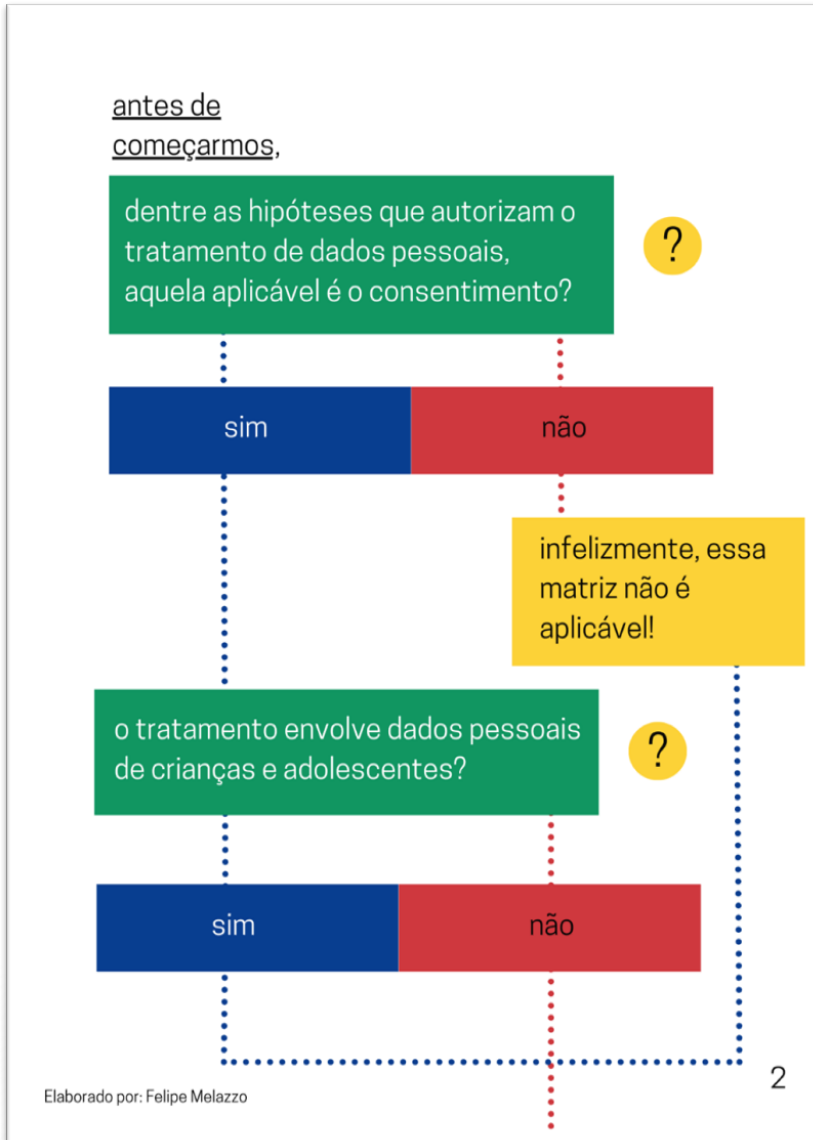
Fonte: Elaborado pelo autor.

Imagem 1 – Primeira página do “*Checklist Legal e Comportamental*”



Fonte: Elaborado pelo autor.

Imagem 2 – Segunda página do “*Checklist Legal e Comportamental*”



Fonte: Elaborado pelo autor.

Imagem 3 – Terceira página do “Checklist Legal e Comportamental”

qual é a finalidade do tratamento?

será que esse tratamento está de acordo com a LGPD?

marque ao lado os requisitos legais preenchidos por esse tratamento:

- 1) o consentimento é recolhido por escrito ou por qualquer outra forma que demonstre a manifestação de vontade do titular?
- 2) no caso de fornecimento por escrito, o processo fornece cláusula destacada das demais?
- 3) são fornecidas informações acerca das finalidades específicas do tratamento?
- 4) são fornecidas informações acerca da forma e duração do tratamento?
- 5) são fornecidas informações acerca da identificação e contato do controlador?
- 6) são fornecidas informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a respectiva finalidade?
- 7) no caso de compartilhamento, é exigido consentimento específico para que tais dados sejam compartilhados com outras empresas?
- 8) são fornecidas informações acerca da responsabilidade dos agentes que realizarão o tratamento?
- 9) são fornecidas informações acerca dos direitos dos titulares com menção expressa ao Art. 18 da LGPD?
- 10) são fornecidas informações acerca da possibilidade e forma de revogação do consentimento?
- 11) são fornecidas informações acerca da possibilidade de solicitação de cópia integral dos dados pessoais, observados os segredos comercial e industrial, nos termos de regulamentação da autoridade nacional, em formato que permita a sua utilização subsequente, inclusive em outras operações de tratamento?

incluir os que não há compartilhamento

Elaborado por: Felipe Melazzo

3

Fonte: Elaborado pelo autor.

Imagem 4 – Quarta página do “*Checklist Legal e Comportamental*”

uns "empurrões" sempre caem bem

marque ao lado se há a adoção de algumas dessas medidas:

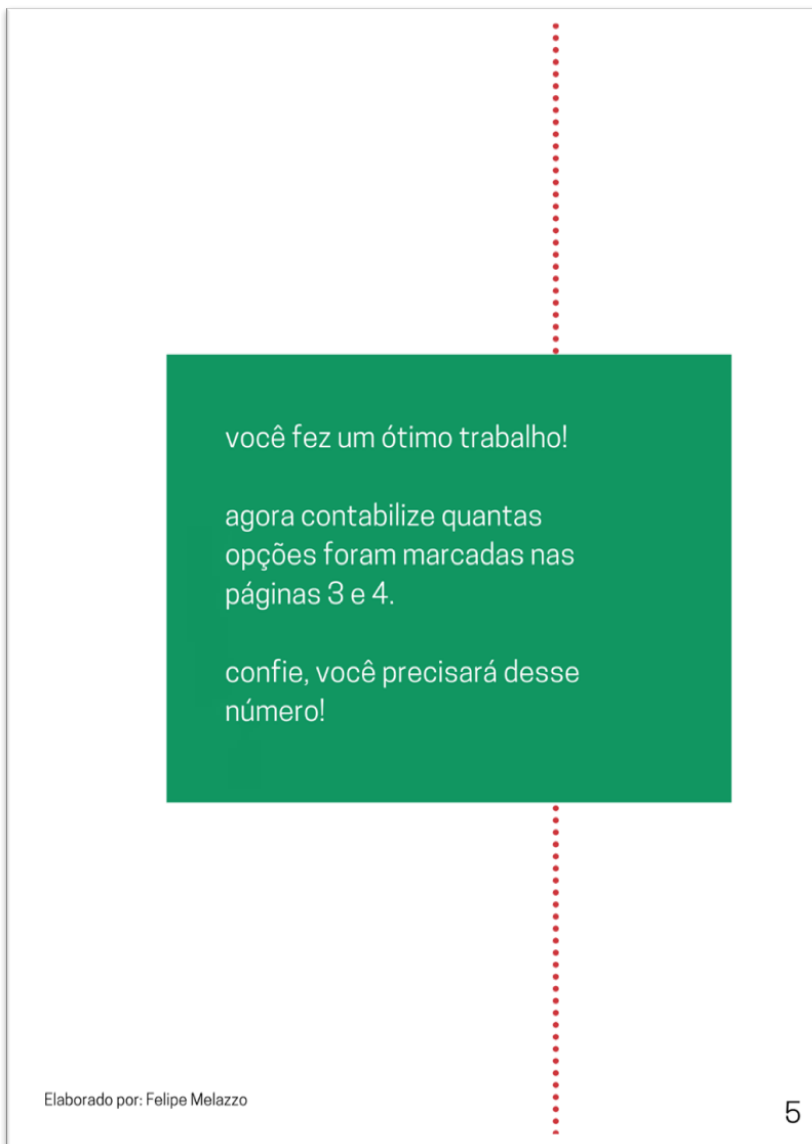
- 1) são estipuladas opções-padrão pré-selecionadas?
- 2) são estipulados mecanismos de **simplificação** das informações fornecidas? *Ex: simplificação de formulários, facilidade de navegação.*
- 3) são fornecidas informações para o usuário sobre o comportamento dos demais em relação ao mesmo processo de consentimento?
- 4) são fornecidos mecanismos que afastam **barreiras** de modo a deixarem o consentimento mais fácil de ser realizado? *Ex: tempo gasto para consentir.*
- 5) são estabelecidas maneiras de dar visibilidade aos custos que envolvem o processo de consentimento?
- 6) são estabelecidas alertas acerca dos riscos envolvidos no processo?
- 7) são estabelecidas formas do usuário se comprometer previamente a se envolver em determinadas ações futuras?
- 8) são estabelecidos lembretes aos usuários?
- 9) são estabelecidos mecanismos aptos a induzirem os usuários a seguirem um determinado sentido ao mesmo tempo em que chamam atenção para suas identidades?
- 10) são fornecidas informações acerca da natureza e consequência das suas escolhas passadas?

Elaborado por: Felipe Melazzo

4

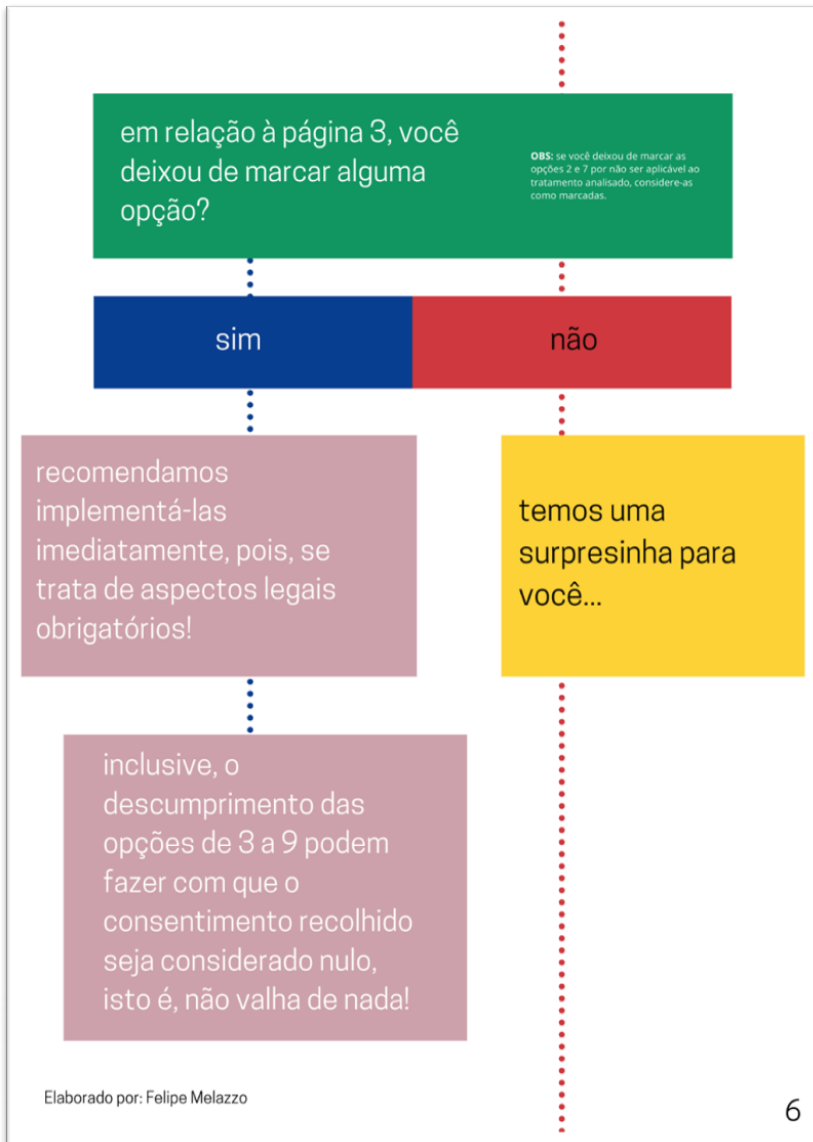
Fonte: Elaborado pelo autor.

Imagem 5 – Quinta página do “*Checklist Legal e Comportamental*”



Fonte: Elaborado pelo autor.

Imagem 6 – Sexta página do “*Checklist Legal e Comportamental*”



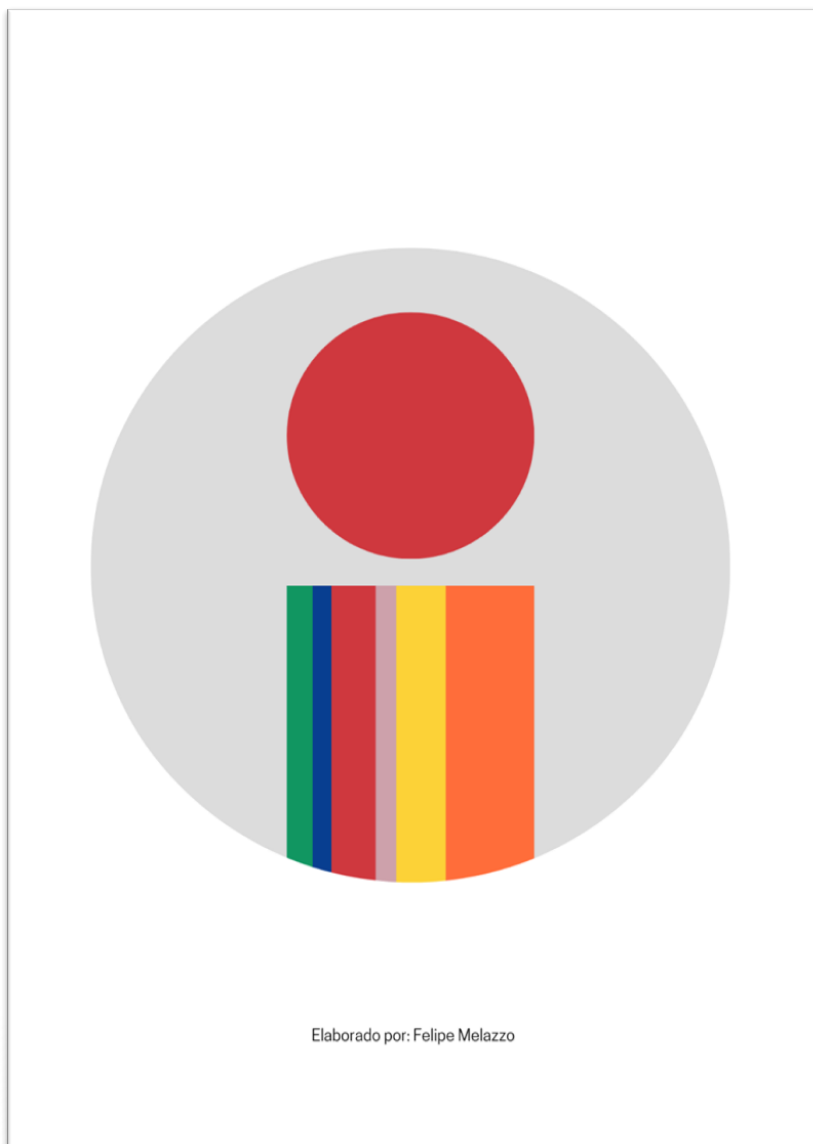
Fonte: Elaborado pelo autor.

Imagem 7 – Sétima página do “*Checklist Legal e Comportamental*”



Fonte: Elaborado pelo autor.

Imagem 8 – Oitava página do “*Checklist Legal e Comportamental*”



Fonte: Elaborado pelo autor.

A partir da aplicação e da validação da matriz de análise desenvolvida, almeja-se a possibilidade de sua distribuição e replicação para outros contextos diversos do estudado.

Escancarada a forma que se deu o delineamento objeto e problema de pesquisa, marco teórico, bem como o método adotado, os esforços podem voltar-se para o aprofundamento dos núcleos teóricos que permeiam a empreitada.



**O CONSENTIMENTO
E A LGPD**

3. O CONSENTIMENTO E A LGPD

No presente capítulo será apresentado de que forma o consentimento é tratado na LGPD, bem como qual é a relação dos tratamentos de dados pessoais com os algoritmos, para depois analisar de que forma tal relação se manifesta na criação de vulnerabilidades no fluxo informacional de dados pessoais.

Ressalta-se desde já que não se pretende com o presente capítulo explorar e realizar discussões acerca da teoria geral e natureza jurídica do consentimento para além do tratamento dado pela LGPD.³⁵

35 A noção de consentimento foi encarada como hipótese autorizativa apta a gerar o recorte pretendido pela presente pesquisa por se tratar de verdadeiro processo decisório. Entretanto, cabe aludir, o reconhecimento da noção de consentimento enquanto processo que deve ser livre e esclarecido, visto que a LGPD parece ratificar tal noção. Oriundo da relação médico paciente, a noção do processo de consentimento livre e esclarecido corresponde a “um novo modelo de tomada de decisão” pautado no respeito à autodeterminação do paciente, que subverte a relação médico-paciente, pautada tradicionalmente no poder de decisão do médico. Isso porque, as informações técnicas detidas pelo médico, bem como a consideração dos valores, expectativas, desejos e crenças do próprio paciente passam a ser fundamentais para a tomada de decisão nesse novo modelo (GUZ, Gabriela. O consentimento livre e esclarecido na jurisprudência dos tribunais brasileiros. **Revista de Direito Sanitário**, v. 11, n. 1, p. 95-122, 2010, p. 98-99). O foco do consentimento passa a ser na informação que é transmitida. Ressalta-se que a noção de consentimento livre e esclarecido, apesar de fortemente ligada à relação médico-paciente, não se restringe a tal contexto (ABOIN, Ana Carolina Moraes. **A insuficiência da teoria do negócio jurídico para o consentimento informado no âmbito da bioética**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 1-5). Em pesquisas que envolvem seres humanos, por exemplo, o processo de consentimento livre e esclarecido é exigido, além de ser composto por uma série de etapas, dispostas por sua vez na Resolução nº466 de 12 de Dezembro de 2012 e na Resolução nº510, ambas do Conselho Nacional de Saúde (DOMINGOS, Claudia Regina Bonini; VALÊNCIO, Luis Felipe Siqueira. O processo de consentimento livre e esclarecido nas pesquisas em doença falciforme. **Revista Bioét. (Impr.)**, 24 (3), p. 69-77, 2016, p. 47).

3.1 O PAPEL DO CONSENTIMENTO NO ÂMBITO DA LGPD

A organização de um sistema geral e específico acerca da proteção de dados pessoais no Brasil adveio com a publicação, da LGPD).³⁶ A lei, por sua vez, elege o consentimento dos titulares de dados para o respectivo tratamento, como seu vetor principal.³⁷

Segundo Bruno Ricardo Bioni³⁸, a importância do consentimento no âmbito da LGPD pode ser evidenciada a partir de três motivos, todos resultantes do corpo legal. O primeiro motivo reside na adjetivação e conceituação do consentimento pela lei. O inciso XII do artigo 5º, traz como consentimento a manifestação livre, informada, inequívoca, pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais, sempre direcionada a uma finalidade determinada.

Tal adjetivação do consentimento teve sua inspiração no *General Data Protection Regulation (GDPR) 2016/679*³⁹ ou Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) 2016/679 da União Europeia, que atribuiu robustez e destaque ao papel consentimento. Segundo o artigo 4 da normativa, o consentimento também deve ser livre, informado e inequívoco dos desejos do titular dos dados.

No âmbito do direito brasileiro, consentimento livre significa que o “titular pode escolher entre aceitar ou recusar a utilização de seu bem, sem intervenções ou situações que viciem o seu consentimento.”⁴⁰ Com “informado”, segundo Teffé e Viola, o legislador se atenta para o

36 OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellize; LOPES, Isabela Maria Pereira. Os princípios norteadores da proteção de dados pessoais no Brasil e sua otimização pela Lei 13.709/2018. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 71.

37 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 127.

38 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 127.

39 UNIÃO EUROPEIA. Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados 2016/679. **Jornal Oficial da União Europeia**, 04 maio 2016.

40 TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; VIOLA, Mario. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. **Civílica.com. Revista eletrônica de direito civil**. Rio de Janeiro: a. 9, n. 2, 2020, p. 7.

fato de que “o titular do dado tem de ter ao seu dispor as informações necessárias e suficientes para avaliar corretamente a situação e a forma como seus dados serão tratados.” Já inequívoca, consiste na manifestação não ambígua, evidente e clara.

O segundo motivo pode ser explicado a partir do rol de princípios previstos no artigo 6º da lei. Para Bioni,⁴¹ trata-se de “uma carga principiológica que procura conformar, justamente, a ideia de que o titular dos dados pessoais deve ser empoderado com o *controle* de suas informações pessoais e, sobretudo, na sua autonomia da vontade.”

Os princípios, cujo centro gravitacional é baseado na tutela integral do ser humano, revelam a preocupação da LGPD com o poder de participação do indivíduo nas decisões que envolvem o fluxo de seus dados pessoais.⁴²

O terceiro motivo está nas disposições que dão um regramento específico para concretizar, orientar e reforçar o controle dos dados pessoais por meio do consentimento⁴³. Como exemplo dessas disposições, tem-se na LGPD: (i) a obrigatoriedade de cláusulas destacadas no caso de consentimento por escrito, prevista no §1º do artigo 8º; (ii) a nulidade de autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais, prevista no §4º do artigo 8º; (iii) a obrigatoriedade da observância pelos agentes de tratamento das previsões da LGPD, em especial os princípios gerais e garantia dos direitos do titular, mesmo nas hipóteses legais em que o consentimento é dispensado, prevista no §6º do artigo 7º; e (iv) a possibilidade de oposição de tratamento nas hipóteses de consentimento dispensado, caso haja algum descumprimento da lei, previsto no §2º do artigo 18.

41 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 127.

42 TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 292.

43 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 127.

No âmbito do GDPR, quando o tratamento se baseia no consentimento, o agente deve demonstrar que a manifestação se deu mediante ato afirmativo claro, por escrito, por meio eletrônico ou por uma declaração oral. Isso pode incluir a marcação de uma opção em endereços eletrônicos da Internet, escolher configurações técnicas para serviços ou qualquer outra conduta que indique claramente que houve aceitação do titular. Silêncio, caixas pré-marcadas ou omissão não constituem consentimento.

A importância dada ao consentimento em diversos momentos da LGPD pode ser encarada como a técnica legislativa de concretização da autodeterminação informativa dos titulares de dados pessoais.⁴⁴ A autodeterminação informativa é incorporada como fundamento da disciplina de proteção de dados pessoais pelo artigo 2º, inciso II, da LGPD e definida por Rodotà⁴⁵ como “o direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular”.

Segundo Bioni⁴⁶, o consentimento é circular à autodeterminação informativa, por permitir que seja dada ao titular a possibilidade de controlar e auto proteger seus dados pessoais. Entretanto, levando-se em consideração a aceitação máxima da autodeterminação informativa, essa não se resume a manifestação livre, informada e inequívoca.⁴⁷

Apesar da importância dada ao consentimento dos titulares de dados pessoais – e em certa medida a autodeterminação informativa – esse consiste em uma das hipóteses autorizativas de tratamento, trazidas pela LGPD em seu artigo 7º. Existem outras hipóteses de tratamento ou base legais, horizontalmente elencadas, que dispensam

44 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 128.

45 RODOTÀ, 2008 *apud* BODIN DE MORAES, Maria Celina; QUEIROZ, João Quinelato de. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa. *In*: Proteção de dados pessoais: Privacidade versus avanço tecnológico. **Cadernos Adenauer**. Rio de Janeiro, ano XX, n. 3, 2019, p. 113-135.

46 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 129.

47 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 129.

o consentimento do titular. É importante ressaltar que tais hipóteses, como mencionado anteriormente, não dispensam a observância pelos agentes de tratamento das previsões da LGPD, em especial os princípios gerais e garantia dos direitos do titular.

Para além daquele realizado mediante o fornecimento de consentimento do titular, o tratamento de dados pessoais também pode ser empreendido: (i) para cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; (ii) pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas; (iii) para a realização de estudos por órgãos de pesquisas, nesse caso deve-se garantir, sempre que possível a anonimização dos dados pessoais; (iv) quando necessário para a execução de contrato ou procedimentos preliminares em casos que o titular é parte da avença, a pedido do titular de dados; (v) para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral; (vi) exclusivamente para a tutela da saúde, em procedimentos realizados por profissionais da saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; (vii) no caso de legítimo interesse do controlador ou de terceiros, excetuando os casos em que prevalecem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam proteção de dados pessoais; e (viii) para proteção ao crédito.

O consentimento no âmbito da LGPD, apesar de não ser a única base legal para tratamento de dados pessoais, representa uma tentativa de colocar à cabo dos sujeitos um instrumento de manifestação individual no campo dos direitos da personalidade. O papel atribuído ao consentimento é não só legitimar o uso dos dados pessoais por terceiros, mas também promover o desenvolvimento da personalidade, sendo meio para a construção e delimitação do âmbito privado informacional de cada indivíduo.⁴⁸

48 TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; VIOLA, Mario. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. **Civílistica.com. Revista eletrônica de direito civil**. Rio de Janeiro: a. 9, n. 2, 2020, p. 7.

Tecidas considerações gerais sobre o papel do consentimento no âmbito da LGPD, passa-se agora para o estudo do caráter específico da manifestação nas relações dispostas em lei.

3.1.1 O CONSENTIMENTO NO TRATAMENTO DE DADOS SENSÍVEIS

No âmbito da LGPD, os dados sensíveis configuram uma categoria especial de dado pessoal. O artigo 11 da lei traz duas hipóteses de tratamento de dados pessoais sensíveis. A primeira, ocorre mediante o consentimento específico e destacado do titular ou responsável legal, para finalidades de tratamento específicas.

Já a segunda, dispensa o consentimento do titular, nas hipóteses em que o tratamento for necessário para:

- a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;
- c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;
- d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);
- e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
- f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou
- g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no artigo 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades

fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

A primeira hipótese de tratamento ao dispor acerca do consentimento “específico e destacado” demonstra que a LGPD ofereceu uma camada adicional de proteção aos dados sensíveis, se comparados aos dados meramente pessoais. O desafio, entretanto, residiria na compreensão do significado do consentimento caracterizado como específico e destacado.⁴⁹

Segundo Teffé e Viola⁵⁰, específico “deve ser compreendido como um consentimento manifestado em relação a propósitos concretos e claramente determinados pelo controlador e antes do tratamento dos dados”. Já o adjetivo destacado pode ser interpretado como o fornecimento ao titular do “pleno acesso ao documento que informará todos os fatos relevantes sobre o tratamento, devendo tais disposições virem destacadas para que a expressão do consentimento também o seja.”⁵¹

Bruno Ricardo Bioni⁵² ao tecer uma crítica a respeito da adjetivação do consentimento como específico, aproxima dele a noção de consentimento expresso. Segundo o autor, deveria ter sido adotado pela LGPD “o adjetivo expresso, tal como fez a GDPR, bem como o Marco Civil da Internet e a Lei do Cadastro Positivo, quando se quis prever um tipo de consentimento especial”. O consentimento

49 TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 304.

50 TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; VIOLA, Mario. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. **Civilistica.com. Revista eletrônica de direito civil**. Rio de Janeiro: a. 9, n. 2, 2020, p. 34.

51 TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; VIOLA, Mario. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. **Civilistica.com. Revista eletrônica de direito civil**. Rio de Janeiro: a. 9, n. 2, 2020, p. 34.

52 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 189.

adjetivado enquanto expresso, seria o que melhor representaria uma participação mais intensa do cidadão no fluxo de dados.

Entretanto, Bioni elucida que apesar da diferença semântica entre expresso e específico, a consequência normativa é a mesma. Ambos os adjetivos se voltariam para um tipo de autorização singular em situações de tratamentos singulares.

3.1.2 O CONSENTIMENTO NO TRATAMENTO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O artigo 14 da LGPD dispõe em seu *caput* que, nos termos da própria regulamentação e da legislação pertinente, o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes deverá sempre ser realizado em seu melhor interesse.

Dessa forma, o tratamento de dados desses sujeitos não está restrito a própria lei, mas também as disposições protetivas previstas em outros instrumentos legais, como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Lei 8.069/90 ou Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Assim, para a aplicação das disposições da LGPD adota-se o conceito de criança e adolescente previstos no ECA. O Estatuto no seu Artigo 2º considera como criança a pessoa até 12 anos de idade incompletos e como adolescente a pessoa entre 12 e 18 anos de idade.

O §1 do Artigo 14 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais exige o consentimento específico e em destaque de pelo menos um dos pais ou responsável legal em casos de tratamento de dados pessoais de crianças. O §2º, por sua vez, complementa o anterior ao dispor que no tratamento de dados de crianças, os controladores deverão manter públicas as informações sobre os tipos de dados coletados, bem como a forma de utilização e os procedimentos necessários para o exercício dos direitos do titular.

Há a possibilidade de que os dados pessoais de crianças sejam tratados sem o consentimento dos pais ou responsável legal, quando a

coleta for necessária para contatar os mesmos, nesse caso uma única vez, ou para a proteção da criança. Em ambas as situações, previstas no §3º do Artigo 14, os dados poderão ser repassados a terceiros sem o consentimento dos pais ou responsável legal.

O §4º do mesmo artigo dispõe que os controladores no tratamento de dados pessoais de crianças em jogos, aplicativos de internet ou outras atividades, não deverão condicionar a participação dos titulares ao fornecimento de informações que não sejam estritamente necessárias à atividade.

O §5º atribui ao controlador o papel de exercer esforço razoável, com base nas tecnologias disponíveis, para verificar que o consentimento exigido no §1º para o tratamento de dados pessoais de crianças foi realmente manifestado por um dos pais ou pelo responsável legal.

Já o último parágrafo do Artigo 14, o §6º, que encerra as disposições específicas referentes a crianças e adolescentes na LGPD, dispõe que as informações sobre o tratamento de dados desses sujeitos deverão ser fornecidas levando em consideração as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário.

Tais informações devem também ser simples, claras e acessíveis. Dessa forma, exige-se sempre que possível o uso de recursos audiovisuais, ainda que sejam os pais ou o responsável legal os destinatários da informação.

Percebe-se que a partir do *caput* do artigo 14, em todos os parágrafos subsequentes, o adolescente deixa de ser mencionado e o foco passa-se para a figura da criança. Realizando o recorte acerca da exigência do consentimento específico e destacado de um dos pais ou responsável legal, disposto no §1º, questiona-se, portanto, a aplicação da normativa para o tratamento de dados pessoais apenas de crianças, vez que os adolescentes não são mencionados.

3.1.3 A EXIGÊNCIA DA FORMA DE RECOLHIMENTO DO CONSENTIMENTO NA LGPD

Por pretender que o consentimento seja livre, informado e inequívoco, a LGPD traz diversas disposições que exigem que o recolhimento da manifestação se dê de determinada forma pelos agentes de tratamento.

No Artigo 8º *caput*, é exigido que o consentimento seja fornecido (ou recolhido) por escrito ou por qualquer outro meio que demonstre a manifestação do titular. Segundo o §1º, caso a manifestação seja fornecida por escrito, deverá resultar de cláusula destaca das demais cláusulas contratuais.

O §5º do mesmo Artigo dispõe que o consentimento dado pode ser revogado a qualquer momento, mediante manifestação expressa do titular por meio de procedimento gratuito e facilitado disponibilizado pelo agente de tratamento.

O Artigo 9º por sua vez, como forma de atendimento ao princípio do livre acesso, cuida do direito ao acesso facilitado do titular às informações relacionadas ao tratamento dos dados pessoais de forma clara, adequada e ostensiva.

Tais informações versam sobre: (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.

No caso dos tratamentos cuja hipótese autorizativa é o consentimento, a disponibilização de tais informações ganha maior destaque pelo texto legal. O §1º do mesmo Artigo 9º determina que nas hipóteses em o consentimento é requerido, a manifestação será considerada nula caso as informações fornecidas ao titular não

tenham sido disponibilizadas previamente com transparência, clareza e de forma inequívoca ou tenham conteúdo abusivo ou enganoso.

Ainda sobre a forma de recolhimento do consentimento, o Artigo 19, §3º ainda dispõe que, quando o tratamento tiver origem no consentimento, o titular poderá solicitar cópia eletrônica integral de seus dados pessoais fornecidos ao agente de tratamento, observados os segredos comercial e industrial.

Como exposto no Capítulo 2, a matriz de análise desenvolvida para operacionalização do presente trabalho foi construída tendo como base as normas anteriores, justamente por se tratar das exigências legais em relação ao consentimento.

Dado o panorama geral acerca do consentimento na LGPD, passa-se agora para a relação dos tratamentos de dados pessoais e os algoritmos, para depois analisar de que forma tal relação se manifesta na criação de vulnerabilidades aos titulares inseridos no fluxo informacional de dados pessoais.

3.2 O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS E OS ALGORITMOS

No que pese ao tratamento de dados pessoais, especificamente quando realizados no âmbito *online* e executados e permeados por meio de algoritmos, há uma complexidade considerável em tais processos.⁵³ Tal complexidade pode exemplificada na medida em que é exposto o funcionamento dos algoritmos no âmbito informacional.

Gillespie⁵⁴ destaca seis dimensões em que os algoritmos, enquanto fomentadores das práticas de conhecimento humano, podem ter ramificações políticas. Essas dimensões, apesar de serem voltadas e trazerem questões específicas para a área de estudo do autor, que é a Comunicação nas Mídias Sociais, acabam revelando

53 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 138.

54 GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018, p. 97.

apontamentos importantes acerca dos funcionamentos dos softwares e dos algoritmos que tratam dados pessoais, de uma maneira geral.

A primeira dimensão ou apontamento diz respeito aos padrões de inclusão, isto é, ao tratamento recebido pelos dados de entrada, bancos de dados fornecidos aos algoritmos para que com eles possam funcionar.⁵⁵

Aos olhos dos usuários, os bancos de dados e os algoritmos parecem ser um único mecanismo em funcionamento, entretanto, esses dizem respeito a ideias distintas. Antes do *output* dos dados de saída promovido pelo software construído com base em algoritmos, há um *input* de dados sistematicamente tratados. Primeiramente, são compiladas informações deixadas pelos usuários em suas atividades na internet e coletadas por mecanismos de identificação de rastros digitais. Após a coleta dos dados, esses passam por um processo de preparação.⁵⁶

Apesar de na fase de coleta os dados serem dissecados, esses saem do processo desordenados e precisam ser rearranjados em uma ordem necessária ao funcionamento do algoritmo. Isso significa que as informações presentes no banco de dados “devem ser transformadas e institucionalizadas de tal forma que os algoritmos possam agir sobre elas automaticamente”.⁵⁷

Dentro dessa fase de preparação, há dados que podem ser privilegiados, excluídos ou rebaixados em detrimento de outros. Tal ação pode ser resultado de um processo de autoexclusão de sites que se recusam a serem indexados por coletores de dados, mas também pode ser atrelada a remoções sumárias, antes que os dados sejam disponibilizados aos algoritmos.⁵⁸

55 GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018, p. 98

56 GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018, p. 99.

57 GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018, p. 99.

58 GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018, p. 100.

Tal remoção permite que sejam vigiadas violações de direitos autorais e pornografia, bem como excluídos *spams*, vírus, conteúdos obscenos, condenáveis ou politicamente controversos. Entretanto, são utilizados outros padrões e critérios na exclusão desses dados por muitas das vezes desconhecidos pelos usuários que utilizam as plataformas.⁵⁹

Aquilo que é incluído como dados de entrada pré-determina diretamente aquilo que será apresentado nos dados de saída. O tratamento dos dados de entrada se mostra de vital importância para o design e gerenciamento do algoritmo, além de ser uma poderosa intervenção semântica e política no contexto daqueles utilizam o software.⁶⁰

A segunda dimensão refere-se aos ciclos de antecipação, ou seja, as consequências das tentativas dos desenvolvedores dos algoritmos em conhecer de maneira aprofundada e prever as ações dos seus usuários.⁶¹

Os algoritmos de busca, por exemplo, vão além da disponibilização de informações com base nas impressões deixadas pelos usuários, eles esperam ser capazes de antecipar o comportamento desses com base não só em dados coletados naquele momento, mas também com base no conhecimento já coletado sobre outros usuários parecidos, no que diz respeito a termos estatísticos e demográficos.⁶²

Tal tentativa de predição do comportamento levanta questões relevantes acerca da privacidade dos utilizadores das plataformas, pois:

59 GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018, p. 101.

60 GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018, p. 99.

61 GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018, p. 97.

62 BEER, 2009 *apud* GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018, p. 101.

[...] Para fazer isso, os provedores de informação precisam não só rastreá-los, mas construir infraestruturas técnicas e modelos de negócio que conectem sites individuais em um pacote de serviços (como as várias ferramentas e serviços do Google) ou em um ecossistema ainda mais amplo (como com o “social graph” do Facebook e seus botões de “curtir” espalhados ao longo pela web) para então criarem incentivos para que os usuários permaneçam neles. Isto permite que o provedor seja “passivo-agressivo” (BERRY, 2012) na forma como agrega as informações coletadas em vários sites e as transforma em um perfil coerente e cada vez mais detalhado do usuário. Os provedores também se beneficiam do caráter cada vez mais participativo da web, em que usuários são encorajados a oferecer todo tipo de informações sobre si mesmos e a se sentirem empoderados ao fazê-lo. [...]⁶³

Essas práticas de recolhimento e rastreamento de dados por parte das plataformas criam um tipo de poder informacional, na medida em que torna benéfico aos agentes de tratamento a transformação dos dados em mercadoria e posterior transação no mercado.⁶⁴

Além da privacidade dos usuários, outra questão relevante entre em cena na dimensão dos ciclos de antecipação, como é o caso de substituição das reais preferências dos usuários por *bits* de informação, que são mais legíveis pelos algoritmos. Tomando como exemplo o Facebook, a plataforma conhece dos seus usuários aquilo que eles permitem, logo, podem ser disponibilizadas mais ou menos informações.⁶⁵

63 GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018, p. 101-102.

64 GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018, p. 103.

65 GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018, p. 102.

Segundo Gillespie, informações como geolocalização, plataforma computacional, informações de perfil, amigos, atualização de status, “curtidas”, links seguidos, tempos no site criam um dossiê digital do usuário ou uma identidade algorítmica. Ainda que imperfeitas, tais informações para o algoritmo são suficientes. Isso porque, o que é “menos legível, ou que não pode ser conhecido sobre os usuários, é deixado de lado ou é aproximado de forma grosseira por esses algoritmos”.

Essa aproximação além de ser responsável por gerar discrepâncias entre as preferências reais do usuário e as antecipações realizadas pelo algoritmo, podem realizar também aproximações suficientes como forma de medir ou gerar um determinado público.

O terceiro apontamento acerca do funcionamento dos softwares e algoritmos, trazido por Gillespie⁶⁶, diz respeito a avaliação de relevância, isto é, os critérios utilizados pelas plataformas para determinar o que é relevante no momento, o que está sendo mais discutido pelos usuários.

Assim como são desconhecidos os critérios de filtragem dos dados de entrada, o mecanismo e os critérios utilizados para apresentar os dados de saída também são. O conhecimento desses critérios se mostra relevantes, na medida em que os dados de saída são constantemente utilizados como métricas e embasamento na implementação de escolhas tidas como legítimas e apropriadas.

A tecnologia utilizada no desenvolvimento desses algoritmos, que inclui a definição dos critérios de seu funcionamento, é metaforicamente expressada como “encaixapretada”, isto é, dentro de uma caixa preta. A metáfora transmite a ideia de uma “associação de atores da qual não se conhece a composição, mas da qual é possível acompanhar a ação enquanto ator singular em uma determinada rede

66 GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018, p. 97.

de atores”.⁶⁷ A metáfora da caixa-preta retrata o obscurantismo em relação aos critérios que envolvem os dados de saída dos algoritmos.⁶⁸

Dessa forma, os algoritmos estão constantemente abertos à suspeita dos usuários e podem ser enviesados e utilizados para favorecer provedores comercial ou politicamente a depender dos critérios selecionados para apresentação dos dados de saída. A depender dos parâmetros adotados pode-se ter uma falsa representação da realidade, benéfica para determinados grupos.⁶⁹

A quarta dimensão refere-se à promessa da objetividade algorítmica feita pelos desenvolvedores e a garantia de imparcialidade dos softwares. Os algoritmos são constantemente apresentados e tidos como estabilizadores de confiança, ou seja, mecanismos livres de qualquer subjetividade, erros ou influência na transformação dos dados de entrada em dados de saída e consequente cumprimento de um objetivo específico.⁷⁰

A chamada objetividade algorítmica se transformou em característica essencial para se atribuir legitimidade a performance dessas ferramentas enquanto mediadoras de um conhecimento relevante.⁷¹

Entretanto, segundo Gillespie⁷², essa premissa consiste em uma ideia cuidadosamente elaborada a fim de vislumbrar a incapacidade das plataformas em disponibilizar os critérios de funcionamento dos algoritmos adotados.

67 JURNO, Amanda Chevtchouk; DALBEN, Sílvia. Questões e apontamentos para o estudo de algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 17-29, 2018, p. 20.

68 Para mais informações acerca da metáfora da caixa-preta no âmbito dos algoritmos: PASQUALE, Frank. **The black box society: the secret algorithms that control money and information**. Cambridge; London: Harvard University Press: 2015.

69 GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018, p. 105.

70 GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018, p. 97.

71 GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018, p. 107.

72 GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018, p. 108.

O quinto apontamento diz respeito ao entrelaçamento com a prática e a interação dos algoritmos com os usuários. Discute-se de que forma as práticas dos usuários se adequam aos algoritmos dos quais eles dependem, como os algoritmos afetam a busca pela informação e mudam a visão de mundo dos usuários no que pese a autocompreensão de si mesmos.⁷³

As plataformas causam nos seus usuários um processo de “domesticação”⁷⁴, a partir do momento em que entram nas suas vidas. Os seres humanos inserem tais tecnologias em suas rotinas, se adequam aos seus funcionamentos e as consideram como propriedades.⁷⁵

As plataformas ou softwares programados por algoritmos além de desempenharem um papel importante na construção ou reforço do senso de identidade dos usuários, funcionam para esses como a principal fonte de informação.⁷⁶

Os usuários recorrem a sistemas regidos por algoritmos para identificar o que eles precisam saber da mesma forma que se recorreria “aos especialistas credenciados, ao método científico, ao senso comum ou à palavra de Deus”.⁷⁷

A sexta e última discussão refere-se à produção de públicos calculados. Segundo Gillespie⁷⁸, os algoritmos são componentes tecnológicos centrais para a produção de um ambiente mediado apto a estruturar ou criar determinados públicos.

Os algoritmos presentes nas ferramentas de busca contemporâneas fazem com que dois usuários recebam para a

73 GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018, p. 97.

74 SILVERSTONE *apud* GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018, p. 112.

75 GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018, p. 112.

76 GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018, p. 113.

77 GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018, p. 97.

78 GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018, p. 114.

mesma busca resultados bem diferentes. Os resultados são obtidos com base nas informações de preferências dos usuários, analisadas pelo algoritmo. Dessa forma “as histórias apresentadas, como as mais importantes, podem ser tão distintas de usuário para usuário que não exista sequer um objeto comum de diálogo entre elas”.⁷⁹

Os algoritmos pautados na preferência e reunião daqueles que pensam de maneira semelhante, segundo Gillespie, fazem com que o conhecimento público e o diálogo político sejam prejudicados, visto que os usuários são levados para dentro de bolhas onde se encontra apenas notícias esperadas e perspectivas políticas afins. Os algoritmos não apenas estruturam usuários com base nas suas interações, mas criam e produzem públicos artificiais e calculados a partir de dados imprecisos e aproximações de usuários completamente distintos, no intuito de gerar afinidade entre eles.

A partir da exposição das dimensões acerca dos algoritmos, que demonstraram o seu modo de funcionamento, tem-se que dentro desses processos há a nítida possibilidade de “erro, viés, manipulação, comodismo, influência comercial ou política, ou falhas sistêmicas”.⁸⁰

A possibilidade de organização dos dados de entrada é uma oportunidade para que esses sejam conjugados com base em parâmetros que extrapolam a mera relevância, como motivações por propriedade, por interesses próprios comercial ou institucional, ou até mesmo por ganho político. Isso significa que, em relação aos tratamentos de dados pessoais, podem existir interesses dos agentes de tratamento para além das finalidades amplamente divulgadas.

Ademais, quando os algoritmos amparam o tratamento de dados que são pessoais, as seis dimensões apresentadas destacam complexidade apta a gerar assimetria informacional que acaba se resvalando em uma assimetria de poder e que deixam os titulares

79 GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018, p. 114.

80 GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018, p. 117.

impotentes de fazerem valer seu desejo de controlar seus dados pessoais.⁸¹

De um lado, sabe-se muito pouco acerca dos parâmetros utilizados pelos algoritmos para realização dos tratamentos, e por outro, quando se sabe, tais informações são disponibilizadas de maneira a não informar de forma clara e transparente os titulares de dados pessoais acerca dos tratamentos.

3.3 O FLUXO INFORMACIONAL, A CRIAÇÃO DE VULNERABILIDADES E A AUTONOMIA⁸²

Segundo Bruno Ricardo Bioni⁸³, no que pese ao controle exercido pelos titulares de dados pessoais em relação as suas informações, há uma impossibilidade por parte desses em desempenharem um processo genuíno de tomada de decisão, devido às limitações cognitivas em absorver, memorizar e processar todas as informações complexas contidas na lógica do *trade-off*, isto é, na troca de dados em serviços e produtos *online* da economia dos dados pessoais.

Para Bruno Ricardo Bioni:

Já se faz impossível memorizar os inúmeros atores que compõem a referenciada rede social de publicidade, quanto mais compreender como os dados pessoais serão por eles tratados, já que cada um deles tem as

81 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 151.

82 A ideia desenvolvida no presente tópico acerca da vulnerabilidade enquanto inerente à pessoa humana e sua implicação na noção de autonomia também está presente no texto: ALMEIDA, Renata Barbosa de; SCHETTINI, Beatriz; SANTOS, Felipe Melazzo do Nascimento. Exames genéticos pré-implantatórios e seleção de embrião com deficiência: imposição de vulnerabilidades e limitação de autonomia?. *In*: Maria de Fátima Freire de Sá; Ana Thereza Meirelles Araújo; Iara Antunes de Souza; Roberto Henrique Pôrto Nogueira; Bruno Torquato de Oliveira Neves. (Org.). **Direito e medicina: interseções científicas**. 1ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021, p. 253-266.

83 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 141.

suas respectivas políticas de privacidade. Soma-se, ainda, o complicador da compreensão de como a agregação dos dados pessoais desenrolar-se-á a ponto de extrair informações mais detalhadas sobre seus titulares⁸⁴.

Para exemplificar as limitações cognitivas, Bioni faz suas considerações acerca da teoria da decisão da utilidade subjetiva. Segundo a teoria, os seres humanos, ao acessarem um produto ou serviço *online*, tendem a focar nos benefícios imediatos, e deixam de sopesar os possíveis danos à privacidade, que no momento do consentimento lhes são temporariamente distantes. Isso porque, de fato, possíveis danos às suas informações pessoais só podem ser experimentados após o consentimento.

Há uma valorização dos benefícios, imbricada pelo contexto, em que as perdas são maiores que os ganhos. Em última análise, sobressai aos olhos do titular no processo de tomada de decisão, que determinado serviço ou produto é “gratuito”.⁸⁵

Bioni⁸⁶ dispõe, portanto, que os titulares se encontram em uma situação específica de vulnerabilidade. Situação causada pelas limitações cognitivas de compreensão que lhes são próprias, bem como pela relação tida como assimétrica com os agentes de tratamento em modelos de negócios, geridos por algoritmos complexos, conforme exposto anteriormente. Esses modelos, por sua vez, acabam se divorciando da expectativa de privacidade dos usuários.⁸⁷

Entretanto, tal situação específica de vulnerabilidade pode estar sim ligada às limitações cognitivas de compreensão dos titulares

84 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 139.

85 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 139.

86 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 141.

87 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 155.

e à uma relação assimétrica informacional desenvolvida no fluxo informacional causadas por algoritmos complexos, entretanto, cabe ressaltar que a noção de vulnerabilidade é sempre ampla e aberta a novas descrições e relacionada com outras causas, como dispõem Nogueira, Ribeiro e Santos⁸⁸. Além disso, a vulnerabilidade é fenômeno não necessariamente se resume aos titulares de dados pessoais.

Relacionada originalmente a linguagem médica, a noção de vulnerabilidade fazia referência ao indivíduo que lutava “contra feridas ou doenças de ordem física”. O termo, antes mesmo de ser utilizado para se referir ao indivíduo, também foi empregado para designar o remédio utilizado no tratamento de feridas ou doenças.⁸⁹

Apesar da sua origem, Bjarne Melkevik⁹⁰ dispõe que ser vulnerável não significa necessariamente apresentar alguma “fraqueza”. O significado ultrapassa tal adjetivo, na medida em que a vulnerabilidade serve para qualificar uma situação ou uma posição em que o indivíduo se encontra mais frágil do que ele é ou deveria não ser.

Claudia Lima Marques e Bruno Miragem⁹¹, ao tratarem da vulnerabilidade afirmam que essa está relacionada ao estado da pessoa humana, especificamente “um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificados no mercado”. A vulnerabilidade, dessa forma, seria uma situação, permanente ou provisória, individual ou coletiva, apta a fragilizar ou enfraquecer o sujeito de direitos, de forma a desequilibrar relações em que esse se encontra.

88 NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto.; RIBEIRO, Karine Lemos Gomes; SANTOS, Felipe Melazzo do Nascimento. Responsabilidade civil médica em contexto de vulnerabilidade algorítmica de pacientes. *In*: Aline França Campos; Luciana Fernandes Berlimi. (Org.). **Temas contemporâneos de responsabilidade civil: teoria e prática**. 1ed. São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 52.

89 MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, direito e autonomia: um ensaio sobre o sujeito de direito. **Revista Faculdade Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, p. 641-673, 2017.

90 MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, direito e autonomia: um ensaio sobre o sujeito de direito. **Revista Faculdade Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, p. 641-673, 2017.

91 MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 117.

Carlos Nelson Konder⁹² também contribui para a construção da noção de vulnerabilidade, na medida em que expõe a diferença entre vulnerabilidade existencial e patrimonial. A vulnerabilidade existencial resultaria na situação jurídica subjetiva em que o sujeito se encontra suscetível de ser lesado em sua esfera extrapatrimonial. Tal suscetibilidade resultaria na tutela jurídica para a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Já a noção de vulnerabilidade patrimonial, segundo o autor, se limitaria a uma posição de inferioridade contratual, em que um dos sujeitos estaria sob a ameaça de lesão ligada ao seu patrimônio, com efeitos apenas indiretos à sua personalidade. A vulnerabilidade patrimonial resultaria na adoção de intervenções reequilibradoras, como instrumentos jurídicos ligados à invalidade de disposições negociais e a responsabilidade como obrigação de reparar.

Além das ideias apresentadas acima, a noção de vulnerabilidade pode também ser apresentada a partir do que o termo é capaz de revelar sobre condição humana. Todos os seres humanos apresentam sempre um “ponto fraco”, segundo Bjarne Melkevik⁹³. Isto é, uma vulnerabilidade que pode lhes causar até a morte.

Portanto, se todos apresentam um ponto fraco, uma vulnerabilidade em algum momento das suas vidas, o que se revela da noção é sua inerência em relação à condição humana:

A vulnerabilidade compreendida desta forma não pode jamais ser evacuada, suprimida ou apagada de nossa concepção da existência humana. Ela continua a ser um elemento fundamental de nossa condição e nós só podemos escapar dela pela morte. [...].⁹⁴

92 KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 99, p. 101- 123, 2015.

93 MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, direito e autonomia: um ensaio sobre o sujeito de direito. **Revista Faculdade Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, p. 641-673, 2017.

94 MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, direito e autonomia: um ensaio sobre o sujeito de direito. **Revista Faculdade Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, p. 641-673, 2017.

Dessa forma, por ser inerente à condição humana, embora em determinado momento tenha guardado alguma relação com o significado de fragilidade ou fraqueza, a vulnerabilidade não apresenta necessariamente relação com um viés negativo a ser superado ou reequilibrado.

Pelo contrário, as vulnerabilidades “vem ganhando espaço nos discursos jurídicos da atualidade, como fundamentação do operador jurídico para a propositura criativa ou interpretativa de tradicionais ou inovadores modelos e estruturas de direitos”, segundo Roberto Henrique Pôrto Nogueira e Iara Antunes de Souza.⁹⁵

Os autores, ao disporem acerca do papel da vulnerabilidade para institutos jurídicos, desenvolvem que:

As vulnerabilidades parecem marcar ou contribuir sobremaneira para a identificação de novos direitos. Afinal, as vulnerabilidades são determinantes do agir e do não agir humano. Significa que as vulnerabilidades podem revelar-se como verdadeiras estratégias jurídicas de interpretação, modulação, preenchimento de lacunas que sejam não apenas de tratamento de consequências jurídicas de desconsideração de vulnerabilidades, mas ligadas à própria causa de suas invisibilidades.⁹⁶

Especificamente dentro do Direito Privado, o estudo das vulnerabilidades podem ser determinantes na compreensão e releitura de inúmeros institutos tradicionais, como é o caso da autonomia.

95 SOUZA, Iara Antunes de; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Vulnerabilidade da pessoa com deficiência, acessibilidade e incorporação imobiliária. *In: CAMPOS, Aline França; BRITO, Beatriz Gontijo de. (orgs.). **Desafios e perspectivas do direito imobiliário contemporâneo.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, p. 45-70, 2019, p. 51.*

96 SOUZA, Iara Antunes de; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Vulnerabilidade da pessoa com deficiência, acessibilidade e incorporação imobiliária. *In: CAMPOS, Aline França; BRITO, Beatriz Gontijo de. (orgs.). **Desafios e perspectivas do direito imobiliário contemporâneo.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, p. 45-70, 2019, p. 51.*

Segundo Bjarne Melkevik⁹⁷, as ações do sujeito devem ser sempre compreendidas a partir de suas vulnerabilidades, visto que o indivíduo é sempre vulnerável. Isso significa que a ação do indivíduo deve ser concebida como condicionada ou ao menos impactada por suas vulnerabilidades.

E nesse sentido, se a autonomia, apesar das divergências teóricas, faz em alguma medida sempre referência a aptidão do sujeito em “forjar, ele mesmo, sua própria normatividade em função daquilo que ele considera que deve orientar sua vida”⁹⁸, essa está intimamente relacionada com a possibilidade de agir do sujeito. Logo, a exigência de autonomia individual deve ser sempre concebida considerando os indivíduos enquanto seres vulneráveis.

Dentre as possibilidades ou planos para se pensar a concretização da vulnerabilidade no campo da autonomia, tem-se o da “progressão em direção à autonomia”. Ainda segundo Melkevik, o processo de tornar-se autônomo só pode ser aprendido a partir das contingências da socialização e de aspectos da personalidade do indivíduo. Assim, a autonomia não poderia ser pensada em bloco, mas somente compreendida a partir da sua dialogicidade com as realidades ou vulnerabilidades que lhe fazem resistência.

Nessa linha, segundo Renata Guimarães Pompeu⁹⁹, a autonomia somente se realiza em um ambiente heterônomo. Nesse sentido, autonomia parece estar longe de ser eivada de um caráter absoluto, visto que os sujeitos são constantemente atravessados por suas vulnerabilidades que perpassam por questões (sociais, econômicas, políticas, culturais), tendências, inclinações e expectativas que

97 MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, direito e autonomia: um ensaio sobre o sujeito de direito. **Revista Faculdade Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, p. 641-673, 2017.

98 MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, direito e autonomia: um ensaio sobre o sujeito de direito. **Revista Faculdade Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, p. 641-673, 2017.

99 POMPEU, Renata Guimarães. **Autonomia privada na relação contratual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015, p. 108.

influenciam diretamente os seus processos deliberativos de tomada de decisões.¹⁰⁰

A autonomia não pode ser desvinculada ou ser estruturada como algo blindado aos elementos de heteronomia, como é o caso das vulnerabilidades do sujeito. Tais elementos, quase invisíveis, são extremamente influentes e “compõem o que de mais substancial existe na autonomia.”¹⁰¹

A partir desses pressupostos, todas as contingências que estão envolvidas no processo de exercício de autonomia dos indivíduos, inclusive as limitações cognitivas e as relações assimétricas, isto é, as vulnerabilidades devem ser levadas em consideração. O que antes era desconsiderado ou ignorado, deve ser trazido para jogo, de forma a promover a adequada compreensão do instituto jurídico em questão. Nesse sentido, ser autônomo compreende ser vulnerável.

Portanto, se aproximando novamente do recorte realizado pelo presente trabalho, o consentimento dos titulares de dados pessoais, deve ser encarado como exercício de autonomia inserido em um contexto marcado por vulnerabilidades. Entretanto, não é isso que acontece.

Segundo Bruno Ricardo Bioni¹⁰², o consentimento é encarado mais como um pilar da estratégia regulatória da LGPD para legitimar os modelos de negócios da economia digital, do que como um meio apto a proteção dos dados pessoais. Para o autor, o consentimento é uma verdadeira ficção legal, uma mistificação que não é confrontada com o contexto socioeconômico em que se insere, que por sua vez estrangula a prometida liberdade da autodeterminação informacional.

100 POMPEU, Renata Guimarães. **Autonomia privada na relação contratual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015, p. 112.

101 POMPEU, Renata Guimarães; POMPEU, Ivan Guimarães. A natureza heterônoma da autonomia contratual no contexto da economia e dos mercados. *In: XVIII Congresso Nacional do Conpedi*, 2010, Florianópolis. Anais do XVIII Congresso Nacional do Conpedi, 2010, p. 3572.

102 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 159.

Segundo Bioni¹⁰³, a programada autonomia dos titulares, manifestadas por um consentimento formalmente adjetivado é sufocada por um mercado sedento pelos dados pessoais, enquanto ativo econômico. O autor dispõe que o problema é estrutural e que a possibilidade de controle dos dados pessoais pelos titulares não passa de uma falácia imposta pelo *trade-off*. Bioni denomina o consentimento como uma “pseudoautonomia” dos titulares em controlar as suas informações. Pseudoautonomia, pois, é sempre encarada de forma desvinculada dos fatores que a atravessam.

A proposta, pelo menos teórica, desenvolvida por Bioni¹⁰⁴, diante da constatação desse contexto perpassa: (i) pela reavaliação de um quadro regulatório que tem o consentimento como seu elemento normativo central, e aposta todas as suas fichas em um sujeito autônomo, capaz de exercer plenamente tal esfera de controle e proteção de suas informações pessoais; (ii) por uma arquitetura de vulnerabilidade, que toma como ponto de partida que os titulares de dados pessoais são vulneráveis e dessa forma deve-se aparelha-lo com mecanismos que lhe permitam superar suas limitações em relação ao fluxo de seus dados pessoais.

Essa última, por sua vez, é inspirada no raciocínio desenvolvido pelo paternalismo libertário e a arquitetura de escolhas. Segundo Bioni¹⁰⁵, deve-se projetar ambientes que favoreçam a tomada de decisões mais benéficas às pessoas. Só assim “se superará parte do drama da proteção dos dados pessoais, que é a sublinhada falta de correspondência entre o programado direito da autodeterminação informacional e uma arquitetura que lhe dê vazão.”¹⁰⁶

103 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 151.

104 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 154.


105 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 159.

106 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 160.

Tal arquitetura de vulnerabilidade, ainda de acordo com o autor, se preocuparia em promover o encontro entre o arranjo jurídico-normativo da privacidade informacional com a realidade que lhe permeia, por meio da busca de novas formas para se alcançar o valorizado consentimento dos titulares dos dados pessoais. Essas novas formas, nutrem em última análise a autodeterminação informativa dos titulares no controle de suas informações pessoais.

A partir do presente capítulo as noções de limitação cognitiva, paternalismo libertário e arquitetura de vulnerabilidades foram aproximadas do contexto de manifestação do consentimento para o tratamento de dados pessoais. Dessa forma, tais noções, ligadas à Economia Comportamental, parecem ter muito a contribuir para entender o fenômeno e mitigar suas implicações no que pese à criação de vulnerabilidades.

No próximo capítulo esses tópicos e os pressupostos que os permeiam serão mais bem desenvolvidos.



**DA RACIONALIDADE
LIMITADA AOS
"EMPURRÕES"**

4. DA RACIONALIDADE LIMITADA AOS “EMPURRÕES”

Além da assimetria informacional e de poder exercida no âmbito dos algoritmos de tratamento de dados pessoais, surge um novo desafio para as noções afetas a concretização do consentimento. A noção da racionalidade limitada, teorizada amplamente no campo da Economia Comportamental, parece também macular a manifestação de vontade dos titulares e contribuir para a vulnerabilidade apontada.

4.1 RACIONALIDADE LIMITADA E PROCEDIMENTAL

Hebert A. Simon no seu texto “*A Behavioral Model of Rational Choice*”, publicado na *The Quarterly Journal of Economics*, em 1955, traz que a teoria econômica tradicional postulou a noção de “homem econômico”, conseqüentemente racional. Segundo o autor, esse homem seria teoricamente dotado de um conhecimento de aspectos relevantes do ambiente que vive, que se não fosse completo seria pelo menos volumoso e claro.¹⁰⁷

Esse homem econômico também seria dotado de um sistema estável de preferências que lhe permitiria, em um processo decisório, calcular todas as alternativas possíveis que lhe estão disponíveis, e dessa forma seguiria pelo caminho que lhe permitiria alcançar o ponto mais alto na sua escala de preferência.

Segundo Simon¹⁰⁸, até aquele ano, desenvolvimentos recentes na economia, e na teoria da empresa de negócios, levantaram grandes dúvidas se tal modelo seria capaz de fornecer uma base adequada para se construir uma teoria que fosse fidedigna ao real processo de tomada de decisão.

107 SIMON, Hebert A. A Behavioral Model of Rational Choice. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 69, n. 1, p. 99-118, 1955, 99.

108 SIMON, Hebert A. A Behavioral Model of Rational Choice. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 69, n. 1, p. 99-118, 1955, 100.

Simon, portanto, assume como tarefa substituir a racionalidade do “homem econômico” por um tipo de comportamento racional compatível com o acesso à informação e as capacidades cognitivas que realmente possuem os seres humanos nos ambientes aos quais estão inseridos.

Além de desejar se afastar do tratamento dado a racionalidade pelos economistas, absoluta e onisciente portanto, Simon também não pretendia chegar ao outro extremo, que era o tratamento dado pela psicologia social. Segundo o autor¹⁰⁹, a psicologia social reduziria a racionalidade ou cognição humana ao mero afeto e estaria preocupada em demonstrar que os homens não são tão racionais quanto pensam.

Dessa forma, em contraposição ao tratamento dado a racionalidade, seja pela economia, seja pela psicologia social, desenvolve-se a noção de racionalidade limitada. A racionalidade limitada ou *bounded rationality* consiste na limitação cognitiva humana, presente nos processos decisórios ou de deliberação mental, para examinar e avaliar todas as contingências, bem como a restrição para apreciar todos os dados inseridos nas informações disponíveis.¹¹⁰

Em um primeiro momento, o conceito de racionalidade limitada de Simon apresentou-se como uma tentativa de equilibrar os aspectos racionais existentes no comportamento humano com uma descrição mais real.

Isto é, o conceito de racionalidade limitada promover uma extensão e ressignificação das possibilidades do comportamento humano na medida em que considera a racionalidade como algo que

109 BARROS, Gustavo. **Racionalidade e organizações: um estudo sobre comportamento econômico na obra de Hebert A. Simon.** São Paulo: Ed. do Autor, 2016, p. 71.

110 POMPEU, Renata Guimarães. Da tragédia dos comuns à noção de racionalidade limitada nos contratos: a deliberação mental dos agentes econômicos na composição do conteúdo eficazional. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz (Orgs.). **Novos direitos privados.** Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 126-138, p. 132.

apresenta muito pouco dos poderes atribuídos ao homem econômico, mas não chega à irracionalidade promovida pela psicologia social.¹¹¹

A racionalidade limitada, portanto, não ignora e não trata como estranho aos processos decisórios humanos aspectos determinantes do ambiente de escolha. Para a teoria, os fatores aptos a influenciarem o processo de tomada de decisão ou os limites à racionalidade podem ser classificados em duas classes principais: as propriedades psicológicas ou cognitivas do próprio agente decisor, e o ambiente social ou organizacional no qual ele está inserido.¹¹²

Tais limites demonstram que os seres humanos nos processos de tomada de decisão se portam como um organismo de capacidades pequenas comparadas com a complexidade dos problemas com que precisa lidar. Determinada pessoa consegue dar atenção a uma ou poucas coisas por vez, além de conseguir lidar com um volume de informações limitado. Os seres humanos além de responderem a estímulos tidos como externos, esses por sua vez têm uma grande influência sobre o conteúdo envolvido no ambiente de decisão, e em muitos casos, podem ser considerados como a origem a motivação da ação.¹¹³

Após ser premiado com o Prêmio Nobel de Ciências Econômicas em 1978 pelos estudos de tomada de decisão, Simon reconhece a necessidade de dar um passo além na noção de racionalidade limitada.¹¹⁴

111 BARROS, Gustavo. **Racionalidade e organizações: um estudo sobre comportamento econômico na obra de Hebert A. Simon.** São Paulo: Ed. do Autor, 2016, p. 72.

112 MARCH; SIMON, 1958, p. 139 *apud.* BARROS, Gustavo. **Racionalidade e organizações: um estudo sobre comportamento econômico na obra de Hebert A. Simon.** São Paulo: Ed. do Autor, 2016, p. 82.

113 MARCH; SIMON, 1958, p. 139 *apud.* BARROS, Gustavo. **Racionalidade e organizações: um estudo sobre comportamento econômico na obra de Hebert A. Simon.** São Paulo: Ed. do Autor, 2016, p. 82.

114 BARROS, Gustavo. **Racionalidade e organizações: um estudo sobre comportamento econômico na obra de Hebert A. Simon.** São Paulo: Ed. do Autor, 2016, p. 93.

Isso porque, a racionalidade limitada foi primariamente desenvolvida sempre em contraponto à racionalidade absoluta das ciências econômicas como um argumento construído em negativo.

Segundo Simon, a racionalidade, até o dado momento, seria limitada quando fica “aquém da onisciência”. Seria necessária uma caracterização mais positiva e formal dos mecanismos que circundam e estão sob a condição da racionalidade limitada.¹¹⁵

Para tanto, Simon retorna à dicotomia encontrada no início do desenvolvimento da noção de racionalidade limitada, isto é, ao tratamento dado pela economia e pela psicologia social enquanto ciência social no que pese à racionalidade. Entretanto, dessa vez, a psicologia social parecia ter algo a mais a contribuir.¹¹⁶

Segundo Simon, o tratamento dado pela economia estaria ligado à uma racionalidade de aspecto substantivo, pelos seguintes aspectos:

(a) in its silence about the content of goals and values;
(b) in its postulating global consistency of behavior;
and (c) in its postulating “one world”- that behavior is objectively rational in relation to its total environment, including both present and future environment as the actor moves through time.¹¹⁷

Já o tratamento dado pela psicologia enquanto ciência social estaria ligado à uma racionalidade procedimental por:

(a) seek to determine empirically the nature and origins of values and their changes with time and experience; (b) seek to determine the processes,

115 SIMON, Hebert. Rational Decision Making in Business Organizations. **The American Economic Review**, v. 69, n. 4, 1979, p. 502.

116 BARROS, Gustavo. **Racionalidade e organizações: um estudo sobre comportamento econômico na obra de Hebert A. Simon**. São Paulo: Ed. do Autor, 2016, p. 94.

117 SIMON Hebert. Rationality in Psychology and Economics. **The Journal of Business**, v. 59, n. 4, 1986, p. S210.

individual and social, whereby selected aspects of reality are noticed and postulated as the “givens” (factual bases) for reasoning about action; (c) seek to determine the computational strategies that are used in reasoning, so that very limited information-processing capabilities can cope with complex realities; and (d) seek to describe and explain the ways in which nonrational processes (e.g., motivations, emotions, and sensory stimuli) influence the focus of attention and the definition of the situation that set the factual givens for the rational processes.¹¹⁸

Dessa forma, tem-se que a racionalidade na economia, substantiva, portanto, é vista em razão dos termos do que as escolhas produzem, isto é, dos seus resultados. A racionalidade procedimental, por sua vez, é encarada em razão dos processos que estão envolvidos na tomada de decisão, isto é, dos meios. Enquanto essa está focada no processo particular que orienta a tomada de decisão, aquela preocupa-se mais com os seus resultados.

Segundo Simon¹¹⁹, abraçar uma teoria substantiva da racionalidade trouxe consequências para a economia especialmente para a sua metodologia. Isso, porque até aquele momento, a economia não tinha desenvolvido metodologias empíricas aptas a investigarem como os aspectos particulares da realidade chamam a atenção do tomador de decisão, como as escolhas são formadas ou como se dão os processos de raciocínio. Todas essas questões dependeriam de investigações empíricas detalhadas com os tomadores de decisão e não seriam facilmente respondidas até mesmo por uma análise econométrica sofisticada.

Chega-se, portanto, na racionalidade procedimental como um desenvolvimento edificado sobre a racionalidade limitada.

118 SIMON Hebert. Rationality in Psychology and Economics. **The Journal of Business**, v. 59, n. 4, 1986, p. S210.

119 SIMON Hebert. Rationality in Psychology and Economics. **The Journal of Business**, v. 59, n. 4, 1986, p. S211.

Isso porque, as pesquisas empíricas desenvolvidas por Simon (em conjunto com Allan Newell) até aquele ano demonstraram que, em situações complexas, o resultado da escolha feita está fortemente ligado ao processo particular que a gerou. Dessa forma, tornam-se imprescindível para o estudo do comportamento humano e para a construção da noção de racionalidade, metodologias que demonstram como as escolhas são realizadas.¹²⁰

Para Simon¹²¹ a racionalidade substantiva não oferece bases suficientes para tanto, isto é, para explicar e prever o comportamento humano. Por isso, a necessidade de se valer das contribuições da racionalidade procedimental e dos seus métodos empíricos de investigação do comportamento humano.

A economia sem a pesquisa psicológica e sociológica para levantar dados acerca da tomada de decisão seria para Simon como uma “tesoura de uma lâmina”. Tem-se, portanto, que o estudo do comportamento econômico e da própria racionalidade limitada sem as contribuições empíricas da racionalidade procedimental torna-se inútil.

4.2 HEURÍSTICAS E VIESES

A partir dos estudos acerca da racionalidade limitada, outros estudos de contestação das noções formais de racionalidade foram desenvolvidos, como é o caso “*A judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*” de Amos Tversky e Daniel Kahneman, publicado na revista *Science*, em 1974.¹²²

120 BARROS, Gustavo. **Racionalidade e organizações: um estudo sobre comportamento econômico na obra de Hebert A. Simon.** São Paulo: Ed. do Autor, 2016, p. 96.

121 SIMON Hebert. Rationality in Psychology and Economics. **The Journal of Business**, v. 59, n. 4, 1986, p. S223.

122 TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. A judgment under uncertainty: heuristics and biases. **Science**, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974, p. 1124.

No trabalho, os autores dispõem que os seres humanos na avaliação de eventos incertos se apoiam em um número limitado de princípios heurísticos ou heurísticas, que (i) reduzem as tarefas complexas de avaliar probabilidades e a aptidão em prever valores para operações mais simples de juízo e (ii) podem resultar em vieses.

As heurísticas consistem em estratégias simplificadoras, ou regras práticas, utilizadas pelos seres humanos ao tomarem decisões. São mecanismos adotados para o enfrentamento dos ambientes complexos que circundam os processos decisórios. Das heurísticas, resultam os vieses, isto é, erros graves ou sistemáticos de decisão.¹²³

Em “*A judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*”, Kahneman e Tversky trazem três possibilidades de heurísticas: a representatividade, a disponibilidade e a ancoragem.

A representatividade é empregada quando se questiona às pessoas acerca da probabilidade de que um objeto ou evento A pertença à classe ou processo B. Tal probabilidade é avaliada seguindo o processo subjetivo de julgamento de semelhança, isto é, A irá pertencer a B ou ser representativo de B, segundo o grau de semelhança entre ambos.¹²⁴

A disponibilidade ocorre quando as pessoas são indagadas acerca da frequência de uma classe ou a plausibilidade de um acontecimento particular. Nesse caso, as pessoas costumam avaliar o risco de algo acontecer pautadas na familiaridade que tem com a questão, isto é, com a facilidade em que conseguem pensar no evento. Experiências recentes exercem forte influência no processo decisório.¹²⁵

Já a ancoragem consiste no ajuste a partir de um ponto seguro, uma âncora, que é normalmente empregada na previsão numérica de um valor relevante disponível. Em muitos casos, as pessoas fazem estimativas começando a partir de um valor inicial que é ajustado para a produção de uma resposta final. Esse valor, pode ser sugerido

123 BAZERMAN, Max H. **Processo decisório**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

124 TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. A judgment under uncertainty: heuristics and biases. **Science**, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974, p. 1130.

125 SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 36.

por aquele que formula o problema, mas também pode ser resultado de um cálculo prévio parcial. Em ambos os casos, tais ajustes são insuficientes, ou seja, diferentes pontos de partida produzem diferentes pontos de chegada, que são viesados com base nos valores iniciais.¹²⁶

O estudo das heurísticas e dos vieses demonstram as limitações do comportamento humano, que segundo Kahneman¹²⁷ na sua obra “*Rápido e devagar: duas formas de pensar*”, podem ser explicados graças aos dois modos de pensamento, propostos originalmente, segundo o autor, pelos psicólogos Keith Stanovich e Richard West.

Os dois modos de pensamento resultam nos Sistemas 1 e 2. Tais sistemas demonstram a capacidade de atenção limitada dos seres humanos diante dos processos de tomada de decisão

O Sistema 1 seria o modo de pensamento automático e rápido, realizado com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário. O Sistema 2 por sua vez seria o modo de pensamento atencioso e concentrado, responsável por desenvolver as atividades mentais mais complexas.

Seriam exemplos de atividades atribuídas ao Sistema 1:

- Detectar que um objeto está mais distante que outro.
- Orientar em relação à fonte de um som repentino.
- Completar a expressão “pão com...”
- Fazer “cara de aversão” ao ver uma foto horrível.
- Detectar hostilidade em uma voz.
- Responder $2 + 2 = ?$
- Ler palavras em grandes cartazes.
- Dirigir um carro por uma rua vazia.
- Encontrar um movimento decisivo no xadrez (se você for um mestre enxadrista).
- Compreender sentenças simples.

126 TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. A judgment under uncertainty: heuristics and biases. **Science**, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974, p. 1130.

127 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 29.

- Reconhecer que uma “índole dócil e organizada com paixão pelo detalhe” se assemelha a um estereótipo ocupacional.¹²⁸

Seriam exemplos de atividades relacionadas ao Sistema 2:

- Manter-se no lugar para o tiro de largada numa corrida.
- Concentrar a atenção nos palhaços do circo.
- Concentrar-se na voz de determinada pessoa em uma sala cheia e barulhenta.
- Procurar uma mulher de cabelos brancos.
- Sondar a memória para identificar um som surpreendente.
- Manter uma velocidade de caminhada mais rápida do que o natural para você.
- Monitorar a conveniência de seu comportamento numa situação social.
- Contar as ocorrências da letra *a* numa página de texto.
- Dizer a alguém seu número de telefone.
- Estacionar numa vaga apertada (para a maioria das pessoas, exceto manobristas de garagem).
- Comparar duas máquinas de lavar roupa em relação ao valor global.
- Preencher um formulário de imposto.
- Verificar a validade de um argumento.¹²⁹

Se as heurísticas e os vieses resultam de deliberações simplificadas, tem-se que a base para a sua explicação está no modo de pensar do Sistema 1. Entretanto, assim como a racionalidade

128 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 30.

129 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 31.

limitada não significa irracionalidade, o Sistema 1 não atua de maneira absoluta.

Ressalta-se que ao mesmo tempo que o Sistema 1 origina sem esforço as “impressões e sensações que são as principais fontes das crenças explícitas e escolhas deliberativas do Sistema 2”, o Sistema 2 “tem alguma aptidão para mudar o modo como o Sistema 1 funciona programando as funções normalmente automáticas de atenção e memória”.¹³⁰

Os dois sistemas atuam de forma coordenada a depender do contexto que estão inseridos e dos estímulos externos que recebem. Em um determinado contexto, o Sistema 1 pode prevalecer, em outro, o Sistema 2 pode falar mais alto.

4.3 NUDGES OU “EMPURRÕES”

Nesse sentido, a partir de tais constatações, os autores Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein¹³¹, desenvolveram aquilo que eles chamam de paternalismo libertário. Isto é, uma forma específica de ingerência nos processos decisórios que reconhece a racionalidade limitada e as heurísticas, procura mitigar os seus impactos, mas não desconsidera a aptidão do sujeito para decidir.

O paternalismo consiste no papel das instituições públicas e privadas em desenvolverem meios que guiem os cidadãos para escolhas que maximizam o seu próprio bem-estar. O desenvolvimento desses meios, entretanto, não deve ser feito de forma coercitiva, pois deve ser respeitada a possibilidade dos cidadãos em não se submeterem a sua influência.¹³²

130 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 29-32.

131 SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. O paternalismo libertário não é uma contradição em termos. **Civilistica.com. Revista eletrônica de direito civil**. Rio de Janeiro: a. 4, n. 2, 2015, p. 4.

132 GALUPPO, Marcelo Campos; ROCHA, Bruno Anunção. Paternalismo libertário no Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 53, n. 210, abr./jun. 2016, p. 135-148, p. 141.

Essas instituições não devem ser fator decisivo para o processo decisório dos sujeitos, mas sim influenciar os comportamentos, para que eles próprios escolham tornar as vidas mais saudáveis, longas e melhores. O paternalismo libertário trata-se de um processo de qualificação da escolha e não de compulsoriedade.¹³³

Um dos principais instrumentos do paternalismo libertário é a arquitetura de escolhas, que consiste na organização do contexto no qual as pessoas tomam decisões. Tal arquitetura não tem a pretensão de ser neutra, logo, ela sempre visará um objetivo tido como capaz de maximizar a capacidade dos sujeitos em realizarem escolhas que promovam seu bem-estar.¹³⁴

A arquitetura de escolhas se operacionaliza, portanto, através da disponibilização e organização daquilo que Sunstein e Thaler¹³⁵ chamam de *nudges*, isto é, “qualquer aspecto capaz de mudar o comportamento das pessoas de forma previsível sem vetar qualquer opção e sem nenhuma mudança significativa em seus incentivos econômicos”. Segundo os autores, a intervenção *nudge* não deve ser custosa e nem uma mera ordem, pois deve ser fácil de evitar.

Dessa forma, os *nudges* podem ser encarados como verdadeiros “empurrões” à tomada de decisão, na medida em que impulsionam e beneficiam o processo decisório em determinado sentido.

Desenvolvidos, portanto, a partir de pressupostos estabelecidos pelo paternalismo libertário, os *nudges* consistem em uma forma específica de ingerência em qualquer processo decisório, não somente aqueles desenvolvidos no âmbito *online*, que reconhece a racionalidade limitada e as heurísticas dos processos decisórios humanos, procura mitigar os seus impactos, mas não desconsidera a aptidão do sujeito para decidir.

133 SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. ***Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade***. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 13.

134 SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. ***Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade***. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 11.

135 SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. ***Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade***. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 14.

Se os *nudges* são implementados em um contexto de arquitetura de escolhas, Thaler e Sunstein na sua obra “*Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*”, originalmente publicada em 2008 pela *Yale University Press* estabeleceram princípios básicos a serem levados em consideração nesse dado contexto.

Dentre eles, estão:

- i. a estipulação de opções-padrão pré-selecionadas;
- ii. o desenvolvimento de mecanismos aptos a mitigar possíveis erros dos usuários nos processos de tomada de decisão;
- iii. o fornecimento de feedbacks aos tomadores de decisão;
- iv. o fornecimento de mecanismos aptos a ajudarem a pessoas a melhorarem a própria capacidade de fazer o mapeamento correto das alternativas dispostas no processo de tomada de decisão, como tornar as informações sobre as opções o mais compreensíveis possível;
- v. a estruturação das opções de escolha em decisões complexas, como o estabelecimento de filtros de modo a evitar a multiplicidade de opções; e
- vi. dar visibilidade aos custos que envolvem o processo de tomada de decisão.

A partir dos princípios, Sunstein no artigo “*Nudging: A Very Short Guide*” publicado em 2014 na “*Journal of Consumer Policy*”, operacionalizou as abstrações e estabeleceu pelo menos dez *nudges*, que segundo ele, tratava-se dos mais importantes. Entretanto, o autor ressalta que os *nudges* “são uma gama extremamente ampla e que seu número e variedade estão crescendo constantemente”¹³⁶. Os *nudges* elencados foram:

136 SUNSTEIN, Cass R. *Nudging: A Very Short Guide*. **Journal of Consumer Policy**, November, 2014, p. 3.

- i. Opções-padrão (“*default rules*”): estipulação de opções-padrão pré-selecionadas, isto é, automáticas. Segundo o autor, opções-padrão recomendadas podem fazer com que as pessoas as mantenham e promovam escolhas melhores;
- ii. Simplificação (“*simplification*”): estipulação de mecanismos de simplificação das informações;
- iii. Uso de normas sociais (“*use of social norms*”): fornecimento de informações acerca do comportamento das demais pessoas em relação ao mesmo processo de tomada de decisão;
- iv. Facilidade e conveniência (“*increases in ease and convenience*”): fornecimento de mecanismos que afastam possíveis barreiras, como o tempo;
- v. Divulgação/Revelação (“*disclosure*”): estabelecimento de formas que dão visibilidade e satisfação aos sujeitos dos custos que envolvem os aspectos do processo de tomada de decisão;
- vi. Alertas/Advertências (“*warnings*”): fornecimento de alertas acerca dos riscos envolvidos no processo de tomada de decisão;
- vii. Estratégias de compromisso prévio (“*precommitment strategies*”): estabelecimento de formas do sujeito se comprometer previamente a se envolver em determinadas ações futuras de modo a reduzir a procrastinação e ficarem mais propensos a agir conforme os seus próprios objetivos;
- viii. Lembretes (“*reminders*”): fornecimento de lembretes aos sujeitos;
- ix. Intenções de implementação (“*eliciting implementation intentions*”): estabelecimento de formas de chamar atenção para a identidade das pessoas no processo de tomada de decisão a fim de induzir intenções em um determinado sentido;
- x. Informando pessoas sobre a natureza e as consequências das suas próprias escolhas passadas (“*informing people of the nature and consequences of their own past choices*”):

fornecimento de informações acerca da natureza e impactos das suas próprias escolhas.

Em uma certa medida, percebe-se que alguns princípios da arquitetura de escolhas se confundem com alguns dos próprios *nudges*. Dessa forma, justifica-se o foco do presente trabalho sobre a identificação dos *nudges* já delimitados e operacionalizados por Sunstein. Entretanto, isso não significa a dispensa em relação a contribuição dos princípios.

Detalhando um pouco mais acerca dos dez *nudges* elencados acima, tem-se como exemplo de opções-padrão a predefinição de configurações nos mais diversos aplicativos, como aqueles que envolvem assinatura mensal. Quando os usuários iniciam as suas assinaturas, nas configurações dos aplicativos, a opção de renovação mensal já vem marcada, como forma de fazer com que os usuários não esqueçam de renová-la em momento posterior.

Sobre a simplificação, trata-se de um *nudge* que pode ser desenvolvido de diversas formas. Considera-se simplificação desde uma simples mudança na linguagem de conteúdos complexos, até a adição de desenhos ou elementos visuais que promovam melhor o seu entendimento.

O uso de normas sociais depende de um controle por parte do arquiteto de escolhas das decisões das pessoas em relação a determinado processo de tomada de decisão para que tais dados possam ser usados para informar novos decisores. É o caso também de informar as pessoas sobre a natureza e as consequências das suas próprias escolhas passadas.

A facilidade e conveniência se assemelha à simplificação, entretanto, com ela não se confunde. A facilidade e conveniência parece atuar de forma mais ampla sobre as variáveis envolvidas no processo de tomada de decisão, que podem criar barreiras para que esse se desenvolva, como é o caso de um tempo excessivo, e não somente sobre determinado conteúdo informativo.

A divulgação ou revelação pode ser encarada como um dever do arquiteto de escolhas em dar visibilidade para o tomador de decisão dos custos envolvidos no processo. Os alertas e as advertências também caminham nesse mesmo sentido.

As estratégias de compromisso prévio são mecanismos aptos a fazer com que os tomadores de decisão se sintam minimamente incentivados a atingir determinados objetivos, que são próprios, e a tomar decisões futuras.

Os lembretes, por sua vez, também são *nudges* de vasta aplicação, na medida em que pode ser acoplado a qualquer processo de tomada de decisão que precise acionar a memória do tomador.

E por fim, as intenções de implementação chamam atenção para as características identitárias dos sujeitos como forma de gerar identificação a assim direcionar o processo de tomada de decisão para um determinado sentido. Seria algo como “as pessoas como você estão seguindo essa direção, e você? Como irá decidir?”.

Se o processo de manifestação do consentimento por parte dos titulares de dados pessoais consiste em um processo de tomada de decisão, a partir desse capítulo desenvolveu-se melhor de que forma esse pode ser atravessado pela racionalidade limitada, pelas heurísticas e vieses e, portanto, ser mitigado por um contexto de arquitetura de escolhas e *nudges*. Sendo assim, constata-se a nítida possibilidade de aplicação de *nudges* nesses contextos.

Uma vez desenvolvido os núcleos teóricos que permitiram o desenvolvimento da matriz de análise, passa-se agora no próximo capítulo em que se pretende responder em que medida esse documento pode ser relacionados com as boas práticas, o *privacy by design* e o *privacy by default*, na medida em que tais conceitos são apresentados.



**BOAS PRÁTICAS,
PRIVACY BY DESIGN E
PRIVACY BY DEFAULT**

5. BOAS PRÁTICAS, PRIVACY BY DESIGN E PRIVACY BY DEFAULT

Apresentada a matriz de análise e os núcleos teóricos que a permeiam, passa-se agora para o cumprimento de outra aposta do presente trabalho. Propõe-se analisar no presente capítulo se a matriz de análise pode ser enquadrada como medidas de boas práticas, especificamente no âmbito do *privacy by design* e *privacy by default*.

Mas antes da análise da proposta, as noções teóricas que a envolvem serão melhor desenvolvidas nos dois primeiros tópicos.

5.1 BOAS PRÁTICAS E COMPLIANCE

As questões advindas da proteção de dados pessoais trouxeram para a noção de privacidade¹³⁷ reformulações acerca da sua dimensão de atuação e incidência. A tutela da autodeterminação informativa, isto é, do direito dos titulares de manter o controle sobre suas próprias informações fez com que a privacidade deixasse de ser encarada somente a partir da sua dimensão negativa (abstenção de terceiros sobre os espaços privados), mas também sob sua dimensão positiva. Isto é, uma atuação proativa tanto ao legislador, quanto dos agentes de tratamento de dados pessoais na proteção das garantias relacionadas ao tratamento de dados pessoais.¹³⁸

A proteção da privacidade por meio do estabelecimento de mecanismos que impedem a interferência do espaço privado dos sujeitos, portanto passa à tutela positiva e proativa “que garanta ao

137 Para mais sobre privacidade: BODIN DE MORAES, Maria Celina; QUEIROZ, João Quinelato de. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa. In: Proteção de dados pessoais: Privacidade versus avanço tecnológico. **Cadernos Adenauer**. Rio de Janeiro, ano XX, n. 3, 2019, p. 113-135.

138 BODIN DE MORAES, Maria Celina; QUEIROZ, João Quinelato de. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa. In: Proteção de dados pessoais: Privacidade versus avanço tecnológico. **Cadernos Adenauer**. Rio de Janeiro, ano XX, n. 3, 2019, p. 118.

titular o conhecimento pleno das formas de tratamento, finalidade e destino de seus dados”.¹³⁹

A garantia de conhecimento pleno, tendo em vista as limitações cognitivas discutidas no Capítulo 4 do presente trabalho reputa-se questionável, entretanto, o que não se questiona é o papel que os agentes de tratamento devem desempenhar, segundo as disposições das LGPD, no fluxo informacional à despeito da coleta do consentimento, por exemplo. Esse papel, como visto no Capítulo 3 está diretamente ligado ao cumprimento de exigências legais que se preocupam com a qualidade da informação disponibilizada aos titulares de dados pessoais.

Os princípios dispostos na LGPD se resvalam em bases para o desenvolvimento de medidas e práticas proativas, conscientes e diligentes exigidas dos agentes de tratamento. Tais práticas visam especialmente a e precaução (estimação de probabilidade do dano ocorrer) e prevenção (probabilidade, conhecida da ocorrência do dano)¹⁴⁰.

Além dos princípios, existem ao longo do texto legal uma série de disposições acerca dessas práticas, nomeadas de boas práticas. Entretanto, antes de desenvolver acerca das boas práticas na LGPD, cabe um esclarecimento acerca do conceito, principalmente na sua perspectiva corporativa.

As boas práticas na sua perspectiva corporativa estão ligadas à governança corporativa, isto é, ao sistema pelo qual a organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas de modo regular as relações dos agentes presentes nesse contexto (sócios, conselho de

139 BODIN DE MORAES, Maria Celina; QUEIROZ, João Quinelato de. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa. In: Proteção de dados pessoais: Privacidade versus avanço tecnológico. Cadernos Adenauer. Rio de Janeiro, ano XX, n. 3, 2019, p. 118.

140 NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; BELLOIR, Arnaud Marie Pie; SANTOS, Alexandre Guilherme dos. Predição gênica, autodeterminação informativa e boas práticas no tratamento de dados. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; SOUZA, Iara Antunes de; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; NEVES, Bruno Torquato de Oliveira. (Orgs.). **Direito e medicina: interseções científicas**. 1ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021, p. 348.

administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas).¹⁴¹

A governança corporativa se baseia em basicamente 4 princípios, sendo eles: (i) a transparência, isto é, a disponibilização para as partes interessadas das informações que são do seu interesse e não somente as obrigatórias por lei ou regulamentos; (ii) a equidade, isto é, o tratamento justo e isonômico entre todos os sócios e as partes interessadas (*stakeholders*); (iii) a prestação de contas ou *accountability*, que consiste na prestação de contas por parte dos agentes de governança de modo claro, conciso, compreensível e tempestivo de modo a assumir integralmente a responsabilidade pelos seus atos e omissões no âmbito dos seus papéis; (iv) e por fim, a responsabilidade corporativa, ou seja, os agentes de governança devem cuidar da viabilidade econômico-financeira das organizações no curto, médio e longo prazos de modo a reduzir as externalidades negativas dos modelos de negócios, na medida em que levam em consideração os diversos capitais presentes, sejam eles financeiro, intelectual, humano, social ou ambiental.¹⁴²

As boas práticas, portanto, são responsáveis por converter cada um desses princípios básicos em recomendações e tarefas objetivas, além de alinhar os interesses da organização com suas finalidades de modo a preservar e otimizar o seu valor econômico de longo prazo e contribuir para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum.

A conversão dos princípios da governança corporativa em ações efetivas encontra lugar nos programas de *compliance* ou programas de conformidade, de cumprimento ou de integridade. Isso significa que, se a governança corporativa consiste nas diretrizes principiológicas para o desenvolvimento de boas práticas, essas últimas, por sua vez,

141 ALMEIDA, Luiz de Eduardo. Governança Corporativa. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otávio. (Coords.). **Manual de Compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

142 IBGC, 2015 *apud*. ALMEIDA, Luiz de Eduardo. Governança Corporativa. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otávio. (Coords.). **Manual de Compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

são instrumentalizadas nos programas de *compliance*. As noções de governança, boas-práticas e *compliance* apesar de caminharem lado a lado, não se confundem.

Os programas de *compliance* são instrumentos da governança corporativa, na medida em que se constituem como um conjunto de ações ou boas práticas adotadas no ambiente corporativo e que visam a conformidade do contexto à legislação vigente; seja para prevenir a ocorrência de infrações, seja para propiciar o imediato retorno ao contexto de normalidade e legalidade, uma vez já tendo ocorrido determinado ilícito.¹⁴³

De uma forma geral, as boas práticas desenvolvidas no âmbito dos programas de integridade consistem na estruturação de políticas e procedimentos corporativos que funcionam como verdadeiras fontes de ações sistemáticas, cujo objetivo é atender preceitos normativos específicos, os princípios da governança corporativa, bem como prevenir atos ilícitos ou, no mínimo, mitigar seus efeitos e sancionar os eventuais responsáveis.¹⁴⁴

Os programas de *compliance* estão intimamente relacionados à fixação de controles internos por parte dos agentes econômicos, de forma a se manterem em conformidade com a lei e reforçar a regulação estatal.¹⁴⁵

Por estarem ligados ao objetivo de conformidade com a legislação e regulação estatal, recomenda-se autonomia do *compliance* nas estruturas organizacionais, de modo a suscitar a criação de uma

143 FRAZÃO, 2007 *apud*. FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; ABILIO, Vivianne da Silveira. Compliance de dados pessoais. *In*: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 675.

144 FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; ABILIO, Vivianne da Silveira. Compliance de dados pessoais. *In*: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 675.

145 FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; ABILIO, Vivianne da Silveira. Compliance de dados pessoais. *In*: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 676.

área própria dentro das organizações voltada à implementação das ações desenvolvidas no âmbito dos programas.¹⁴⁶

Entretanto, segundo Almeida¹⁴⁷, a execução da função de *compliance* por áreas que já existem e são responsáveis por outras atribuições, a depender do porte e da estrutura da organização, não impossibilita a adoção das práticas relacionadas.

De acordo com o autor, companhias enxutas e com quadro de colaboradores reduzidos, por exemplo, podem não comportar uma área de *compliance* autônoma em razão do custo fixo ou em razão da ausência de demanda apta a justificar a criação da área, por exemplo. Mas isso não significa que a adoção de boas práticas que visam à conformidade a determinadas disposições legais não encontra lugar.

O que importa para a execução de um programa de *compliance* reside no afastamento de possíveis conflitos de interesses. As funções de *compliance*, independentemente de serem encabeçadas por uma área específica dentro das organizações, devem ser exercidas de modo a não comprometer o seu objetivo fiscalizador e de conformidade.

Percebe-se que os programas de *compliance* não estão necessariamente relacionados à promoção da conformidade de legislações específicas. Dessa forma, a sua aplicação demonstra-se ampla como forma de efetivar variadas disposições legais, como é o caso da LGPD. Tal constatação permite se falar, portanto, em *compliance* de dados pessoais, isto é, programas aptos ao desenvolvimento de boas práticas voltadas ao cumprimento da legislação de proteção de dados pessoais específica.

146 ALMEIDA, Luiz de Eduardo. Governança Corporativa. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otávio. (Coords.). **Manual de Compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

147 ALMEIDA, Luiz de Eduardo. Governança Corporativa. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otávio. (Coords.). **Manual de Compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

5.1.1 A LGPD E AS BOAS PRÁTICAS

A LGPD parece se voltar ao reconhecimento da possibilidade de desenvolvimento de programas de *compliance* no âmbito da proteção de dados pessoais, pois, além de exigir medidas dos agentes de tratamento que podem ser encaradas como verdadeiras boas práticas (como a exigência de disponibilizar informações de maneira prévia, clara e ostensiva para recolhimento do consentimento), faz referência expressa ao termo ao longo de todo o seu texto.

Tais referências podem ser encontradas nos princípios estabelecidos, bem como nos artigos direcionados especialmente ao Poder Público e aos agentes de tratamento em geral inseridos na iniciativa privada.

Todos os princípios elencados pelo Artigo 6º, e cuja atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar, conforme adiantado anteriormente, podem ser convertidos em verdadeiras medidas de boas práticas. Entretanto, tendo em vista as diretrizes de governança que integram a própria noção de boas práticas, principalmente a transparência e a *accountability*, destaca-se a atenção para os princípios elencados nos incisos VI, VIII e X.

No inciso VI está disposto o próprio princípio transparência, isto é, da garantia aos titulares de dados pessoais de informações sobre a realização do tratamento de forma clara, precisa e facilmente acessível.

No inciso VII, tem-se a noção de prevenção, ou seja, princípio que determina a adoção de medidas também pelos agentes, voltadas para a prevenção da ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais.

Por fim, no inciso X, há a exigência do princípio da responsabilização e prestação de contas. Segundo o princípio, os agentes de tratamento devem demonstrar a adoção de medidas eficazes e aptas a comprovar a observância e cumprimento das próprias medidas bem como das normas de proteção de dados pessoais aplicáveis, incluindo, mas não se limitando à LGPD.

Com a adoção desses princípios e determinação de aplicação aos tratamentos de dados pessoais pela LGPD comprova-se claramente que o texto normativo está em consonância e preocupado com noções que são próprias do conceito de boas práticas. Isso significa, que tais noções são pilares importantes da proteção de dados pessoais, principalmente enquanto tutela proativa.

No Artigo 32, por sua vez, é disposto acerca da possibilidade da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) (isto é, o órgão da Administração Pública responsável por garantir o cumprimento da lei em todo o território nacional) sugerir aos agentes do Poder Público a adoção de padrões e de boas práticas.

O Capítulo VII da lei, nomeado “Da Segurança e das Boas Práticas”, especificamente a sua “Seção II Das Boas Práticas e da Governança” demonstram novamente o tratamento e a importância dada pelo texto normativo ao tema das boas práticas.

O Artigo 49 inserido no Capítulo VII dispõe que os sistemas utilizados para o tratamento de dados pessoais pelos agentes devem atender aos requisitos e padrões de boas práticas tanto estabelecidas pela lei, quanto por demais normas regulamentares.

Já o Artigo 50, inserido na Seção II, garante aos agentes de tratamento a possibilidade de formularem no âmbito de suas atuações, de forma individual ou conjunta, regras de boas práticas e de governança. Tais regras de boas práticas, segundo o §1º deverão levar em consideração sempre o contexto ao qual o tratamento de dados é realizado, a sua natureza, escopo, finalidade, probabilidade e a gravidade dos riscos e dos benefícios envolvidos.

O §2º, inciso I do mesmo artigo vai um pouco além ao estabelecer parâmetros mínimos para o desenvolvimento e implementação de um programa de governança em privacidade, composto, por sua vez, de medidas de boas práticas. Tais parâmetros, segundo o artigo, devem ser oriundos da aplicação dos princípios da transparência e segurança, sempre de modo a observar mais uma vez a estrutura, a escala, o volume das operações, a sensibilidade dos dados e a probabilidade dos danos.

Esses parâmetros, portanto, consistem na: (i) demonstração do comprometimento do controlador em adotar processos e políticas internas que assegurem o cumprimento de normas e boas práticas relacionadas à proteção de dados pessoais; (ii) aplicabilidade a todos os dados pessoais que estão sob o controle do agente de tratamento, independente da forma de coleta; (iii) adaptação à estrutura, escala e volume das suas operações, bem como à sensibilidade dos dados tratados; (iv) estabelecimento de políticas e salvaguardas adequadas e desenvolvidas com base nos resultados de processo de avaliação sistemática de impactos de riscos à privacidade; (v) objetivação de estabelecer uma relação de confiança com titular de dados pessoais, por meio de atuação transparente e que assegure sua participação; (vi) integração à estrutura geral de governança e aplicação de mecanismos de supervisão internos e externos; (vii) implementação de planos de respostas e remediação de incidentes de segurança; (viii) atualização constante realizada com base em ações de monitoramento contínuo e periódico.

Além da adoção dos parâmetros para desenvolvimento de um programa de governança, os agentes de tratamento poderão demonstrar a efetividade das medidas adotadas quando apropriado e quando solicitado pela ANPD ou outra entidade responsável e deverão publicar e atualizar as medidas de forma periódica, que poderão ser reconhecidas e publicadas também pela autoridade nacional. É o que dispõe o inciso II do §2º e o §3º do Artigo 50.

As disposições acerca das boas práticas na LGPD não se resumem ao estabelecimento de princípios e parâmetros aos agentes de tratamento.

Por fim, segundo o inciso X do §1º do Artigo 52, a adoção de política de boas práticas e governança pelos agentes de tratamento consiste em critério objetivo de avaliação das sanções administrativas aplicadas pela ANPD em caso de descumprimento da LGPD. Isso significa, que a adoção de medidas de boas práticas, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, poderão ser levadas em consideração para a gradação da sanção aplicada.

5.2 PRIVACY BY DESIGN E PRIVACY BY DEFAULT

Duas medidas que podem ser encaradas como medidas de boas práticas consistem na proteção de dados desde a concepção ou *privacy by design* e na proteção de dados por padrão ou *privacy by default*. A proteção de dados desde a concepção e por padrão são metodologias importantes para impulsionar “a adoção de ações que provoquem uma mudança substancial na forma como as Organizações tratam os dados pessoais de indivíduos sob sua responsabilidade”.¹⁴⁸

A proteção de dados desde a concepção foi desenvolvida na década de 90 por Ann Cavoukian, comissária de informação e privacidade canadense. Trata-se de metodologia que objetiva proteger a privacidade e os dados pessoais do titular desde a concepção de qualquer prática de negócio ou sistemas de tecnologia da informação.¹⁴⁹ Dessa forma, a proteção de dados e privacidade dos titulares seria trazida como novo parâmetro para o desenvolvimento de qualquer procedimento, projeto, produto ou serviço.

O *privacy by design* enquanto metodologia se baseia por sete princípios fundamentais, sendo eles¹⁵⁰:

- i. Proativo não reativo; preventivo não corretivo: o *privacy by design* visa antecipar eventos invasivos de privacidade de forma proativa antes mesmo que eles ocorram, de modo a aplicar controles

148 VIEIRA, Elba Lúcia de Carvalho. A proteção de dados desde a concepção (by design) e por padrão (by default). In: MALDONADO, Viviane Nóbrega *et. al.* (Coords.). **Lei geral de proteção de dados pessoais: manual de implementação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 218.

149 JIMENE, Camilla do Vale. Capítulo VII – da segurança e das boas práticas. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega *et. al.* (Coords.). **LGPD: Lei geral de proteção de dados comentada**. Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 379.

150 VIEIRA, Elba Lúcia de Carvalho. A proteção de dados desde a concepção (by design) e por padrão (by default). In: MALDONADO, Viviane Nóbrega *et. al.* (Coords.). **Lei geral de proteção de dados pessoais: manual de implementação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 221-225.

- preventivos que podem minimizar riscos e evitar impactos;
- ii. Privacidade como configuração padrão (ou *privacy by default*): o *privacy by design* estipula maneiras de assegurar que os dados pessoais dos titulares sejam protegidos de forma automática, mesmo que esse não execute nenhuma ação para tanto;
 - iii. Privacidade embarcada no *design*: a privacidade deve estar sempre incorporada ao desenvolvimento e na arquitetura de sistemas de tecnologia da informação e das práticas dos negócios;
 - iv. Funcionalidade integral: todos os interesses e objetivos legítimos envolvidos nas funcionalidades dos sistemas e aplicativos tecnológicos (segurança, praticidade, privacidade) devem ser considerados de maneira positiva, sem o estabelecimento de prioridades entre eles;
 - v. Segurança de “ponta a ponta”: a segurança deve ser observada em todo o ciclo de vida da informação, isto é, desde o recolhimento até a eliminação ou armazenamento dos dados pessoais tratados;
 - vi. Visibilidade e transparência: a gestão de segurança das informações deve ser clara e transparente, de modo a promover a confiança dos agentes de tratamento perante o titular de dados pessoais e demais partes interessadas;
 - vii. Respeito à privacidade do usuário: toda a metodologia deve voltar, em primeira instância, ao respeito e proteção dos interesses dos titulares de dados pessoais, ou seja, suas demandas e necessidades devem ser encaradas como principal fator motivador do *privacy by design*.

Exposto acerca dos princípios que guiam o desenvolvimento do *privacy by design*, percebe-se que a proteção de dados por padrão (ou *privacy by default*) consiste em um dos seus princípios.

O conceito de *privacy by default* por sua vez também se refere à uma metodologia, nesse caso responsável por adotar como padrão a configuração de privacidade mais restrita possível por qualquer sistema ou prática de negócio, como forma de garantir a proteção de dados pessoais de forma automática, sem que haja nenhuma interação da máquina com o titular.¹⁵¹

Dessa forma, a proteção de dados por padrão consiste em uma das medidas possíveis decorrentes do guarda-chuva de boas práticas que poder ser abarcado pela privacidade desde a concepção. O *privacy by design* é amplo e aperto sempre à novas possibilidades.

5.3 MATRIZ DE ANÁLISE E SUA RELAÇÃO COM AS BOAS PRÁTICAS, O PRIVACY BY DESIGN E O PRIVACY BY DEFAULT

Pretende-se com o presente tópico responder a seguinte indagação: poderia a matriz de análise desenvolvida e os parâmetros, principalmente os *nudges*, utilizados na sua elaboração serem encarados como medidas de boas práticas, especificamente aquelas inseridas no âmbito do *privacy by design* e *privacy by default*?

Antes de responder tal questão, é importante trazer o Artigo 50, exposto anteriormente, como pressuposto, visto que a partir dele conclui-se que a noção de boas práticas consiste em medidas abertas a serem desenvolvidas pelos agentes de tratamento, tendo em vista o contexto em que se dão os tratamentos. Logo, não se trata de uma lista fechada, muito menos dependente de regulamentação legal.

Se as boas práticas podem ser desenvolvidas pelos próprios agentes, a matriz de análise ganha o primeiro sinal verde para ser

151 JIMENE, Camilla do Vale. Capítulo VII – da segurança e das boas práticas. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega et. al. (Coords.). **LGPD: Lei geral de proteção de dados comentada**. Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 380.

encarada como tal. Na medida em que se preocupa com o cumprimento de exigências legais, com a disponibilização de informações robustas e de qualidade e com a promoção de medidas mitigadoras do processo decisório limitado, as noções de transparência e *accountability* são cumpridas, logo, por consequência, a de boas práticas também.

Dessa forma, a matriz e os parâmetros utilizados para a sua confecção, especialmente os *nugdes*, podem ser encarados como ferramentas aptas à concretização de medidas de boas práticas, pois, cumprem o mesmo papel a que elas se prestam no âmbito da governança.

Tal aproximação fica ainda mais evidente quando entra no jogo as medidas já consideradas de boas práticas como o *privacy by design* e o princípio do *privacy by default*. Isso porque, a matriz de análise além de poder ser aplicada antes do desenvolvimento de qualquer forma de recolhimento de consentimento e visar a proteção de dados pessoais, apresenta como critério o *nudge* das opções-padrão, que nada mais é que o cerne do *privacy by default*.



**CONSIDERAÇÕES
FINAIS**

Se qualquer processo de tomada de decisão humana é manifestado por meio de uma racionalidade essencialmente limitada que é comum a todos os sujeitos, o fornecimento de consentimento autorizativo de tratamento de dados pessoais constitui verdadeiro processo decisório. Logo, a presença das limitações cognitivas dos titulares de dados pessoais no desenrolar da sua relação com os agentes de tratamento pode afetar o processo do consentimento, o que se torna juridicamente problemático quando ele se coloca como hipótese permissiva da atuação dos agentes.

Cabe ressaltar ainda que o fornecimento de consentimento pelos titulares de dados encontra outro possível complicador, qual seja, a complexidade dos algoritmos presentes nos meios *online* nos quais a maioria dos tratamentos de dados pessoais ocorrem.

A LGPD, ao exigir que seja comunicada ao titular de dados pessoais uma série de informações prévias, claras e inequívocas, parece preocupar-se, em alguma medida, com tais contextos de limitações.

Entretanto, a LGPD parece adotar estratégia predominantemente formal, que se baseia no mero estabelecimento de deveres legais aos agentes de tratamento. Ao que sugere, a simples disponibilização de determinadas informações seria suficiente à emergência do pressuposto de que o titular conseguiria absorver toda a conjuntura fática necessária à formação do juízo prévio ao consentir.

O texto legal, a partir desse ângulo, não parece levar em consideração as limitações cognitivas que implicam que as informações, por mais robustas que sejam, podem não ser cumpridoras de seu papel de qualificar o processo de tomada de decisão, que, nesse caso, resulta no consentimento. Informações claras, transparentes e inequívocas ainda assim podem ser insuficientes.

É nesse sentido que cabe, portanto, o desenvolvimento de práticas, tidas por boas pelo panorama legal aplicável, eis que visam a promover a consideração da realidade concreta dos tratamentos de dados pessoais.

E se a realidade é pautada por vulnerabilidades de diversas ordens na formatação da autonomia, isso significa que essa autonomia é, significativamente, heterônoma.

Dessa forma, apostou-se nos *nudges* (aliados também a elementos de *Legal Design*) como possíveis ferramentas heterônomas de otimização da autodeterminação informativa, visto que são desenvolvidos justamente para mitigar a racionalidade limitada dos titulares de dados no processo de tomada de decisão. Em princípio, *nudges*, como já demonstrado, voltam-se ao beneficiamento da percepção dos múltiplos fatores envolvidos no processo de decisão, sem que haja veto de opções de escolha.

O desenvolvimento de *nudges* pelos próprios agentes de tratamento de dados pessoais sugere a existência de tentativa de robustecer a aptidão do sujeito para atuar no processo de autodeterminação informativa pela via do consentimento.

A matriz de análise erguida pelo presente trabalho procurou atuar a partir dessas premissas. Construiu-se um modelo a partir de marcos teóricos definidos e apto a gerar recomendações de medidas que unem as exigências trazidas pela LGPD (acerca do fornecimento de esclarecimentos sobre aspectos atinentes aos fatos) com formas (fundamentadas na Economia Comportamental e que levam em consideração o comportamento humano) de apresentar as informações e arquitetar o contexto de tomada de decisão.

A matriz versa, portanto, sobre uma forma simples, barata e amigável para que pessoas naturais ou jurídicas (não necessariamente do campo do Direito), que tratam dados pessoais, verifiquem se o desenho do recolhimento do consentimento (que não envolva dados pessoais de crianças e adolescentes) efetivado por eles estão em consonância com a LGPD e se levam em consideração as limitações cognitivas dos titulares e as boas práticas que deles são esperadas.

Afinal, a LGPD não fornece os meios concretos para tanto, mas exige que a manifestação do consentimento seja livre, inequívoca e esclarecida.

Para além da criação de uma ferramenta inicial para a contribuição à proteção e promoção dos direitos dos titulares de dados pessoais em tratamento, bem como para formatar um modelo apto a viabilizar a revisão e o aperfeiçoamento das práticas desses últimos sujeitos, despontam, à guisa de conclusão, a identificação de zonas pouco exploradas que permaneceram alheias à circunscrição do objeto do modelo experimental entabulado, o que acaba por revelar possíveis futuros *spin-offs* investigativos, em âmbitos tanto acadêmico, quanto corporativo:

1. Qual o impacto do reconhecimento das limitações cognitivas no âmbito do fluxo informacional para a teoria geral dos negócios jurídicos, especificamente naquilo que pesa ao consentimento?
2. A exigência de inúmeros deveres impostos pela LGPD aos agentes de tratamento, naquilo que diz respeito à disponibilização de informações, pode gerar situações de vulnerabilidades para eles, especificamente quando caracterizados como Microempreendedores Individuais (MEI), Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP)?
3. Quais medidas de boas práticas voltadas ao contexto de tratamento de dados pessoais autorizados pelo consentimento podem ser desenvolvidas a partir dos *nudges* elencados pela matriz de análise?

Tais *spin-offs* reconhecem a limitação do presente trabalho e de qualquer pesquisa que se proponha científica. Soaria um tanto quanto contraditório visar a completude, em um trabalho que se propôs a reconhecer e promover limitações na racionalidade humana.

REFERÊNCIAS

ABOIN, Ana Carolina Moraes. **A insuficiência da teoria do negócio jurídico para o consentimento informado no âmbito da bioética**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: doi:10.11606/D.2.2016.tde-01092016-155255. Acesso em: 16 fev. 2022.

ALMEIDA, Luiz de Eduardo. Governança Corporativa. *In*: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otávio. (Coords.). **Manual de Compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640898/>. Acesso em: 04 fev. 2022.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; SCHETTINI, Beatriz; SANTOS, Felipe Melazzo do Nascimento. Exames genéticos pré-implantatórios e seleção de embrião com deficiência: imposição de vulnerabilidades e limitação de autonomia?. *In*: Maria de Fátima Freire de Sá; Ana The-reza Meirelles Araújo; Iara Antunes de Souza; Roberto Henrique Pôrto Nogueira; Bruno Torquato de Oliveira Neves. (Org.). **Direito e medicina: interseções científicas**. 1ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021, p. 253-266.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (Orgs.). **Guia de Economia Comportamental e Experimental**. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. Disponível em: www.economiacomportamental.org. Acesso em: 22 maio 2020.

BARROS, Gustavo. **Racionalidade e organizações: um estudo sobre comportamento econômico na obra de Hebert A. Simon**. São Paulo: Ed. do Autor, 2016.

BAZERMAN, Max H. **Processo decisório**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

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

BODIN DE MORAES, Maria Celina; QUEIROZ, João Quinelato de. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa. *In: Proteção de dados pessoais: Privacidade versus avanço tecnológico. Cadernos Adenauer*. Rio de Janeiro, ano XX, n. 3, 2019, p. 113-135.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasil: **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%EA7ao.htm. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: **Diário Oficial da União**, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília: **Diário Oficial da União**, 14 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 08 out. 2020.

CASTRO, Alexandre Samy de. O método quantitativo na pesquisa empírica em direito. *In: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 39-82. Disponível em: <https://reedpesquisa.org/publicacoes/volume-2-no-1-2014/>. Acesso em: 08 out. 2020.

CELLARD, André. A análise documental. *In: POUPART, Jean et al. (Orgs.) A pesquisa qualitativa: Enfoques epistemológicos e metodológicos*. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução He-loisa Gonçalves Barbosa; revisão técnica, Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final Otavio

Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório Antonio Carlos Ferreira e Patricia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

DOMINGOS, Claudia Regina Bonini; VALÊNCIO, Luis Felipe Siqueira. O processo de consentimento livre e esclarecido nas pesquisas em doença falciforme. **Revista Bioét. (Impr.)**, 24 (3), p. 69-77, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/1983-80422016243146>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/8fttBLpLVnk7VGKKvzZKP6h/?lang=pt>. Acesso em: 16 fev. 2022.

FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; ABILIO, Vivianne da Silveira. Compliance de dados pessoais. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 669-706.

GALUPPO, Marcelo Campos; ROCHA, Bruno Anuniação. Paternalismo libertário no Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 53 n. 210 abr./jun. 2016 p. 135-148. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/522902/001073195.pdf>. Data de acesso: 16 out. 2020.

GENEROSO, André Mesquita; SILVA, Michael César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Porto. Publicidade ilícita e mecanismos tecnológicos de direcionamento. In: BRANT, Cassio A. B. (Org.); FILHO, Demócrito Reinaldo; ATHENIENSE, Alexandre (Coords.). **Direito digital e sociedade 4.0**. Editora D'Plácido, 2020, p. 627-650.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 2008.

GILLESPIE, Tartelon. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018. Disponível em: <http://revistaseletronicas.fiamfaam.br/index.php/recicofi/article/view/722>. Acesso em: 16 out. 2020.

GUZ, G. O consentimento livre e esclarecido na jurisprudência dos tribunais brasileiros. **Revista de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 95-122, 2010. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v11i1p95-122. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13197>. Acesso em: 16 fev. 2022.

IGREJA, Rebecca Lemos. O Direito como objeto de estudo empírico. *In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito***. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 11-38. Disponível em: <https://reedpesquisa.org/publicacoes/volume-2-no-1-2014/>. Acesso em: 08 out. 2020.

JIMENE, Camilla do Vale. Capítulo VII – da segurança e das boas práticas. *In: MALDONADO, Viviane Nóbrega et. al. (Coords.). **LGPD: Lei geral de proteção de dados comentada***. Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 372-402.

JURNO, Amanda Chevtchouk; DALBEN, Sílvia. Questões e apontamentos para o estudo de algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, 2018, p. 17-29. Disponível em: <http://revistaseletronicas.fiamfaam.br/index.php/recicofi/article/view/709/557/>. Acesso em: 08 out. 2020.

LIMA, Márcia. Introdução aos métodos quantitativos em Ciências Sociais. *In: ABDAL, Alexandre et al. (Orgs.). **Métodos de pesquisa em Ciências Sociais: Bloco Quantitativo***. São Paulo: CEBRAP, 2016, p. 10-31.

LIMA, Márcia. O uso da entrevista na pesquisa empírica. *In: ABDAL, Alexandre et al. (Orgs.). Métodos de pesquisa em Ciências Sociais: Bloco Qualitativo*. São Paulo: CEBRAP, 2016, p. 24-41.

KAHNEMAN, Daniel. Maps of bounded rationality: Psychology for behavioral economics. *The American Economic Review*, v. 93, n. 5, p. 1449-1475, 2003.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 99, p. 101- 123, 2015. Disponível em: <http://konder.adv.br/wp-content/uploads/2018/01/Carlos-Nelson-Konder-Vulnerabilidade-patrimonial-e-vulnerabilidade-existencial-In-Revista-de-Direito-do-Consumidor.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2022.

MACHADO, Máira Rocha. Apresentação. *In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 5-8. Disponível em: <https://redpesquisa.org/publicacoes/volume-2-no-1-2014/>. Acesso em: 08 out. 2020.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, direito e autonomia: um ensaio sobre o sujeito de direito. *Revista Faculdade Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 71, p. 641-673, 2017. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1877/1779>. Acesso em: 20 nov. 2021.

NOBLE, Ian; BESTLEY, Russel. **Pesquisa Visual: introdução às metodologias de pesquisa em design gráfico**. Porto Alegre: Bookman, 2013.

NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto.; RIBEIRO, Karine Lemos Gomes; SANTOS, Felipe Melazzo do Nascimento. Responsabilidade civil médica em contexto de vulnerabilidade algorítmica de pacientes. *In: Aline França Campos; Luciana Fernandes Berlimi. (Org.). Temas contemporâneos de responsabilidade civil: teoria e prática*. 1ed. São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 35-60.

NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; BELLOIR, Arnaud Marie Pie; SANTOS, Alexandre Guilherme dos. Predição gênica, autodeterminação informativa e boas práticas no tratamento de dados. *In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; SOUZA, Iara Antunes de; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; NEVES, Bruno Torquato de Oliveira. (Orgs.). Direito e medicina: interseções científicas*. 1ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021, p. 339-356.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellize; LOPES, Isabela Maria Pereira. Os princípios norteadores da proteção de dados pessoais no Brasil e sua otimização pela Lei 13.709/2018. *In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 53-82.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – Vol. III**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

POMPEU, Ivan Guimarães. **Contratos relacionais e teoria da imprevisão: abordagem a partir da teoria da empresa**. 2017. 201 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2017, p. 60. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat06909a&AN=sib.484465&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 17 fev. 2022.

POMPEU, Renata Guimarães. **Autonomia privada na relação contratual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

POMPEU, Renata Guimarães. Da tragédia dos comuns à noção de racionalidade limitada nos contratos: a deliberação mental dos agentes econômicos na composição do conteúdo eficazional. *In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz (Orgs.). **Novos direitos privados***. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 126-138.

POMPEU, Renata Guimarães; POMPEU, Ivan Guimarães. A natureza heterônoma da autonomia contratual no contexto da economia e dos mercados. *In: XVIII Congresso Nacional do Conpedi*, 2010, Florianópolis. Anais do XVIII Congresso Nacional do Conpedi, 2010.

REGINATO, Andréa Depieri de A. Uma introdução à pesquisa documental. *In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito***. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 189-224. Disponível em: <https://reedpesquisa.org/publicacoes/volume-2-no-1-2014/>. Acesso em: 08 out. 2020.

SAMSON, Alain. **Introdução à economia comportamental e experimental**. *In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (Orgs.). Guia de Economia Comportamental e Experimental*. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015, p. 25-59. Disponível em: <http://www.economiacomportamental.org/guia-economia-comportamental.pdf/>. Acesso em: 08 out. 2020.

SANTOS, Felipe Melazzo do Nascimento. **Possíveis incongruências entre os delineamentos experimentais e a cartografia**. 2019. 56 f. Monografia (Graduação em Direito) - Escola de Direito, Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019. Disponível em: <https://www.monografias.ufop.br/handle/35400000/2316/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

SIMON Hebert. Rationality in Psychology and Economics. **The Journal of Business**, v. 59, n. 4, 1986.

SIMON, Hebert A. A Behavioral Model of Rational Choice. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 69, n. 1, p. 99-118, 1955, 99.

SIMON, Hebert A. Rational Decision Making in Business Organizations. **The American Economic Review**, v. 69, n. 4, p. 493-513, 1979.

SOUZA, Iara Antunes de; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Vulnerabilidade da pessoa com deficiência, acessibilidade e incorporação imobiliária. *In*: CAMPOS, Aline França; BRITO, Beatriz Gontijo de. (orgs.). **Desafios e perspectivas do direito imobiliário contemporâneo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 45-70.

SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral Law and Economics (Cambridge Series on Judgment and Decision Making)**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. Nudging: A Very Short Guide. **Journal of Consumer Policy**, November, 2014.

SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; & THALER, Richard H. A Behavioral Approach to Law and Economics. **Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper**, n. 55, 1998.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. O paternalismo libertário não é uma contradição em termos. **Civilistica.com. Revista eletrônica de direito civil**. Rio de Janeiro: a. 4, n. 2, 2015, p. 1-47. Disponível em: <http://civilistica.com/o-paternalismo-libertario-nao-e-uma-contradicao>. Data de acesso: 16 out. 2020.

SZTJAN, Rachel. Função social do contrato e direito de empresa. **Revista de direito mercantil: industrial, econômico e financeiro**, v. 44, p. 29-49, São Paulo, jul. 2005.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; VIOLA, Mario. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. **Civilistica.com. Revista eletrônica de direito civil**. Rio de Janeiro: a. 9, n. 2, 2020, p. 1-38. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/510>. Data de acesso: 16 out. 2020.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. *In*: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 281-318

THALER, Richard H. **Misbehaving: a construção da Economia Comportamental**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R.; BALZ, John P. Choice Architecture. **The Behavioral Foundations of Public Policy**, Ch. 25, Eldar Shafir, 2012.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. A judgment under uncertainty: heuristics and biases. **Science**, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados 2016/679. **Jornal Oficial da União Europeia**, 04 maio 2016.

VARGAS, Luana Cristina de Melo. **Economia Institucional: Uma Análise sobre os Custos de Transação no Brasil**. 2015. 51 f. Dissertação (Mestrado em Economia) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 18. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/19331/1/2015_LuanaCristinaMeloVargas.pdf. Acesso em: 07 fev. 2022.

VIEIRA, Elba Lúcia de Carvalho. A proteção de dados desde a concepção (by design) e por padrão (by default). *In: MALDONADO, Viviane Nóbrega et. al. (Coords.). Lei geral de proteção de dados pessoais: manual de implementação.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 207-246.